

AIX MARSEILLE UNIVERSITE
ECOLE DOCTORALE N°67 "SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES"
FACULTE DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE
CENTRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES – EA 893

**De l'apport de l'enrichissement sans cause
au droit des contrats administratifs**

Contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles

Thèse pour le doctorat de droit public :
Présentée et soutenue le 10 septembre 2016 par Delphine SION

Composition du jury :

Madame **Virginie DONIER**, professeur à la Faculté de droit de Toulon, Université de Toulon, rapporteur

Monsieur **Urbain N'GAMPIO**, maître de Conférences H.D.R. à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Aix Marseille Université

Monsieur **Didier JEAN-PIERRE**, professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, Aix Marseille Université, **directeur de thèse**

Madame **Sylvie TORCOL**, maître de conférences à la Faculté de droit de Toulon, Université de Toulon, rapporteur

Thèse de doctorat en droit

**De l'apport de l'enrichissement sans cause
au droit des contrats administratifs**

Contribution au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Qu'il me soit permis d'exprimer tout d'abord ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA Actualités juridique du droit administratif	JCP G , Adm. & collectivités territoriales, E, N Juris-classeur périodique, édition Générale (G), Administration et collectivités territoriales (Adm. & collectivités territoriales), Entreprise (E)
Art. Article	LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Bull. civ. Bulletin civil	Obs. Observations
c. Contre	op. cit. Opere citato, précité dans l'ouvrage
C. civ. Code civil	Ord. Ordonnance
Cf. Confer, qui renvoie à	p. Page
C.M.P. Code des marchés publics	pp. Intervalle de pages
CAA Cour administrative d'appel	PUF Presses universitaires françaises
Cass. civ. 1re, civ. 2e , civ. 3e Première, deuxième et troisième chambre civile de la Cour de cassation	PUL Presses universitaires de Laval
CE Conseil d'État	Rapp. Rapport
CEDH Cour européenne des droits de l'Homme	RDC Revue des contrats
CESDH Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme	RDP Revue française de droit public
Chron. Chronique	RFDA Revue française de droit administratif
CJUE Cour de justice de l'Union européenne	RTD. civ. Revue trimestrielle de Droit civil
Coll. Collection	S. Recueil Sirey
Comm. Commentaire	Suiv. Suivants
Cons. Const. Conseil Constitutionnel	t. Tome
D. Recueil Dalloz	TA Tribunal administratif
D.U.D.C. Déclaration universelle des Droits de l'Homme	Th. Thèse
éd. Édition	Vol. Volume
Ed. Editeur	
Ét. Étude	
Gaz. Pal. Revue la Gazette du Palais	
Ibid. Ibidem, référence ou source répétée	

SOMMAIRE

Liste des principales abréviations	3
Sommaire	4
Introduction	5
Première partie. L'inexistence d'un contrat, fait juridique original	16
Chapitre I. Variété des situations d'enrichissement sans cause créées par l'inexistence du contrat	20
Chapitre II. Inapplicabilité des solutions juridiques classiques aux situations péri-contractuelles	66
Seconde partie. L'élaboration d'une solution juridique adaptée aux situations péri-contractuelles	134
Chapitre I. Le fondement de la réparation : la recherche d'une solution équitable.....	138
Chapitre II. Les conditions d'exercice de l'action en enrichissement sans cause	172
Troisième partie. La réparation des situations péri-contractuelles	230
Chapitre I. Le rétablissement de l'équilibre patrimonial	233
Chapitre II. La réparation des dommages résultant des agissements fautifs des parties	275
Conclusion générale	338
Bibliographie	343
Table des matières	349

INTRODUCTION

Le principe selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui est connu de tous, même des non juristes. Il constitue un précepte moral, voire un concept philosophique ¹, qui explique nombre de règles régissant la vie sociale. Il interdira de voler, justifiera la contrepartie matérielle ou financière dans le cadre des relations d'échange, et notamment la rémunération du travail fourni.

Sa transposition en droit est ancienne. La doctrine civiliste a relevé l'existence de ce principe dans le droit romain, en particulier dans la « *conditio* » (action en répétition) instituée lors du Consulat de Quintus Mucius Scaevola au I^e siècle avant J.C. afin de régler les cas de vol, d'obligation sans cause ou pour cause immorale, de paiement de l'indu, de contrat innomé, de promesse extorquée par la violence ².

Alors que le droit civil n'avait prévu que la gestion d'affaires et la répétition de l'indu au titre des quasi-contrats ³, la Cour de cassation a consacré l'action de *in rem verso* qui "découle du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui" ⁴.

Le principe d'enrichissement sans cause n'a été admis que dans la mesure où aucune autre voie de droit ne permet de rétablir l'équilibre rompu entre les situations patrimoniales des parties ⁵. Cette condition est contenue dans la formulation même du principe : il s'agit de

¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre II, *Théorie de la vertu*, chapitre VII.

² F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui. Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, Thèse, Dalloz, 1949, n°46.

³ L'article 1371 du Code civil définit les quasi-contrats comme des "faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties".

⁴ Cass. Ch. des req. 15 juin 1892 Boudier c. Patureau. D1892.596.

⁵ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français* : 5^e éd., par E. Bartin, t. IX, p. 578.

pallier l'absence d'une cause de l'enrichissement qui correspond à des hypothèses très diverses.

La notion de cause comporte en matière d'enrichissement sans cause, deux aspects. Elle correspond tout d'abord à un titre juridique. L'enrichissement peut être justifié par un acte, une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle. Il est encore susceptible de trouver une cause dans un fait juridique, la faute de l'enrichi qui permettrait de justifier de son obligation d'indemniser la personne appauvrie. La cause emporte ensuite une dimension plus subjective, une contrepartie matérielle, ou financière, dont l'absence a précisément engendré la situation d'enrichissement critiqué.

Ce n'est que lorsqu'aucune de ces causes n'existe, qu'une solution réparatrice doit être imaginée afin de rétablir l'équilibre rompu entre les situations patrimoniales des parties. Mieux vaudrait d'ailleurs parler de solution compensatrice, plutôt que réparatrice, car le droit lui-même hésite sur cette qualification.

Pour ce qui concerne l'administration, l'enrichissement sans cause a trouvé à s'appliquer dans le domaine des accords passés avec l'administration, afin de réparer les dommages causés au prestataire qui avait délivré des prestations à la personne publique, en l'absence d'un ordre régulièrement donné.

Cette situation résultant au fond de l'absence d'un contrat soulevait un problème de compétence juridictionnelle. Il aurait été possible de considérer que l'administration avait agi comme un simple particulier, en passant une commande verbale au fournisseur en l'absence tout contrat administratif régulièrement conclu.

La seule hypothèse dans laquelle la compétence du juge administratif pouvait s'imposer correspondait à celle dans laquelle le demandeur appauvri avait réalisé des travaux publics ⁶. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII prévoyait la compétence des Conseils de préfectures pour se prononcer "sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux

⁶ CAA Marseille, 6 avril 2006, n°04MA00147, OPAC Habitat Marseille Provence ; JCP A, n°42, 15 octobre 2007, comm. n°2265, page 32.

publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché" ⁷. Mais même en pareil cas, à défaut de contrat, l'application de la loi n'allait pas de soi.

Lorsqu'en revanche l'appauvri avait livré des fournitures ou effectué des prestations qui ne concernaient nullement la réalisation de travaux publics, le fait qu'elles aient été fournies à l'administration apparaissait insuffisant à justifier de la compétence de la juridiction administrative, à défaut de contrat démontrant le caractère exorbitant de certaines clauses. La seule possibilité pour qu'il en aille différemment pouvait être de considérer que l'intervention du prestataire s'inscrivait dans le cadre de l'exécution d'un service public pour reconnaître la compétence du juge administratif. Il est d'ailleurs arrivé que le conseil d'Etat se déclare compétent pour connaître de la "demande qui découle d'un quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public " ⁸.

Peu à peu, surmontant ces solutions hésitantes, s'est imposée l'idée que l'attribution de ces contentieux à la juridiction administrative permettait de soumettre la réparation du préjudice subi par le prestataire à des conditions différentes de celles prévues par le droit civil. Sans doute, le juge a-t-il craint que l'obligation de réparer le préjudice subi par les personnes qui s'immiscent dans la gestion des affaires publiques, si elle venait à être traitée par le juge judiciaire, ne permettent nullement de garantir la préservation des deniers publics.

Cela explique que, loin de consacrer dans des termes généraux l'application du principe d'enrichissement sans cause, le conseil d'Etat a finalement reconnu que la personne publique était tenue d'indemniser les travaux effectués à la suite d'un ordre irrégulièrement donné, dès lors qu'ils présentent "une utilité réelle", mais seulement à hauteur du "profit qu'elle a retiré de l'exécution de ces réparations" ⁹.

Ainsi dès la fin du XIXe siècle, la haute juridiction avait défini les deux conditions qui devaient remplies, l'assentiment donné par l'administration à la réalisation des prestations

⁷ Article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII : abrogé par l'article 7-IV de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

⁸ CE, 18 juin 1920, Epoux Rigaud, S. 1924.3.70 : à propos de la répétition de l'indu prévu à l'article 1376 du Code civil.

⁹ CE, 15 février 1889, Lemaire c. Fabrique de l'église de Rincq, Rec. 226 : « attendu qu'il en est pas moins établi que les travaux ont été reconnus être d'une utilité réelle, que le profit que la fabrique a retiré de l'exécution de ces réparations ne saurait (la) soustraire au paiement (d'une indemnité) sans violer le principe de droit commun que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ».

ainsi que la démonstration par l'appauvri de l'utilité générale des dépenses exposées, pour ouvrir droit à indemnisation au profit de l'appauvri et ce, sans qu'il soit besoin de s'intéresser à sa qualité publique ou privée : particulier, entreprise ou même autre personne morale de droit public.

En même temps, ces conditions permettaient de limiter les sommes mises à la charge de la personne publique. Pendant longtemps, pour accueillir la demande des justiciables, le juge s'est borné à invoquer le principe de droit commun selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui qui ne saurait être violé¹⁰ ou le "quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public"¹¹, voire les dispositions de l'article 1375 du code civil relatives à la gestion d'affaires¹². Ce n'est qu'en 1961 que la haute juridiction a élevé l'enrichissement sans cause au rang des principes généraux du droit. Elle consacrait ainsi la possibilité de l'appliquer "même sans texte, à la matière des travaux publics ». Le commissaire du gouvernement HEUMANN justifiait cette solution au regard des "objectifs d'équité et de justice" qui sont à la base du contentieux de la responsabilité de la puissance publique »¹³.

Cette reconnaissance tardive de l'enrichissement sans cause par le conseil d'Etat s'explique par le fait que cette solution juridique s'inspire de l'équité et se réfère à un principe moral, mais beaucoup plus rarement à un texte de loi¹⁴. Or, dans un état de droit, il est à craindre que le juge rende une décision en prenant en compte des considérations liées à l'équité, qui ne soit pas conforme aux règles aux règles de droit applicables au litige¹⁵.

Mais, même affirmé de la sorte, l'enrichissement sans cause n'a pas pour autant fait l'objet de longs développements dans les traités de droit administratif. L'ouvrage du Professeur René CHAPUS en témoigne. Il consacre seulement deux pages au quasi-contrat d'enrichissement sans cause, dans le chapitre plus général, relatif aux quasi-contrats, précédant la partie traitant de la responsabilité de la puissance publique¹⁶.

¹⁰ CE, 15 février 1889, Lemaire c. Fabrique de l'Eglise de Rincq, Rec. 226.

¹¹ CE, 18 juin 1920, Epoux Rigault, Rec. 596.

¹² CE, 28 juillet 1911, Sieur de la Guerinière, Rec. 933.

¹³ CE, 14 avril 1961, Ministre de la Reconstruction c. Société Sud Aviation, concl. Heumann, R.D.P. 1961, p. 655.

¹⁴ G. RIPERT, La règle morale, L.G.D.J., 1949, 4^e édition, p. 248 n°134 et p. 267 n°147.

¹⁵ Code de procédure civile, article 12.

¹⁶ R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, 10^e éd., p. 1115.

La notion d'enrichissement sans cause paraissait vouée en rang des accessoires. Elle devait cependant connaître un regain d'intérêt du fait de la montée en puissance du phénomène de contractualisation de l'action administrative de ces trente dernières années. L'externalisation par voie de marchés publics a généré de nombreux contentieux. Certains se sont traduits par l'annulation du contrat, laissant les parties face au règlement de leurs comptes. Il était donc nécessaire que l'enrichissement sans cause permette d'élaborer un système de responsabilité qui garantisse au prestataire à tout le moins, le remboursement de l'ensemble des dépenses qu'il a exposées et qui ont été utiles à l'accomplissement des services publics, lorsque le contrat est inexistant.

Cette montée en puissance du contrat s'explique par de multiples facteurs. L'action administrative ne s'est pas limitée aux seules missions régaliennes, spécialement au XIX^e siècle. Les personnes publiques ont organisé de nombreux services afin de répondre aux besoins de la population. Pour ce faire elle a externalisé certaines de ces tâches à des prestataires extérieurs plus spécialisés et privilégié le recours au procédé contractuel afin de les associer à l'exécution des services publics. Parallèlement la nécessité d'aménager les procédures permettant à l'Etat, mais aussi aux collectivités territoriales, de faire appel aux services des entreprises privées, a contribué au développement du droit des contrats publics, et notamment celui du droit de la commande publique. Ce dernier prévoyait les règles qui permettraient de garantir l'intérêt général, tant lors de la passation des contrats que durant leur exécution.

Or la violation des règles régissant la passation des contrats a longtemps engendré des conséquences définitives sur la validité de l'accord passé par l'administration. L'annulation du contrat, qui implique l'anéantissement de ses effets, répondait à la nécessité de soumettre l'action administrative aux règles de la légalité et de préserver les intérêts publics lorsque l'administration n'a pas respecté la réglementation qui était destinée à les protéger.

La thèse de Monsieur Gabriel BAYLES publiée en 1973 a expliqué la fonction et les finalités de l'action en enrichissement sans cause. Ce moyen de droit constitue un outil permettant de

corriger les effets de l'accord "imparfait" de la personne publique qui, même s'il est irrégulier, "contribue (pourtant) à assurer la vie collective et la marche des services publics" ¹⁷.

Par la suite, le conseil d'Etat a précisé les conditions d'application de l'enrichissement sans cause, qui permettront de garantir le rétablissement du déséquilibre entre les situations des parties, résultant de l'inexistence d'un contrat.

La décision « Société France Reconstruction » rendue le 2 décembre 1966 avait confirmé l'obligation de la personne publique au titre du "quasi-contrat" de fournitures contenant des clauses exorbitantes du droit commun et accepté par l'administration ¹⁸.

Mais surtout, la jurisprudence "Segrette" rendue le 19 avril 1974 a consacré une solution originale, associant les fondements de responsabilité, soit quasi-contractuel, soit quasi-délictuel. Tout d'abord elle a reconnu le caractère objectif de l'enrichissement sans cause. L'entreprise dont le contrat est entaché de nullité est en droit de réclamer, "en tout état de cause, le remboursement de celles des dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle (elle) s'est engagé et que dans le cas où la nullité résulte d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute, et notamment du paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat" ¹⁹.

Dans l'esprit du juge administratif, la responsabilité quasi-contractuelle n'emporte donc pas de jugement de valeur sur le comportement fautif des parties, alors même qu'elles ont conclu un contrat irrégulier. Dès lors le prestataire peut obtenir l'ensemble des dépenses qu'il a exposées et qui ont été utiles à la collectivité. Une telle solution a permis de sécuriser la relation de l'administration et de son prestataire qui contribue à l'accomplissement des services publics.

En l'absence d'obligation contractuelle, le déséquilibre entre les situations des parties est apprécié au regard des conditions réelles d'exécution des prestations et non plus, en considérant les prévisions des parties au contrat, ce qui permet de s'assurer du caractère effectif et utile des dépenses mises à la charge de la personne publique.

¹⁷ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 203.

¹⁸ CE, sect., 2 décembre 1966, Société France Reconstruction : Rec. p. 635, Concl. Fournier.

¹⁹ CE, 19 avril 1974, n°82518, Segrette.

La jurisprudence "Segrette" a ensuite reconnu la possibilité de rechercher la responsabilité de la personne publique en raison de la faute qu'elle a commise lors de la passation du contrat. Une indemnité complémentaire peut ainsi être accordée à l'entreprise afin de compenser les pertes subies au titre de l'annulation du contrat, et notamment la marge bénéficiaire dont elle a été privée.

Au final, cette solution juridique permettra de prendre en compte toutes les conséquences liées à l'inexistence du contrat, du moins pour l'entreprise. Lorsque l'indemnité d'enrichissement sans cause ne permet pas d'obtenir la "rémunération" que l'entreprise était en droit de réclamer au titre de l'exécution du contrat, si celui-ci n'avait pas été annulé, le prestataire pourra présenter une demande sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique.

La combinaison de ces deux fondements de responsabilité confère un caractère subsidiaire à la responsabilité quasi-délictuelle, par rapport à la responsabilité quasi-contractuelle. Cette solution montre l'originalité du système de responsabilité élaboré par le juge administratif afin de régler les situations péri-contractuelles.

Les travaux du Professeur Franck Moderne ont contribué à éclairer la notion de quasi-contrat²⁰, même si celle-ci reste encore complexe. L'absence d'un partage de responsabilité au titre de l'enrichissement sans cause s'explique par le fait que l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation des prestations, permet de neutraliser la faute du prestataire.

Alors que l'assentiment de la personne permettait à l'origine de préserver les deniers publics et d'éviter que soient mises à la charge de la personne publique des dépenses qu'elle n'aurait pas décidées, dans le cas notamment, où l'appauvri avait pris l'initiative de réaliser des travaux d'intérêt public, il apparaîtra ensuite comme la cause principale justifiant de l'obligation de rembourser l'ensemble des dépenses utiles qui ont été exposées par le prestataire résultant de l'inexistence du contrat.

²⁰ F. MODERNE, Les quasi-contrats administratifs, SIREY, 1995.

A partir des années 1990, le droit des contrats administratifs a progressivement intégré les nouvelles exigences posées par le droit communautaire de la concurrence. L'acheteur public doit en effet organiser la consultation des opérateurs économiques de façon à garantir le respect des principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ²¹. Si ces principes ont été prévus afin d'optimiser l'efficacité de la commande publique, et de préserver les deniers publics, il n'en demeure pas moins que les nouvelles procédures imposées ont accru les risques d'irrégularité entachant le contrat et ce, d'autant que le contentieux contractuel s'est enrichi de nouvelles voies de recours permettant également aux tiers intéressés de contester la validité du contrat ²².

Ces différentes évolutions ont conduit à fragiliser la sécurité des relations contractuelles. Saisi d'un litige lié à l'exécution du contrat, le juge pouvait être conduit à soulever d'office le moyen d'ordre public tenant à la nullité du contrat, lorsque les parties n'avaient pas déjà invoqué l'irrégularité affectant le contrat pour tenter d'échapper à leurs obligations contractuelles.

C'est ainsi qu'au cours des années 2000, le juge administratif a rendu une série de décisions qui ont permis d'adapter le système de responsabilité destiné à réparer les situations pré-contractuelles, aux nouvelles réalités du contentieux contractuel.

Tout d'abord, la jurisprudence "Citécable" a admis d'assouplir les règles de recevabilité des nouvelles demandes présentées sur les fondements de responsabilité, quasi-contractuel ou quasi-délictuel, lorsque l'annulation du contrat avait été prononcée en cours d'instance. De telles demandes constituent des causes juridiques nouvelles dans le débat contentieux engagé sur le terrain contractuel. Lorsque les parties n'avaient pas anticipé le risque d'annulation du contrat, elles devaient former une nouvelle action devant le Tribunal administratif. Il a été jugé que les cocontractants pouvaient désormais "poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul ²³. Cette évolution a considérablement facilité l'indemnisation du prestataire appauvri, en simplifiant la procédure contentieuse et en

²¹ C.M.P., article 1.

²² CE, 16 juillet 2007, n°291545, Société Tropic Travaux Signalisation.

²³ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

réduisant le délai nécessaire au règlement des situations péri-contractuelles résultant de l'annulation du contrat.

Deux décisions du conseil d'Etat rendues le 22 février 2008 devaient encore permettre de consolider le caractère objectif de l'enrichissement sans cause, mais également de tirer les conséquences dommageables résultant pour la personne publique de la mauvaise exécution des travaux.

Certains juges d'appel avaient opéré sur le terrain quasi-contractuel, un partage de responsabilité au titre de la faute du prestataire qui avait accepté de conclure un contrat entaché d'irrégularité. Celle-ci se rapportait à la violation des règles de mise en concurrence dont le prestataire avait pu retirer avantage ²⁴.

La haute juridiction a depuis lors clarifié la jurisprudence "Segrette" afin de mettre fin aux hésitations suscitées par ces décisions. Le conseil d'Etat a rappelé que « les fautes éventuellement commises par le demandeur antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de son cocontractant » ²⁵.

Dans ce dernier cas, il n'était plus possible de considérer que la personne publique avait donné son assentiment à la réalisation des prestations délivrées. Une telle circonstance fait obstacle à ce que soient mises à la charge de la collectivité les dépenses en résultant, et le juge refusera alors d'accorder toute indemnité d'enrichissement sans cause.

Le même jour, la haute juridiction a également consacré la possibilité d'invoquer la responsabilité quasi-délictuelle des constructions qui ont livré un ouvrage "non conforme à sa destination". Le maître d'ouvrage ne peut plus invoquer ni les obligations contractuelles des entreprises, ni les garanties post-contractuelles de parfait achèvement et de bon fonctionnement, ou même la garantie décennale du maître d'œuvre ou de l'entreprise, en

²⁴CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec ; CAA Marseille, 30 juillet 2007, n° 05MA02555, Commune de Menton.

²⁵ CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 79, G. ECKERT ; AJDA 2008, p. 992, note J.-D. DREYFUS.

raison des malfaçons qui affectent l'ouvrage²⁶. La faute des concepteurs et des entreprises de travaux sera sanctionnée du fait de la méconnaissance de leurs obligations professionnelles, telles qu'elles résultent des règles de leur art. La personne pourra obtenir l'indemnisation du coût des travaux qui devront être effectués pour remédier aux malfaçons²⁷.

Trois autres décisions rendues par le conseil d'Etat permettent ensuite de préciser les modalités d'indemnisation des préjudices subis²⁸, et les conséquences données aux frais financiers qui ouvrent droit à réparation exclusivement dans le cadre de délégation de service public²⁹.

Si l'évolution du contentieux contractuel résultant des jurisprudences "Ville de Béziers" et Département du Tarn-et-Garonne", a permis dans des cas, nombreux, de maintenir les obligations contractuelles qui lie des parties, elle n'a pas eu d'incidence, du moins jusqu'à ce jour, sur la solution juridique élaborée afin de réparer les situations péri-contractuelles.

Il s'agira tout d'abord d'identifier les situations péri-contractuelles telles qu'ils résultent à la fois, de l'inexistence d'un contrat et, de l'inapplicabilité des solutions juridiques classiques. L'essai d'une typologie permettra de montrer la variété des situations d'enrichissement sans cause créées par le défaut initial d'un titre conventionnel ou la disparition du contrat originaire. Le déséquilibre entre les situations en résultant, ne peut être corrigé ni sur le fondement d'une disposition légale ou réglementaire, ni a fortiori sur le terrain contractuel et le juge a refusé de réparer le dommage causé à l'appauvri sur les fondements classiques de responsabilité extracontractuelle (Première partie).

Ensuite il conviendra d'expliquer les conditions d'élaboration d'une solution juridique adaptée aux situations péri-contractuelles. Même si leur réparation est fondée sur la recherche d'une solution équitable, le juge a défini de façon précise, les conditions d'exercice de l'action en enrichissement sans cause (Seconde partie).

²⁶ CE, 29 janvier 1982, n° 19926, M. X c. Commune de Moussy-le-Neuf.

²⁷ CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B (ou SCHMELTZ et ORSELLI).

²⁸ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

²⁹ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux ; CE, 15 février 2012, n° 351752, Commune de Castres.

Enfin les modalités d'application du système de responsabilité permettant de réparer les situations péri-contractuelles seront précisées. L'obligation d'enrichissement sans cause qui garantit le rétablissement de l'équilibre patrimonial, se limite au remboursement des dépenses qui ont été utiles à l'accomplissement des services publics. Au titre des dommages résultant des agissements fautifs des parties, la réparation complémentaire du préjudice subi par le prestataire résultant de l'inexistence du contrat, compensera les autres débours supportés ainsi que le bénéfice dont il a été privé. De même que la faute des constructeurs qui ont manqué à leurs obligations professionnelles, sera sanctionnée par l'indemnisation des travaux nécessaires à la réfection de l'ouvrage (Troisième partie).

PREMIERE PARTIE :

L'INEXISTENCE D'UN CONTRAT, FAIT JURIDIQUE ORIGINAL

Les situations péri-contractuelles renvoient aux sources des droits subjectifs, et plus particulièrement à la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques. Elles correspondent en effet à un fait juridique, né d'une relation entre l'administration et le prestataire sans qu'aucun acte juridique ne permette d'attester de la rencontre des volontés entre les parties, et notamment d'une manifestation de volonté donnée de façon éclairée par la personne publique de s'obliger au titre des prestations délivrées dans le cadre d'un échange.

Ces situations sont très diverses, au regard tant des circonstances qui ont conduit à constater l'absence d'un contrat, que de la nature de la relation de fait créée entre les parties ainsi que de leurs conséquences financières. Les effets liés au défaut de signature d'un contrat concernant l'achat de simples fournitures ne présentent pas la même complexité que le retentissement de l'annulation de l'accord passé en vue de confier la gestion d'un service public à une entreprise privée.

Toutefois certaines caractéristiques communes permettent de définir les situations péri-contractuelles. Ces dernières trouvent tout d'abord leur origine dans une relation de collaboration, du moins le croit-on, entre la collectivité publique et une tierce personne. L'initiative a été prise soit par un particulier ou une entreprise, soit par les représentants de la personne publique. La tierce personne a réalisé des prestations au profit de la collectivité et l'administration a accepté d'en bénéficier dans la mesure où elles étaient utiles à l'accomplissement de services publics.

Ces situations révèlent ensuite une illégalité commise. La personne publique a laissé le prestataire rendre service à la collectivité sans prendre le soin de prendre en bonne et due forme une décision précisant les modalités de son exécution.

Le droit de la commande publique prévoit que les prestations délivrées "en échange d'une rétribution financière" ³⁰ donnent lieu à la conclusion d'un contrat selon les procédures prévues par les textes. Celles-ci sont destinées à assurer "l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics" et l'administration devra respecter les principes de libre accès, d'égalité de traitement et de transparence dans les procédures qu'elle organise pour choisir le candidat présentant l'offre économiquement la plus avantageuse ³¹.

Toutefois le service rendu à la personne publique n'a fait l'objet d'aucun accord conclu en bonne et due forme. Soit la personne publique et le prestataire n'ont pas signé de contrat. Dans certains cas, les services de l'administration se sont contentés d'adresser une simple demande écrite, voire orale, en l'absence de toute mise en concurrence et sans que l'assemblée délibérante ait autorisé cet achat. Soit un contrat aura été conclu, mais les irrégularités qui entachent sa passation ou son contenu priveront d'effet les engagements pris par les parties.

L'absence d'un contrat régulièrement conclu révèle encore à tout le moins, l'imprudence du prestataire, voire la faute qu'il a commise en acceptant de réaliser des prestations en l'absence de tout contrat ou de signer un contrat entaché d'irrégularité.

L'évolution récente du contentieux contractuel montre que la violation de la réglementation applicable en matière de commande publique n'emporte plus systématiquement des conséquences aussi définitives que par le passé, sur la validité des accords passés par l'administration. Le juge module sa sanction en fonction de la nature et de gravité de l'irrégularité, et au regard des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de ses répercussions sur les conditions d'exécution des prestations. De sorte qu'un marché irrégulièrement passé, peut néanmoins produire les effets recherchés par les parties.

Les conséquences juridiques données aux relations d'échange bilatérales dépendent donc de l'appréciation portée par le juge administratif sur la validité de l'accord intervenu entre la

³⁰ CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08.

³¹ Code des marchés publics, articles 1er et 53.

personne publique et son prestataire. Celle-ci est donc susceptible de faire basculer cette collaboration dans la sphère des situations péri-contractuelles qui ne peuvent être réglées au regard des obligations initialement prévues par les parties (Chapitre I).

Les situations péri-contractuelles apparaissent enfin dommageables dans la mesure où elles engendrent un déséquilibre entre les situations financières des parties.

En l'absence d'un acte régulièrement signé par la personne publique, le prestataire n'a pu obtenir le paiement du service rendu. Il n'avait pourtant nullement entendu consentir une libéralité à la collectivité et réclame le paiement des prestations délivrées à l'administration.

Aucun contrat n'a pu en effet faire naître de droits et d'obligations entre les parties. Lorsque le contrat avait été exécuté avant que le juge ne prononce son annulation, le cocontractant a néanmoins déjà perçu des sommes au titre des prestations fournies. La nullité emporte l'anéantissement du contrat et aucun acte ne justifie le versement de telles sommes.

Les dispositions légales ou réglementaires ne permettent pas davantage de légitimer ce transfert de valeur, ni ne prévoient de rétablir l'équilibre rompu entre les situations patrimoniales des parties.

La personne publique n'a pu ordonner de façon unilatérale, l'exécution de ces prestations pour répondre à ses besoins courants et en l'absence de circonstances exceptionnelles justifiant de requérir les services d'un particulier ou d'une entreprise.

Les parties sont alors censées remettre les choses dans leur état initial. La personne publique devra logiquement émettre un titre de recettes à l'encontre du prestataire afin de recouvrer les sommes qui lui ont été versées. Comme elle devrait encore restituer les prestations qui lui ont été fournies. Ce principe constitue une pure fiction juridique. Non seulement les prestations ont généralement été consommées, mais la remise en l'état de l'ouvrage apparaîtrait totalement inopportune en raison des dépenses qu'elle impliquerait, sans compter le fait que le service rendu a été utile à l'accomplissement des services publics. De même que le reversement des sommes déjà perçues par l'entreprise au titre des prestations délivrées pourrait compromettre la situation financière de la société. Il s'agira alors davantage de régler les comptes entre la personne publique et le prestataire.

Toutefois les fondements classiques de responsabilité n'apparaissent d'aucun secours. Le prestataire ne peut rechercher la responsabilité contractuelle de la collectivité publique. Les obligations prévues au contrat ne sauraient en effet produire d'effet dans la mesure où les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son accord ne garantissent nullement qu'elle se soit engagée en toute connaissance des modalités d'exécution du service rendu par le prestataire.

Si l'appauvrissement subi par le prestataire résulte de l'illégalité fautive commise par l'administration et caractérise une rupture d'égalité devant les charges publiques, le régime de responsabilité extracontractuelle apparaît inapproprié au règlement des situations péri-contractuelles. L'indemnisation accordée sur ce fondement ne permettrait nullement de garantir ni le remboursement des dépenses exposées par le prestataire qui ont été utiles à la collectivité publique, ni la préservation des deniers publics (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

VARIETE DES SITUATIONS D'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE CREEES PAR L'INEXISTENCE DU CONTRAT

Une tierce personne a réalisé des prestations au profit d'une collectivité publique. Cette intervention a pu concourir à l'exécution d'un service public, et par conséquent contribuer à l'intérêt général. Elle est le fait soit d'une personne privée, un particulier ou une entreprise, soit d'un autre organisme public. Les prestations ont été généralement effectuées à la demande de la personne publique, plus rarement le tiers en aura pris l'initiative. Toutefois aucun acte juridique n'a défini les conditions de cette intervention.

Le développement de l'action administrative qui ne se cantonne pas seulement à l'exercice de fonctions régaliennes, a conduit les personnes publiques à externaliser de nombreuses tâches. Pour ce faire elles ont privilégié le recours au procédé contractuel, plus consensuel que l'édition d'un acte unilatéral, afin d'associer des prestataires spécialisés à l'exécution de mission de service public pour une meilleure efficacité de l'action publique.

L'achat de prestations implique en principe de conclure un contrat administratif. La formation de cet accord est soumise à des règles particulières qui s'expliquent non seulement par la nature des pouvoirs de puissance publique de l'un des contractants, garant de l'intérêt général, mais également par la nécessité de mettre en concurrence les prestataires potentiels afin d'optimiser les conditions d'achat.

Les situations d'enrichissement sans cause se caractérisent dans la plupart des cas, par l'absence d'un contrat régulièrement formé. Soit que la personne publique et le prestataire n'ont pas signé de contrat permettant d'attester de leurs engagements respectifs au titre du

service rendu (section 1). Soit qu'ils ont conclu un contrat, mais ce dernier est devenu caduc ou est entaché d'une irrégularité affectant la validité de l'accord passé (section 2).

Section 1. Le défaut d'un titre conventionnel

Une première hypothèse d'enrichissement sans cause résulte du défaut de document signé par chacune des parties, permettant de déterminer les conditions d'exécution des prestations. Ces dernières ont été effectuées spontanément par le tiers (§ 1), ou à la suite d'un ordre informel adressé par un représentant de la collectivité publique (§ 2), ou encore en marge des prévisions contractuelles par le titulaire d'un marché passé avec l'administration (§ 3).

§ 1. Une contribution spontanée à l'intérêt général

L'intérêt général est en principe conçu et mis en œuvre par l'Administration elle-même. Mais il peut advenir qu'un particulier en prenne l'initiative.

Dans un domaine étranger à l'enrichissement sans cause, mais intéressant le droit de la responsabilité, on connaît la théorie du collaborateur occasionnel. Celle-ci a été étendue aux particuliers qui apportent leur concours à l'exécution d'un service public, sans que l'administration ne leur ait rien demandé ³². Ils n'ont été ni requis par une autorité administrative, ni appelés à l'aide par la sonnerie du tocsin. C'est spontanément qu'un passant a collaboré au service public de police en se lançant à la poursuite d'un malfaiteur ³³ ou en portant secours à une personne en danger ³⁴ afin de répondre à une urgente nécessité ³⁵. Les particuliers proposent encore bénévolement leurs services à la collectivité publique pour tirer

³² Dans la mesure toutefois où l'administration ne s'y est pas opposée : voir sur ce point G. Darcy, La responsabilité de l'Administration, Dalloz, Connaissances du droit, 1996, p. 108.

³³ CE, 17 avril 1953, Pinguet, D 1954, p. 177.

³⁴ CE, 25 septembre 1970, n°73707, Commune de Batz-sur-Mer; CE, 14 octobre 1988, Le Goff, D 1989, p. 341.

³⁵ CE, 14 décembre 1981, Guinard, D. 1982, p. 444 : concernant l'aide apportée par une personne aux infirmiers pour faire monter un malade dans un véhicule.

un feu d'artifice le 8 mai 1945 afin de célébrer la fin de la guerre ³⁶ ou effectuer des travaux de nivellement destinés à aménager un terrain municipal en terrain de sport ³⁷.

Le droit de l'enrichissement sans cause montre également que l'initiative privée peut participer à l'intérêt général. Certaines affaires d'apparence anecdotique permettent de faire apparaître une tendance confirmée.

Il en va notamment ainsi lorsqu'un particulier réalise des travaux de raccordement au réseau communal d'égouts. La pose d'une canalisation de 140 mètres de long sous une voie publique, a été exécutée avec l'accord de la commune et sous la direction des services techniques du département. Le coût en a été supporté par le particulier alors que l'ouvrage "excédait sensiblement par ses caractéristiques et notamment par le diamètre du collecteur mis en place", les seuls besoins du raccordement du terrain du requérant. L'ouvrage fut par la suite incorporé au domaine public communal et servit à la desserte d'autres terrains bâtis dans le même quartier. Dans la mesure où l'ouvrage avait été "créé pour des besoins autres que ceux relatifs à la desserte du terrain de l'intéressé", il procurait un enrichissement sans cause pour la commune au détriment du requérant ³⁸.

Un tiers peut encore réaliser des travaux afin de pallier à la carence de la personne publique. C'est ainsi que la SNCF a entrepris des travaux de remise en état d'une passerelle dont la corrosion des armatures métalliques risquait d'entraîner la chute de blocs de béton sur les voies ferrées. Si cet ouvrage appartenait au domaine public communal et présentait un danger pour les piétons et le personnel de la SNCF, la ville de Drancy avait pourtant refusé de remédier à ces désordres. Le juge a sanctionné l'enrichissement sans cause dont a bénéficié la commune ³⁹.

Les dépenses exposées pour exécuter ces prestations ne sauraient en effet s'apparenter à une libéralité. On ne trouvera pas d'acte juridique conventionnel prévoyant la réalisation des prestations à titre gratuit, qui permettrait de légitimer le déplacement de valeur opéré au profit

³⁶ TC, 3 novembre 1958, Daubie c. Commune de Thézac : A.J.D.A. 1959, p. 185, obs. PINTO.

³⁷ CE, 27 novembre 1970, n°75992, Dame Veuve Y : AJDA 1971, p. 59, chron. LABETOUILLE ET CABANES.

³⁸ CE, 18 juin 1980, n°05771, M. Z.

³⁹ CE, 7 juin 1985, n° 47370 - 47594, SNCF.

de la collectivité. De plus le tiers a pu entendre tirer un avantage direct, à tout le moins la célérité des travaux réalisés, de son intervention en lieu et place des services publics.

Ces initiatives ne peuvent davantage être rapprochées d'une offre de concours. La personne privée ou publique, n'a nullement proposé de façon explicite de prendre en charge une partie des dépenses afférentes aux travaux réalisés sur l'ouvrage public. Si ces derniers ont été réalisés avec l'accord de la commune, voire même sous la direction de ses services techniques, le conseil municipal ne s'est prononcé ni sur la proposition du souscripteur, ni sur les conditions d'exécution de son offre, en nature ou en espèces, comme le prévoit notamment le code rural s'agissant du financement de travaux projetés sur les chemins ruraux ⁴⁰. Aucune convention ne permet d'attester d'un quelconque accord entre l'offrant et la personne publique, qui permettrait de justifier de l'obligation pesant sur le particulier d'avoir à supporter une part des charges liées à la réalisation des travaux.

Mais surtout, la participation aux travaux publics n'est généralement pas dénuée de tout intérêt pour l'offrant, les dépenses qu'il expose trouvent en réalité une cause dans l'avantage personnel qu'il espère retirer de cette contribution ⁴¹. L'enrichissement sans cause de la personne publique ne pourrait alors être invoqué dans le cadre d'une convention d'offre de concours entachée de nullité ⁴² que dans la mesure où la souscription critiquée a contribué à fournir des prestations qui ont été utiles à la collectivité publique et n'a finalement procuré à l'offrant aucun avantage personnel.

Le juge administratif a donc reconnu l'obligation de la personne publique d'indemniser les dépenses qui ont utilement contribué à l'enrichir, à la suite des travaux d'intérêt public réalisés spontanément par une tierce personne et en l'absence de tout contrat.

§ 2. Des prestations irrégulièrement demandées par la personne publique

⁴⁰ Code rural, articles D. 161-5 et suivants.

⁴¹ CAA Lyon, 23 avril 2015, n° 14LY00511, Société Poste Immo : Les travaux non amortis réalisés par la société requérante dans le local mis à disposition par la commune de Saligny-sur-Roudon en vue d'accueillir un bureau de poste trouvent leur contrepartie dans le fait que la société a pu exploiter l'immeuble pendant plus de 40 années.

⁴² CAA Marseille, 10 novembre 2010, n° 08MA05212, Commune de CATTLAR.

La collectivité publique et le prestataire ont dans la plupart des cas, échangé à propos de l'exécution des prestations litigieuses mais n'ont nullement entériné les conditions de leur collaboration en concluant un contrat définissant leurs obligations respectives. La jurisprudence illustre abondamment ce cas de figure (A) et différentes circonstances permettent d'expliquer cette situation anormale (B).

A – Illustrations jurisprudentielles de demandes irrégulières de prestations par la personne publique

Plusieurs exemples méritent d'être recensés qui permettront de se forger une vision de la diversité et de la multiplicité des situations rencontrées.

Celui tout d'abord de l'usine d'incinération d'un syndicat intercommunal de l'aire toulonnaise ayant traité durant près de trois ans, les ordures ménagères collectées sur le territoire de la commune du Castellet qui n'était pas membre de l'établissement public de coopération intercommunale. Le syndicat a été payé de ces prestations pendant dix huit mois avant que la commune ne conteste le tarif qui lui était appliqué. Le conseil syndical n'avait d'ailleurs pas pris de délibération ayant pour objet de fixer le prix à la tonne des déchets traités pour une commune non adhérente. En l'absence de contrat ou marché susceptible de fonder légalement une créance contractuelle de la commune, le syndicat a obtenu sur le terrain de l'enrichissement sans cause le remboursement des dépenses qui ont été utiles à la commune⁴³.

Autre hypothèse. Alors que la personne publique a adressé à une entreprise une lettre de commande, cet ordre est irrégulier dans la mesure où il ne permet nullement de déterminer les conditions d'exécution auxquelles les parties se seraient réciproquement engagées. A tout le moins, la nature et l'étendue des prestations dont l'autorité administrative compétente entendait confier la réalisation à la société ainsi que la compensation financière que la

⁴³ CE, 25 octobre 2004, n°249090, Commune du Castellet ; Contrats et marchés publics, décembre 2004, p. 42, J.-P. PIETRI.

collectivité publique garantissait en échange des prestations fournies doivent être précisées dans un document signé par une personne habilitée à engager la personne publique.

A titre d'exemple, la Région Ile de France a commandé par simple télécopie l'installation de préfabriqués dans le cadre d'une opération temporaire organisée à l'Arc de Triomphe. La société lui a adressé en retour deux devis et un compte rendu de réunion de chantier a précisé le planning de l'opération et l'organigramme des intervenants au chantier. Aucun acte d'engagement signé par un agent habilité, attestant de l'accord de volonté de la personne publique et précisant l'objet et le prix des prestations demandées n'a pourtant été ni établi, ni notifié à l'entreprise ⁴⁴. La société ne pouvait donc prétendre au paiement des travaux réalisés sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Ou encore, c'est par lettres de commande que les services de l'Administration générale de l'assistance publique à Paris ont demandé pas moins de quatorze missions d'études liées à l'exécution de travaux. L'architecte qui ne pouvait produire aucun acte signé par l'autorité administrative compétente pour engager les hôpitaux de Paris n'a donc pu se prévaloir d'une quelconque créance contractuelle ⁴⁵.

Durant deux mois un artisan a réalisé des travaux de remise en état des ouvertures de portes dans les locaux d'une université sans qu'un bon de commande ne lui ait été adressé. Les travaux avaient uniquement fait l'objet de bons de travail irréguliers, soit qu'ils n'étaient pas signés, soit signés par une personne incompétente, et destinés aux seuls services techniques de l'université ⁴⁶.

Une illustration encore : le prestataire a pu également intervenir à la suite d'un ordre verbal donné par un représentant élu de la collectivité territoriale. Alors que l'entreprise avait conclu un marché de travaux d'enrobées avec le département de Corse du sud, elle a réalisé des travaux supplémentaires à la demande du maire d'une commune, également vice-président du Conseil général. Toutefois ce dernier ne bénéficiait d'aucune délégation du président de

⁴⁴ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société Chevalier.

⁴⁵ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

⁴⁶ CAA Lyon, 30 décembre 2003, n°98LY01142, M. Lucien X.

l'assemblée délibérante en matière de travaux publics et la demande orale ne pouvait donc constituer un ordre de service régulier émanant du maître d'ouvrage ⁴⁷.

B – Recherche d'explications d'une situation anormale

Les explications de prestations délivrées sans demande régulière de la personne publique peuvent être recherchées dans différentes directions. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, il est possible de relever l'urgence plus ou moins justifiée (1), la dynamique, aléatoire, d'un projet (2), voire la promesse administrative non tenue (3).

1) L'urgence en discussion

L'impétie administrative peut tout d'abord se manifester lorsque la personne publique doit faire face à l'urgence.

Cette dernière peut en effet expliquer que l'entreprise ait démarré les travaux dès la réception d'un ordre de commande qu'elle sait irrégulier. C'est ainsi qu'une société est intervenue pour remettre en état l'installation électrique de bâtiments de l'armée française à Djibouti, qui avait été endommagée à la suite d'inondations. De simples "lettres d'intention de commande" puis des certificats administratifs confirmant la réalisation des travaux avaient été envoyés à l'entreprise. L'administration a par la suite renvoyé le règlement de ces travaux à la mise en place de crédits de paiement dans le cadre de marchés de régularisation, qui n'est pas intervenu. Le juge ne peut que constater qu'aucun marché n'a jamais été conclu ⁴⁸.

Le juge admettra qu'au plan du droit des marchés publics, aucune procédure n'a été violée, l'urgence « impérieuse » et motivée par des « circonstances imprévisibles » justifiant le recours à une procédure de passation négociée, sans publicité préalable ni mise en concurrence. Toutefois elle ne permet pas de considérer qu'un contrat écrit a été signé avant tout commencement d'exécution ⁴⁹.

⁴⁷ CAA Marseille, 24 janvier 2005, n°01MA00321, Société Corsovia.

⁴⁸ CE, 17 novembre 2008, n°294215, Entreprise AUBELEC.

⁴⁹ Code des marchés, article 35, II, 1°.

2) La dynamique d'un projet

Dans certains cas (nombreux), la collectivité publique peine à définir les projets qu'elle envisage de réaliser pour répondre aux besoins de la population. Aussi un prestataire extérieur peut proposer ses services ou être sollicitée par la personne publique afin d'effectuer des études destinées en particulier, à évaluer les différentes contraintes techniques et à estimer le coût des travaux, sans qu'une compensation financière n'ait été prévue pour leur exécution.

C'est ainsi qu'un artiste a offert d'accomplir des esquisses pour la réfection des vitraux d'une église. Si celles-ci ont été validées par l'architecte des bâtiments de France, la commune n'a pas obtenu les subventions escomptées pour le financement des travaux de rénovation et le projet d'aménagement de l'église a par conséquent été abandonné. La collectivité n'a donc pas conclu le projet de marché approuvé par délibération du conseil municipal, prévoyant de rémunérer l'artisan pour les prestations de conception et de réalisation des vitraux ⁵⁰.

Participe de cette même démarche, de dynamique puis d'abandon du projet, la situation du lauréat retenu par le jury à la suite d'un concours organisé en vue de désigner un maître d'ouvrage délégué chargé de l'étude et de la réalisation d'un centre commercial qui n'a encore signé aucun contrat avec la commune d'Etampes. Par courrier le maire l'avait informé de sa désignation et invité en application des dispositions du cahier des charges, à présenter la demande de permis de construire. Toutefois des désaccords subsistaient, concernant les modalités de rétrocession des terrains nécessaires à l'opération projetée. La société lauréate avait alors proposé une modification du projet. La commune a finalement décidé de modifier le lieu d'implantation du centre commercial. Le juge s'est trouvé dans l'impossibilité de régler cette situation dans le cadre contractuel : aucune convention n'avait été conclue avec l'architecte et ce dernier a supporté les frais afférents aux démarches effectuées auprès des différents partenaires de l'opération et aux nouvelles études proposées. Seul l'enrichissement sans cause permettra de trouver une solution ⁵¹.

⁵⁰ CAA Marseille, 9 juillet 2012, n° 09MA02617, M. A.

⁵¹ CE, 2 mai 1990, n° 37844, SOPEC et SIEBCO.

3) La promesse non tenue par l'administration

Le prestataire peut se trouver confronté à une promesse non tenue par la personne publique qui l'a incité à exécuter des prestations préalablement à la conclusion d'un contrat.

La parole donnée, qui n'a pas été respectée par l'administration, renvoie à la question de la confiance légitime⁵². Cette dernière constitue un principe général du droit communautaire ne trouvant à s'appliquer dans l'ordre national, que dans le cas où la situation litigieuse est régie par le droit communautaire⁵³. Mais surtout elle est étroitement liée au principe de sécurité juridique⁵⁴ qui gouverne en particulier, les relations des personnes publiques avec leurs prestataires. Le non respect des engagements pris par la collectivité publique dans le cadre d'un contrat valide, peut donner lieu à indemnisation du préjudice en résultant pour l'entreprise, sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

En dehors de ce cadre, la promesse non tenue peut caractériser une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration sur le terrain quasi-délictuel⁵⁵. C'est notamment le cas lorsque le maître d'ouvrage a demandé au candidat sélectionné par la commission d'appel d'offres, de procéder plus rapidement que prévu à la mise au point du marché et d'accélérer la mise en place des moyens en matériels et en personnels nécessaires à son exécution afin d'abréger les délais de construction mais s'est abstenu d'informer l'entreprise de ce que la commission d'appel d'offres était susceptible de revenir sur son choix⁵⁶.

Les échanges avec différents représentants de l'administration en dehors des procédures de mise en concurrence des opérateurs économiques, peuvent également permettre d'espérer obtenir la réalisation de prestations pour le compte de la personne publique. Ainsi l'élaboration de deux projets de contrat adressés à la société, la réunion au cours de laquelle certaines de

⁵² O. FICKLER-DESPRES, Les promesses de l'administration, Semaine Juridique Edition Générale n° 4, 21 Janvier 1998, I 104.

⁵³ CE, 9 mai 2001, n° 211162, Société mosellane de tractions.

⁵⁴ Reconnu par le conseil d'Etat en 2006 (CE, Ass., 24 mars 2006, n°288460, Société KPMG et autres ; voir GAJA, 16^e éd., n°117, p. 920) mais qui justifiait déjà par le passé certaines solutions juridiques, comme par exemple le régime de l'abrogation et du retrait des actes administratifs (CE, 26 octobre 2001, n°197018, Ternon).

⁵⁵ J. MOREAU, Promesses et responsabilités administratives, A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur L. RICHER, L.G.D.J., "lextenso éditions", 2013, p. 237.

⁵⁶ CE, 10 janvier 1986, n°41778, Société des Travaux du Midi : Rec. CE, p. 608 ; JCP G 1986, II, 20698, note Ph. TERNEYRE.

leurs clauses ont été négociées puis expressément acceptées par les parties, de même que la lettre de l'administration informant la société de ce que le projet était soumis à approbation du ministère, suivie du courrier du secrétaire d'Etat autorisant le directeur général du service à signer dans les meilleurs délais la convention et immédiatement porté à la connaissance de la société pouvaient légitimement, donner à l'entreprise l'assurance que le contrat allait être rapidement conclu. Dans de telles circonstances et en l'absence de toute justification tirée de l'intérêt général, le juge a considéré que l'abandon du projet constituait une rupture fautive de la promesse faite de contracter, engageant entièrement la responsabilité de l'Etat ⁵⁷.

En revanche de simples "assurances écrites ou orales" données au prestataire par le maire sur la réalisation du projet alors même que le conseil municipal a refusé le projet initial, apparaissent "dépourvues d'engagements précis" et ne sauraient constituer une faute ouvrant droit à réparation ⁵⁸.

Dans les cas où le principe de la responsabilité pour faute de la personne publique est acquis, la société ne pourra toutefois pas obtenir l'indemnisation intégrale de son préjudice, lorsqu'elle a elle-même fait preuve d'imprudence en exécutant des prestations en dehors de tout contrat. Le juge a ainsi considéré que la responsabilité de l'Etat devait être atténuée de moitié dans la mesure où l'entreprise n'ignorait pas que le courrier qui lui avait été adressé par un représentant du service de l'équipement l'informant de son accord pour qu'elle entreprenne certaines études qu'elle s'était proposé de réaliser pour un prix déterminé, ne pouvait tenir lieu de marché. Le montant des prestations excluait en effet la possibilité d'un simple achat sur facture, ce que rappelait d'ailleurs le courrier invoqué, qui annonçait également qu'un marché serait ultérieurement conclu.

Toutefois le prestataire de service "pouvait prétendre non seulement au remboursement de celles des dépenses qui ont été utiles à la collectivité (...), mais également à la réparation du dommage imputable " à la faute de l'administration ⁵⁹.

Quelle que soit la part de responsabilité imputée à l'entreprise, cette dernière est en droit d'obtenir à tout le moins, une indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause que les

⁵⁷ CAA Paris, 2 octobre 1990, n° 89PA01666, Société internationale de télévision et communication.

⁵⁸ CE, 2 mai 1990, n° 37844, SOPEC et SIEBCO.

⁵⁹ CE, 1er juin 1984, n°35445, Société Objectif Conseil.

prestations fournies ont permis de procurer à la collectivité publique ⁶⁰. Postérieurement à l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre concernant la première tranche d'un programme de réhabilitation de la salle de spectacle du casino, le maire avait informé le titulaire par courrier de la décision du conseil municipal de lui confier également une mission complète d'ingénierie pour la seconde partie du projet d'aménagement du casino et l'invitait à fournir les différentes pièces nécessaires à l'établissement d'un contrat. Toutefois aucun autre marché n'a été conclu. La cour a tout d'abord considéré que la faute de l'architecte qui a commencé à exécuter les prestations avant la signature du marché sans y avoir été incité par la commune constituait une cause d'exonération totale de responsabilité des propres fautes de la collectivité. Le juge a ensuite examiné le moyen soulevé par le maître d'œuvre, tiré de l'enrichissement sans cause de la commune, et notamment la réalité des nouvelles études qu'il prétendait avoir fournies à la collectivité ⁶¹.

A tout le moins, la demande informelle adressée par l'administration permet au prestataire d'obtenir le remboursement des dépenses qui ont été utiles à la personne publique.

§ 3. Le service rendu à l'administration en marge des prévisions contractuelles

Dans cette situation, le prestataire intervient déjà pour l'administration sur le fondement d'un contrat conclu en bonne et due forme, mais la mauvaise anticipation des besoins de la collectivité (A), ou des difficultés rencontrées lors de l'exécution de travaux (B), vont conduire les parties à greffer de nouvelles prestations.

A. Le défaut d'anticipation des besoins

La réalisation par le cocontractant, de prestations en sus de celles prévues au contrat, résulte généralement d'un défaut dans la définition des besoins et dans la programmation des achats par l'administration. Certains des besoins de la personne publique n'ont pas été intégrés au

⁶⁰ G. ECKERT, Conditions d'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité publique en cas de prestations réalisées en dehors de tout contrat, Comm. sur CAA Marseille, 28 déc. 2000, OPHLM Var, n° 98MA01890, Contrats et Marchés publics n° 9, Septembre 2001, comm. 155.

⁶¹ CAA Lyon, 3 juillet 2003, n° 98LY00357, M. Robert X.

contrat et ne font l'objet d'aucun autre marché. La collectivité publique n'a pas davantage anticipé le délai nécessaire à la passation d'un nouveau contrat, qui suppose de lancer une consultation des entreprises plusieurs mois avant que le contrat soit notifiée au candidat retenu. L'élaboration des cahiers des charges et du règlement de la consultation, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, le délai laissé aux entreprises pour présenter leur offre puis l'examen des candidatures et des offres, voire la négociation avec les candidats le respect du délai de standstill entre l'information des candidats et la signature du contrat, constituent autant d'étapes préalables à la conclusion d'un marché.

C'est pourquoi le cocontractant peut être amené à étendre ou à poursuivre sa mission initiale afin de fournir les prestations utiles au fonctionnement des services de l'administration.

Cette situation apparaît, alors même que le pouvoir adjudicateur a déjà utilisé toutes les souplesses que lui ménage la réglementation.

Le code des marchés publics prévoit par exemple la possibilité de recourir à un marché complémentaire passé avec le titulaire initial sans publicité ni mise en concurrence. Cette faculté est toutefois soumise à certaines conditions. La collectivité publique devra en outre justifier des inconvénients d'ordre technique et économique qu'impliquerait un changement d'entreprise et le montant total des différents marchés conclus avec le titulaire est limité⁶².

Si le pouvoir adjudicateur peut également conclure un avenant ou prendre la décision de poursuivre lorsque les prestations prévues au contrat s'avèrent insuffisantes à satisfaire le besoin réel de la collectivité publique, ces mesures ne sauraient aboutir à bouleverser l'économie générale du contrat, en l'absence de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties⁶³. L'avenant ne peut donc prévoir qu'une augmentation limitée des prestations prévues au contrat initial⁶⁴. Dans le cas inverse, il apparaîtrait comme un nouveau

⁶² Code des marchés publics, article 35, II, 4°.

⁶³ En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, l'article 20 du code des marchés publics prévoit qu'un avenant ou une décision de poursuivre puisse intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

⁶⁴ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J., 8e édité. p 261, n°424 : "Un accroissement (du montant initial du contrat de 10 à 15 % est en principe acceptable".

contrat et serait illégal pour avoir été passé en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les textes ⁶⁵.

Une communauté de communes avait par exemple conclu un marché d'un an reconductible quatre fois, pour le transport et le traitement d'encombrants, le ramassage des matériaux récupérés qui s'étaient rapidement révélés supérieurs aux quantités fixées au détail des quantités estimatif. Un avenant entérinant une augmentation de 5 % du montant du marché avait été conclu dans les premiers mois d'exécution, ce qui n'a pas empêché les prestations d'atteindre le nouveau montant annuel dès la fin du 3^e trimestre de l'année. Selon le juge administratif, le marché avait "cessé de produire ses effets à compter du jour du dépassement de son montant maximal ». Toutefois la personne publique "très satisfaite du succès de la déchetterie et des conditions dans lesquelles les prestations étaient exécutées par la société » ne s'est pas opposée à la poursuite du marché jusqu'au 31 décembre et l'a même reconduit pour l'année suivante ⁶⁶. Bien entendu les factures présentées au titre des prestations effectuées durant le 4^e trimestre ne pouvaient être payées sur la base du contrat.

L'insuffisante définition des besoins peut encore résulter de l'absence de coordination des services. Le cocontractant peut avoir eu à exécuter des prestations afin de répondre aux besoins d'autres services placés sous l'autorité de la personne publique qui n'avaient pas été intégrés dans les prévisions du marché. Alors que le Ministère de l'Intérieur avait conclu un marché de maintenance informatique pour les services centraux du ministère, il a demandé à la société titulaire d'assurer temporairement la maintenance du parc informatique de la préfecture de police dans l'attente de la passation d'un marché. Le juge a relevé que les prestations fournies à la préfecture de police "n'étaient pas prévues dans le marché (...) conclu qui ne concernait que les services centraux du ministère de l'intérieur et qu'elles n'ont fait l'objet d'aucun contrat ou d'aucun marché susceptibles de fonder une créance contractuelle » ⁶⁷.

Il est également de jurisprudence constante que le prestataire ne peut invoquer l'obligation contractuelle de la personne publique de lui payer les prestations qu'il a réalisées après la date

⁶⁵ CE, 28 juillet 1995, n° 149301, Préfet de la Région Ile de France : s'agissant d'un "avenant" prévoyant d'étendre les travaux de réhabilitation de logements de fonction de six établissements scolaires prévus au marché initial à cinq autres établissements.

⁶⁶ CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec.

⁶⁷ CAA Paris, 20 mars 2007, n°04PA04003, Société GETRONICS.

d'expiration du marché. Il en va ainsi des prestations de télé-assistance destinées aux personnes âgées ou handicapées qui restaient raccordées au centre d'accueil de l'ancien titulaire, qui avaient été effectuées durant plus de deux mois afin d'assurer la transition et le transfert définitif de ce service au nouveau prestataire retenu par le Conseil général ⁶⁸.

Tel est également le cas lorsque l'ambulancier titulaire d'un marché de transport des malades, parvenu à son terme, a continué à exécuter ces prestations pendant sept mois, jusqu'à ce qu'intervienne la signature d'un second contrat ⁶⁹.

Même décision pour la société informatique qui ne pouvait pas davantage présenter des conclusions indemnitaires fondées sur le manquement du centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre à ses obligations contractuelles, pour obtenir le remboursement des dépenses qu'elle avait exposées pour lui livrer 150 postes informatiques commandés par un bon de commande émis après l'expiration de la durée du marché déjà prolongée par avenant ⁷⁰.

L'entreprise ne dispose alors plus d'aucun titre contractuel pour réclamer le paiement des dépenses qu'elle a supportées au titre des prestations qu'elle a continué de délivrer, en accord avec l'administration.

B. Les inévitables aléas

Le cocontractant peut se trouver confronté à la survenance d'aléas lors de la réalisation des prestations qui lui ont été confiées.

Les sujétions d'exécution de travaux qui sont normalement prévisibles font l'objet d'une contractualisation dans le cahier des clauses administratives générales ⁷¹ et les dépenses en résultant sont réputées être comprises dans le prix du marché.

⁶⁸ CE, 20 juin 2007, n°282030, Conseil général du Val d'Oise.

⁶⁹ CE, 8 avril 1987, n°48632, M. Jean X.

⁷⁰ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

⁷¹ CCAG Travaux, art. 10.1.1

En revanche d'autres événements qui n'ont pu être intégrés dans les prévisions contractuelles peuvent engendrer des charges supplémentaires pour le cocontractant.

En présence d'un contrat valide, la jurisprudence a reconnu le droit au maintien de l'équilibre financier contractuel et admis que l'entreprise puisse réclamer l'indemnisation des dépenses supplémentaires sur le fondement des sujétions imprévues, de l'imprévision ou du fait du prince. De même ouvre droit à réparation le préjudice subi du fait des nouvelles prestations prescrites par ordre écrit de la personne publique, ainsi que des travaux qui, bien qu'ils n'aient pas été expressément demandés par la collectivité publique, ont néanmoins été indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage ⁷².

La théorie des sujétions imprévues est désormais bien en place ⁷³. Celles-ci sont définies par la jurisprudence comme des difficultés matérielles, rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties. Les charges extracontractuelles qu'elles engendrent pour le cocontractant ouvrent droit à droit à indemnisation de l'entier préjudice subi par le cocontractant ⁷⁴.

Dans certains cas, moins connus, l'aléa ne procède pas de l'exécution matérielle du marché lui-même, mais d'incidents processuels. La jurisprudence les traite, presque, de la même manière. Il en va ainsi des travaux de réparation des désordres affectant l'étanchéité des bâtiments, qui ont été prescrits par l'expert et réalisés postérieurement à la date à laquelle la réception définitive aurait dû être prononcée. Ces travaux représentaient une charge extracontractuelle pour l'entreprise, pour n'avoir pas été effectués en application des clauses du marché ; ils avaient été exécutés après la date de réception définitive des travaux prévue au marché et ne résultaient pas davantage des obligations nées des clauses contractuelles qui n'avaient plus d'effet après cette date. De plus les désordres réparés par ces travaux n'étaient pas de nature à engager la responsabilité décennale du cocontractant. Le juge a donc admis

⁷² CAA Marseille, 15 novembre 2010, n° 08MA00288, Société Entreprise Lyonnaise de travaux Spéciaux.

⁷³ T. KIRAT, L. VIDAL et F. MARTY, Le juge administratif et le risque : sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif : Économie et droit du contrat administratif, Doc. fr., 2005, p. 213.

⁷⁴ CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens ; AJDA 2003, p. 1727, note J.-D. DREYFUS ; Dr. adm. 2003, comm. 236, note A. MENEMESIS.

d'indemniser l'entreprise sur le fondement de l'enrichissement sans cause, à hauteur du montant des seules dépenses engagées qui ont été utiles à la collectivité publique ⁷⁵.

Que les prestations aient été réalisées à l'initiative du demandeur, à la suite d'une demande informelle de l'administration, ou encore en marge de toutes prévisions contractuelles, aucune obligation née de la signature d'un accord valide passé entre les parties, ne peut invoquer par le demandeur appauvri pour réclamer l'indemnisation des dépenses exposées au profit de l'administration. Cette collaboration de fait avec la personne publique caractérise néanmoins un fait juridique susceptible de produire des effets juridiques en raison de l'utilité du service rendu à la collectivité.

Section 2. La disparition du contrat

Alors même que la personne publique et le prestataire ont conclu un contrat, celui-ci est susceptible de disparaître de l'ordonnement juridique.

Une première hypothèse concerne la caducité du contrat, résultant d'une cause indépendante de la volonté des parties (§ 1). Les situations d'enrichissement sans cause naissent plus souvent de l'anéantissement du contrat, prononcé par le juge, en raison des irrégularités commises lors de sa passation ou des illégalités entachant le contenu du contrat.

Si la personne publique et son prestataire s'étaient entendus sur les conditions de leur collaboration, le contrat nul n'a pu faire naître d'obligations à la charge des parties ⁷⁶, puisqu'il doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu.

La nature et l'étendue des prestations dont l'exécution a été confiée à l'entreprise, la contrepartie financière garantie par la personne publique en échange, ou toute prescription d'ordre technique ou en termes de délai, ne sauraient donc être invoquées pour examiner les droits respectifs des parties.

⁷⁵ CE, 23 février 1983, n°24479, Ministre de l'Éducation c. Société SMAC ACIEROID.

⁷⁶ CE, 2 décembre 1938, Sieur Laily, Lebon, p. 905 ; CE, 27 novembre 1942, Société Bongrand et Dupin, Lebon, p.334 ; CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable Est.

La disparition rétroactive du contrat suppose que les choses soient remises en l'état, comme si le contrat n'avait jamais existé. Ainsi les parties seraient tenues de procéder à une restitution matérielle, tant des prestations déjà délivrées que des sommes qui ont été perçues⁷⁷. Si cette solution tend à régler la question de la disparition du contrat de l'ordonnancement juridique, elle n'est guère satisfaisante dans nombre de cas. Comme le souligne le rapporteur public Emmanuel GLASER dans ces conclusions sous l'arrêt Commune de Béziers, la remise de la situation dans son état initial est prévue "en théorie", "lorsque cela est possible" mais "un tel retour en arrière n'est la plupart du temps pas envisageable"⁷⁸.

Il s'agit là d'une pure fiction, les prestations fournies ayant généralement été utilisées pour les besoins des services. De même il ne sera pas possible en pratique de restituer les travaux qui ont été accomplis, sauf à exposer des frais importants pour procéder à une remise en l'état initial de l'ouvrage. L'administration serait encore privée des moyens nécessaires à l'exécution des services publics dans l'attente du nouveau marché à conclure. Alors que l'entreprise est également censée reverser à la collectivité publique les sommes déjà perçues en exécution du contrat, un tel remboursement serait susceptible de compromettre la situation financière des entreprises.

De sorte qu'il apparaît plus opportun de régler la situation existante à la suite de l'annulation du contrat et de déterminer le solde des prestations qui ont été fournies à l'administration qui reste dû à l'entreprise. " Les conséquences de la nullité du contrat ne peuvent donc se dénouer que financièrement "⁷⁹.

Les irrégularités entachant la validité du contrat se rapportent à la procédure suivie par la personne publique pour choisir le candidat proposant l'offre économiquement la plus avantageuse (§ 2). Elles concernent également les conditions dans lesquelles la collectivité publique a donné son accord (§ 3) ou l'illégalité des stipulations contractuelles (§ 4).

⁷⁷ CE, 12 nov. 1948, Compagnie des messageries maritimes, n° 74149, Lebon p. 428.

⁷⁸ Concl. E. GLASER sur CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

⁷⁹ Concl. E. GLASER sur CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

§ 1. Une disparition du contrat indépendante de la volonté des parties

Alors que l'accord a été régulièrement passé, la cause du contrat, ou son objet, disparaît du fait d'un événement indépendant de la volonté des parties. De sorte que le cocontractant ne peut plus invoquer le fondement contractuel pour réclamer le paiement des sommes qu'il estime lui être dû en exécution du contrat.

La jurisprudence permet de mettre en évidence l'enchevêtrement des contraintes pesant sur les parties. Certaines d'ordre juridique surprennent les parties alors qu'elles sont en train d'exécuter le contrat. Dans le cadre d'une convention destinée à assurer la réalisation d'une zone d'aménagement concertée, un établissement public d'aménagement s'était engagé auprès d'une société civile immobilière à lui céder des terrains, à charge pour elle d'y réaliser un programme de logements et de commerces. Or, comme il est d'usage, la convention de cession prévoyait une condition suspensive, l'obtention par la société des permis de construire nécessaires à la réalisation des programmes. Le contrat fixait également une date limite pour la remise des aménagements extérieurs "antérieure à celle retenue pour l'obtention du dernier permis de construire et donc pour la réalisation de l'ensemble des conditions suspensives de la vente". Ces travaux constituaient bel et bien un élément du prix d'acquisition des terrains. Le projet d'aménagement extérieur a été approuvé par l'établissement public et les travaux correspondants ont été exécutés par la société cocontractante. Toutefois cette dernière n'a pas obtenu le permis de construire pour l'un des lots et la cession des terrains n'a pu être réalisée.

Les parties ont bien cherché à sauver le contrat. Un protocole transactionnel a été établi afin d'indemniser la société des travaux d'aménagement, mais il n'incluait pas le coût des prestations de maîtrise d'œuvre que la société avait confiées à un cabinet d'architectes pour réaliser ces aménagements. En "l'absence de tout fondement contractuel", le juge a admis de rembourser ces dépenses qui avaient utilement exposées au profit de l'établissement public d'aménagement, sur le terrain de l'enrichissement sans cause⁸⁰.

⁸⁰ CAA Paris, 14 avril 2005, n° 00PA00710, SCI Maurepas centre ville.

§ 2. Les manquements aux règles de sélection du prestataire

Les règles de passation des contrats sont d'ordre public. Si nombre de contrats passés en méconnaissance des principes de mise en concurrence des opérateurs économiques ont été annulés (A), force est de considérer que l'évolution du contentieux contractuel a conduit le juge à examiner la validité du contrat au regard de l'objectif de stabilité des relations contractuelles et du principe de loyauté contractuelle, qui atténuent quelque peu la portée des règles de passation et limite d'autant le risque d'annulation du contrat (B).

A. Les règles de passation d'ordre public

Les textes ont progressivement défini les procédures destinées à choisir les prestataires de l'administration. Le principe de l'adjudication est ancien, l'article 12 de la loi de finances du 31 décembre 1833 la prévoyait pour les marchés de l'Etat. Les obligations de mise en concurrence des prestataires et de publicité des marchés passés par les personnes publiques tendent à moraliser les procédures d'achat et à prévenir les risques de corruption, mais également à préserver les deniers publics. Le droit européen a renforcé les règles nationales en matière d'achat public. Le code des marchés publics prévoit que la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures constituent les grands principes qui gouvernent la consultation des opérateurs économiques, privés et publics, et ce afin « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »⁸¹. La passation des conventions de gestion déléguée n'échappent pas aux mesures de publicité et de mise en concurrence⁸².

Tant la précision des règles qui régissent les procédures formalisées, que la liberté des pouvoirs adjudicateurs d'adapter certaines procédures d'achat avec l'obligation néanmoins, de respecter les principes qui régissent la commande publique, ont accru les risques d'irrégularités susceptibles d'affecter la validité de l'accord passé.

⁸¹ Code des marchés publics, article 1.

⁸² Code général des collectivités territoriales, article L. 1411-1.

Le droit de l'achat public s'impose à l'ensemble des collectivités publiques⁸³ mais également aux personnes privées qui agissent pour leur compte. Une association a cru pouvoir échapper à une mise en concurrence des prestataires, en passant une convention de droit privé pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt. Le juge a toutefois relevé le caractère transparent de cette entité puisque son organisation et son fonctionnement étaient contrôlés par la commune, qui lui procurait également l'essentiel de ses ressources. Il a requalifié la convention signée en contrat administratif, et plus précisément en marché public. L'accord passé a été annulé au motif que les règles de passation relative à la mise en concurrence prévues par le code des marchés n'avaient nullement été mises en œuvre⁸⁴.

Les procédures de passation prévues par les textes, diffèrent selon l'objet du contrat, soit que la personne publique délègue la gestion d'un service, soit qu'elle achète des fournitures, une prestation de service ou commande la réalisation de travaux, mais également en fonction du montant des prestations prévues au marché public. Le cocontractant choisi au terme d'une procédure irrégulièrement retenue par le pouvoir adjudicateur s'est trouvé alors dans l'impossibilité d'invoquer l'obligation de la personne publique de lui régler les prestations effectuées sur le fondement contractuel.

Plusieurs jurisprudences illustrent ce cas de figure. C'est à tort que la commune de Draveil avait mis en œuvre une procédure de passation de délégation de service public alors que la « rémunération du cocontractant ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » en l'absence de risque dans l'exploitation du service de restauration collective. Le contrat qui ne constituait donc nullement une délégation de service public mais un marché public soumis à une mise en concurrence des opérateurs économiques, conformément aux dispositions du code des marchés publics, fut par conséquent annulé par le juge⁸⁵.

⁸³ Exception faite des établissements industriels et commerciaux de l'Etat, voir F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Dalloz, Connaissance du droit, 5e éd., p. 17.

⁸⁴ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt.

⁸⁵ CE, 5 juin 2009, n°298641, Société Avenance-Enseignement et santé : le prestataire était rémunéré, en sus des redevances perçues directement auprès des usagers, sur la base d'un prix unitaire déterminé pour un nombre de repas annuels fixés (correspondant notamment au coût d'investissement et à la rémunération du prestataire) et réajusté en fonction du nombre de repas effectivement servis, dans le cas où cette différence excédait 5 % du nombre de repas fixé contractuellement. La Commune devait donc prendre à sa charge sous forme de subventions, la différence entre les redevances perçues auprès des

La collectivité territoriale de Corse ne pouvait davantage commander de façon informelle des titres de transport et se contenter d'effectuer des achats sur factures dans la mesure où le montant cumulé des prestations commandées dépassait le seuil de dispense de mise en concurrence fixé à 300 000 F par le code des marchés alors en vigueur. L'engagement contractuel de la collectivité envers la société requérante était donc « entaché de nullité, quelle qu'ait pu être sa forme, et (...) par suite, dépourvu d'effet juridique »⁸⁶.

Les modalités de publicité et d'information des candidats sont précisément définies par les textes ou peuvent être "adaptées en fonction des caractéristiques du marché", et notamment de la nature et du montant des prestations demandées⁸⁷. Si le centre hospitalier de Salon-de-Provence avait organisé, en vue de se faire assister dans la gestion active de sa dette, une mise en concurrence des entreprises, il n'avait nullement procédé aux mesures de publicité adéquates. Le contrat ayant été signé "en méconnaissance des principes de liberté et d'égalité d'accès à la commande publique prévus par le code des marchés publics », le juge ne pouvait examiner les demandes indemnitaires de la société requérante sur le fondement contractuel⁸⁸.

Les prestations exécutées en vertu d'un contrat dont le juge a prononcé l'annulation, pour avoir été conclu en méconnaissance des règles de passation, ont pu toutefois être indemnisées sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

B. Limites aux risques d'annulation résultant de la jurisprudence "ville de Béziers"

Les conséquences à tirer de l'irrégularité tenant à une absence de publicité et de mise en concurrence doivent être désormais nuancées au regard de la jurisprudence "Ville de Béziers" du 28 décembre 2009. Toute irrégularité n'entraîne pas systématiquement l'annulation du

usagers et le prix des repas fixé selon les modalités décrites ci-dessus. Toutefois le juge a relevé que « le nombre d'usagers n'était pas, en l'espèce, susceptible de diminuer de manière substantielle d'une année sur l'autre ».

⁸⁶ CAA Marseille, 30 mars 2004, n°02MA00706, Société anonyme Carlson Wagonlit Travel.

⁸⁷ Code des marchés publics, article 40 – II.

⁸⁸ CAA Marseille, 13 mars 2006, n° 03MA00673, Conseil Gestion et Finances.

contrat. Le conseil d'Etat a en effet précisé qu'il lui "incomb(ait) en principe de faire application du contrat" lorsque les parties le saisissent d'un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie. Il leur a également rappelé leur devoir de "loyauté" dans la relation contractuelle, en particulier lorsqu'elles tentent d'échapper à leurs obligations contractuelles⁸⁹.

Les parties ne peuvent donc utilement invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige, sauf dans les cas où la gravité de l'illégalité et les circonstances dans lesquelles elle a été commise le justifient⁹⁰.

Une affaire récente en témoigne. A la suite d'une action de démarchage de la société, un établissement d'hébergement pour personnes âgées a conclu une convention de recherche d'économies sur les charges sociales et fiscales. Alors que le tribunal administratif avait prononcé l'annulation du marché conclu sans mise en concurrence, le juge d'appel a considéré que ce vice n'était pas « eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, au nombre de ceux que peut invoquer (l'établissement public) devant le juge administratif pour que ce dernier écarte le contrat ou constate sa nullité". Pour ce faire il a pris en compte les conditions dans lesquelles l'établissement public avait donné son consentement. Or celui-ci n'ignorait pas la consistance de la prestation qui lui était proposée et son consentement n'avait pas davantage été vicié⁹¹.

Comme le souligne le Professeur Bertrand SEILLIER, la notion de loyauté rappelée par le conseil d'Etat dans le cadre des relations contractuelles, renvoie principalement à des exigences d'honnêteté et de clarté dans les agissements des parties. Elle "interdit" en effet à l'un des cocontractants d'adopter un comportement "malhonnête" consistant à invoquer, lorsqu'il n'a plus intérêt à poursuivre l'exécution du contrat, un moyen mettant en cause la validité de l'accord passé. Dans certains cas, l'irrespect des règles de passation était déjà connu du cocontractant mais "il s'était bien gardé jusqu'alors de le faire valoir" et a conservé ce

⁸⁹ CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

⁹⁰ CE, 12 janvier 2011, n° 338551, M. Edouard A.

⁹¹ CAA Lyon, 22 mars 2012, n°11LY01452, Société CTR.

moyen comme "une botte secrète à n'utiliser qu'en cas de nécessité" pour échapper à son devoir de respecter ses engagements ⁹².

Aussi les manquements aux règles de passation ne présentent pas un caractère de gravité suffisante pour interdire de régler le litige sur le fondement du contrat lorsque la commune invoque l'absence de toute publicité et de mise en concurrence pour demander l'annulation des trois contrats de location de photocopieurs conclus à la suite du démarchage de la société, et "reconnaît" avoir consenti à ce vice pour éviter les règles de concurrence découlant du code des marchés publics ⁹³.

Tel est également le cas lorsque l' "absence de toute procédure de mise en concurrence" n'a pu priver l'association de s'engager librement par la signature d'une convention qui prévoyait le montant des sommes d'argent que le conseil général s'engageait à lui verser afin de soutenir son action d'accompagnement des travailleurs indépendants allocataires du RMI ⁹⁴.

Même si ces solutions restreignent le risque d'anéantissement du contrat, le préfet dispose toujours du droit de demander dans l'exercice du contrôle de légalité son annulation sur le fondement des règles de passation. Il en ira de même pour les tiers dans le cadre de la jurisprudence "Tarn-et-Garonne" ⁹⁵. La qualité du tiers et son intérêt à agir sont pris en compte pour examiner la recevabilité des moyens invoqués ⁹⁶. La légalité du choix du cocontractant peut être contestée par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge. Les "autres tiers" doivent justifier de leur intérêt lésé, de façon suffisamment directe et certaine avec les irrégularités entachant la passation du contrat ou établir qu'elles présentent une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

⁹² B. SEILLIER, La loyauté [hors] des relations contractuelles, A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur L. RICHER, L.G.D.J., p. 444.

⁹³ CAA Nancy, 2 avril 2015, n°14NC01887, Commune de Laroque d'Olmes.

⁹⁴ CAA Marseille, 28 novembre 2012, n° 10MA01182, Association Facile.

⁹⁵ CE, 4 avril 2014, n°358994, Département de Tarn-et-Garonne.

⁹⁶ J.-F. SESTIER, De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 20, 19 Mai 2014, 2152.

Les manquements aux règles de procédure, prévues pour encadrer le choix du prestataire de l'administration, constituent à tout le moins une illégalité, et peuvent également révéler que la sélection du cocontractant n'a pas été effectuée dans des conditions optimales, de façon à garantir que la personne publique se serait engagée au titre de l'offre la mieux offrante.

Tel est notamment le cas lorsque les irrégularités entachant la procédure de passation sont corroborées par un délit de favoritisme commis par un représentant de la collectivité publique⁹⁷. Plusieurs manquements aux règles prévues par le code des marchés publics ont été relevés lors de la passation du marché conclu par la commune en vue de l'organisation de spectacles dans la nouvelle salle construite à cet effet. En particulier le cahier des charges avait été élaboré sur la base des seuls documents de l'association titulaire du contrat (projet de partenariat avec la commune, brochure d'activité, projet de programmation). La procédure prévoyait également la passation d'un marché global portant sur des prestations distinctes (organisation des spectacles, billetterie) susceptibles pourtant de faire l'objet d'un allotissement. Mais surtout le juge pénal avait déclaré coupable un élu local d'avoir favorisé l'association lors de l'attribution de ce marché. Il avait tout d'abord constaté les liens privilégiés qu'entretenaient le maire et les représentants de l'association, et résultant des pourparlers débutés trois ans plus tôt afin de conclure un partenariat sous la forme de l'allocation d'une subvention. Il avait ensuite relevé la "finalité" de l'opération de construction de la salle de spectacle adaptée aux spectacles proposés par l'association, ainsi que l'édition du programme des spectacles de la saison présentés par l'association, avant même l'attribution du marché. Dès lors "eu égard d'une part à la gravité du vice dont était entaché le marché en cause, et d'autre part aux circonstances particulières dans lesquelles il a été commis", le juge administratif n'a pu que prononcer l'annulation du marché. Malgré les agissements fautifs de l'association, la demande d'indemnisation qu'elle a présentée sur le fondement de l'enrichissement sans cause, a été examinée par la cour⁹⁸.

§ 3. Des causes affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son accord

⁹⁷ D. MOREAU, Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif, RJEP, octobre 2014, étude 7.

⁹⁸ CAA de Marseille, 23 décembre 2013, n° 11MA02463, Association BOITACLOUS.

Dans certains cas, le doute plane sur la réalité de l'accord passé entre la collectivité publique et son prestataire. Il en va ainsi lorsque le contrat a été signé par une personne incompétente (A) ou l'entreprise a cherché à tromper la personne publique sur les conditions de leur collaboration (B).

A. La question de la compétence du signataire public

Alors que les conséquences données à la violation des règles de compétence n'ont pas échappé à l'évolution du contentieux contractuel à la suite des jurisprudences "Ville de Béziers" et "Département du Tarn-et-Garonne (1)", il peut sembler surprenant d'affirmer que les différentes causes d'incompétence du signataire public traditionnellement sanctionnées (2) sont encore susceptibles d'entraîner l'annulation du contrat lorsqu'elles affectent de façon suffisamment grave les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur accord (3).

1. Permanence d'un contentieux objectif résiduel dans l'appréciation de la validité du contrat

On retrouve dans la question de la compétence du signataire du contrat, les principaux cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir susceptibles d'affecter l'acte détachable. S'il est vrai que le contentieux des contrats administratifs s'est fortement subjectivé ces dernières années, les illégalités traditionnellement sanctionnées par le juge administratif en matière de compétence du signataire public sont aujourd'hui encore susceptibles d'être invoquées dans les hypothèses, modestes, que réservent les jurisprudences "Ville de Béziers" et "Département Tarn-et-Garonne".

Le juge administratif peut tout d'abord refuser de régler le litige sur le terrain contractuel lorsque l'irrégularité invoquée par les parties ou relevée d'office par lui, tient au "caractère illicite du contrat" mais également à "un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement" ⁹⁹. La signature d'un contrat par un représentant de l'administration qui n'a pas été régulièrement habilité à le

⁹⁹ CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

conclure, peut en effet ainsi révéler que la personne publique n'a pas été en mesure de s'engager en toute connaissance de cause envers le prestataire, aux conditions prévues au contrat.

Quant au tiers, il ne conserve, conformément à la jurisprudence "Département Tarn-et-Garonne" ¹⁰⁰, la possibilité de critiquer "la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer" que dans le cadre du contentieux de la validité du contrat déjà signé. Ce recours ne peut être intenté au-delà d'un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées informant de la conclusion du contrat. Mais surtout la condition tenant à l'intérêt lésé conduira à rejeter nombre de moyens admis dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Pour autant la notion d'acte détachable n'a pas complètement disparu. Pour commencer, dans le cadre du contrôle de légalité, le préfet peut déférer certains de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat. Il pourra s'agir de la délibération autorisant la conclusion du contrat, de la décision de la signer, ou encore d'un acte se rapportant au "choix du cocontractant". Ensuite, la notion d'acte détachable reste d'actualité pour les contrats de droit privé passés par l'administration.

Saisi d'un recours de plein contentieux formé par soit les parties, soit par un tiers, le juge appréciera le degré de gravité et les conséquences de l'illégalité tenant aux manquements commis aux règles de compétence, qui ne peut être couverte par une mesure de régularisation, pour se prononcer sur la validité du contrat. Comme le soulignait le rapporteur public Nicolas BOULOUIS, il ne s'agit pas pour le juge de l'exécution de "s'en tenir à une analyse objective mais (de) tenir compte du contexte" de l'affaire ¹⁰¹. Ainsi l'incompétence entachant le contrat exécuté normalement durant vingt années n'emportera pas forcément les mêmes conséquences que cette décelée plus tôt dans des circonstances d'exécution différentes. De plus le juge devra vérifier que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Un tel examen des circonstances de l'espèce est également opéré dans le cadre du recours d'un tiers.

¹⁰⁰ CE, 4 avril 2014, n°358994, Département de Tarn-et-Garonne ; Contrats – Marchés publics 2014, étude 5, P. REES et repère 5, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX.

¹⁰¹ N. BOULOUIS, conclusions sur CE, 31 mai 2010, n°329483, Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier, BJCP 72/2010, p. 368.

Aussi certains auteurs qualifient de "relativiste" l'approche désormais privilégiée par le juge pour apprécier la validité du contrat, qui prend en compte "deux nouveaux paramètres, l'exigence de loyauté des relations contractuelles et l'objectif de stabilité des relations contractuelles" ; cette évolution caractérisant une rupture avec la logique de la nullité systématique d'une conception purement "objectiviste" des questions de légalité ¹⁰².

Les requérants pourront donc dans les limites de ces jurisprudences, faire valoir l'intérêt lésé qui s'attache à la violation des différentes normes de compétence du signataire du contrat issue de la légalité administrative.

2. Les causes d'incompétence du signataire public

Le contrat doit être conclu par une autorité administrative compétente. La compétence est déterminée par les textes législatifs ou réglementaires. Les contrats de l'Etat sont généralement signés par le ministre ou une autorité déconcentrée, comme le préfet de département ou de région, chargé de négocier et de signer les contrats conclus au nom de l'Etat ¹⁰³. Dans certains domaines, la conclusion du contrat doit être approuvée par la loi ou un décret ¹⁰⁴. Les agents des administrations centrales ou des services déconcentrés peuvent bénéficier d'une délégation de pouvoir ou de signature en vertu d'un acte réglementaire régulièrement publié. Ces textes demeurent importants, car l'irrégularité qui affecte la délégation de pouvoir ou de signature à un fonctionnaire peut entraîner la nullité du contrat ¹⁰⁵.

S'agissant des établissements publics, les textes et les statuts peuvent donner compétence à l'autorité exécutive. Toutefois l'approbation de l'assemblée délibérante doit généralement précéder la signature par l'exécutif. Si tel n'est pas le cas, les commandes passées par une autorité incompétente sont susceptibles ne pas être réglées par un fondement contractuel. Il

¹⁰² J. GOURDOU et P. TERNEYRE, Renouveau de l'office du juge du contrat, Revue juridique de l'économie publique n° 676, Juin 2010, comm. 30.

¹⁰³ Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, J.O.R.F. n°0102 du 30 avril 2004 page 7755, texte n° 6, article 36.

¹⁰⁴ Code de la voirie routière, art L. 122-4 : la convention de délégation des autoroutes est approuvée par décret en conseil d'Etat.

¹⁰⁵ CE, 7 mai 1954, Ministre des Finances et des affaires économiques, Rec. 257.

en est allé ainsi lorsque l'ingénieur conseil « ne justifiait pas » pour les opérations d'ingénierie confiées par des lettres de commande émanant soit des services de l'Administration générale de l'Assistance publique à Paris, soit de la direction des établissements hospitaliers qui en dépendent, d'un « contrat signé par l'autorité compétente » des hôpitaux de Paris ¹⁰⁶.

Les collectivités locales sont également soumises à un partage de compétence, entre l'organe délibérant et l'autorité exécutive. Après que l'assemblée délibérante ait pris la décision de contracter au regard des caractéristiques essentielles du contrat, elle doit autoriser l'exécutif à le signer ¹⁰⁷. Le régime des délégations à l'exécutif a été singulièrement élargi ces dernières années. Il peut se voir désigné pour « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget » ¹⁰⁸. Mais encore faut-il que cette délégation ait été prise, et qu'elle ait été dans les formes requises (inscriptions à l'ordre du jour, adoption dans les règles, transmission au contrôle de légalité).

A défaut, il sera jugé que l'absence de délibération préalable du conseil municipal autorisant le maire à conclure un marché, entache d'incompétence la conclusion du contrat. Ainsi le juge a rappelé que le marché négocié, passé sans formalité préalable, pour les travaux de viabilisation d'une friche en vue de la construction d'un stade et d'un montant inférieur à 90 000 €, ne dispensait nullement le conseil municipal de prendre une délibération autorisant le maire à signer un tel contrat. Une délibération prise dix mois après la signature du marché reste d'ailleurs « sans incidence », le pouvoir ainsi délégué au maire ne pouvant « être de façon rétroactive ». La société de travaux ne pouvait donc réclamer l'indemnisation des travaux de terrassement sur le fondement contractuel ¹⁰⁹.

Le défaut d'habilitation préalable du maire à signer un contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée, peut même provoquer la nullité en cascade des marchés de travaux passés au nom de la ville par le maître d'ouvrage délégué. Dès lors il appartenait à la société chargée par la société

¹⁰⁶ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

¹⁰⁷ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2122-22-4°.

¹⁰⁸ Code général des collectivités territoriales, art. L. 3221-11 pour les départements, art. L. 4231-8 pour les régions.

¹⁰⁹ CAA Marseille, 8 septembre 2006, n° 05MA00048, Commune de Mondragon ; dans le même sens, concernant une procédure adaptée : CAA Versailles, 17 juin 2010, n° 09VE00364, Commune de Vernouillet.

d'équipement de la région montpelliéraine, maître d'ouvrage délégué de la ville de Montpellier, de la réalisation du gros œuvre du palais des congrès, de présenter ses réclamations sur le terrain quasi-contractuel et non sur le respect des stipulations contractuelles ¹¹⁰.

Qui plus est, pour être exécutoire, la délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité locale doit être transmise au représentant de l'Etat ¹¹¹. Le maire ne peut donc légalement engager la commune avant l'accomplissement de cette formalité.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le maire n'avait pu régulièrement signer une convention confiant à un cabinet technique les études et négociations en vue de la réalisation d'une zone d'aménagement concerté, sans avoir préalablement « transmis à l'autorité préfectorale la délibération l'autorisant à signer ce contrat ». Le conseil d'Etat ayant confirmé la nullité du contrat en 2008, il appartenait au prestataire de rapporter la preuve du caractère utile des dépenses invoquées ¹¹².

De la même façon, la signature d'un avenant intervenue avant la transmission au représentant de l'Etat de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer cet avenant a entaché de nullité le nouvel accord, sans toutefois entraîné la nullité de la convention initiale. L'association ne pouvait donc plus obtenir l'indemnisation des frais de gardiennage prévus à l'avenant que sur le fondement de l'enrichissement sans cause de la Commune ¹¹³.

Il n'était donc guère surprenant que la transmission de la délibération autorisant le maire à signer le contrat, plus de 20 jours après la signature de l'accord passé, n'ait "pas eu pour effet" de couvrir le vice d'incompétence entachant le contrat ¹¹⁴.

¹¹⁰ CE, 24 novembre 2008, n°291607, Société en nom collectif SOGEA Sud ; CE, 29 décembre 2008, n°286102, Commune de Montpellier.

¹¹¹ Code général des collectivités territoriales, articles L. 2131, 3131 et 4141.

¹¹² CE, 11 juillet 2008, n°287590, M. Philippe B.

¹¹³ CAA Versailles, 6 février 2007, n° 04VE00844, Société de HLM « LA LUTECE » : la convention litigieuse a été regardée comme un avenant à la convention initiale et non comme une nouvelle convention, dès lors qu'elle était identique à la précédente sur les obligations des parties, sous réserve de la référence à de nouvelles modalités de financement et de la prise en charge par la commune des frais de gardiennage à la place de la mise à disposition du personnel communal initialement prévue.

¹¹⁴ CAA Lyon, 23 avril 1998, n° 94LY20642, S.A. ERPA.

La collectivité territoriale doit également transmettre au contrôle de légalité les pièces constitutives du contrat. La jurisprudence a toujours été vigilante sur ce point. Dès lors que la commune n'avait pas transmis au représentant de l'Etat dans le département, la convention par laquelle elle avait confié l'exploitation de mobiliers urbains à une société, celle-ci n'était pas exécutoire, ce qui a conduit le juge à examiner les conclusions indemnitaires du prestataire sur le fondement de l'enrichissement sans cause procuré à la collectivité ¹¹⁵.

3. Le retentissement des vices d'incompétence sur la validité du contrat

Certes, depuis l'arrêt "Ville de Béziers" rendu par le conseil d'Etat le 29 décembre 2009, la transmission tardive au représentant de l'Etat de la délibération autorisant le maire à signer un contrat n'emporte plus par elle-même des conséquences définitives sur la validité de l'accord passé entre la collectivité publique et son prestataire. Il ne pourrait en aller différemment que si cette irrégularité affectait de façon suffisamment grave les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. En l'espèce on sait que le conseil d'Etat a considéré que "ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doit écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doit pas être tranché sur le terrain contractuel » ¹¹⁶.

Il n'est toutefois pas possible de considérer désormais que le défaut de transmission au contrôle de légalité n'est plus susceptible de conduire à la nullité du contrat. Les circonstances de l'espèce montrent que le consentement des parties était indubitable. La convention en cause avait été signée par les deux maires. Son objet n'était pas anodin, elle prévoyait que la commune de Villeneuve verserait à la ville de Béziers une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle et ce, afin de tenir compte de la diminution de recettes entraînée par la relocalisation des entreprises implantées sur le territoire de Béziers,

¹¹⁵ CAA Lyon, 8 octobre 2009, n° 07LY00805, SARL URB'ALPES.

¹¹⁶ CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers : « lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ».

dans la zone industrielle créée à Villeneuve. Toutefois les délibérations du 29 septembre 1986 et du 3 octobre 1986 autorisant les maires de deux communes à signer la convention litigieuse, conclue le 10 octobre 1986, n'avaient été transmises à la sous-préfecture que le 16 octobre 1986. Un litige né de la résiliation de la convention en 1996, soit dix ans plus tard, avait donné lieu en 2007 à l'annulation du contrat par la cour administrative d'appel.

Au final, on peut comprendre que le seul retard de six jours, et non le défaut total de transmission, pris dans le dépôt au contrôle de légalité, de la délibération autorisant les maires à signer la convention litigieuse, ne suffisait pas à anéantir une telle convention qui de surcroît avait été appliquée durant dix années avant d'être résiliée.

Que se serait-il passé pour un marché signé par le seul maire, jamais transmis au contrôle de légalité, voire jamais exécuté par les parties ? La jurisprudence "Ville de Béziers" a laissé intactes toutes ces questions.

On constate que les décisions ultérieures rendues sur la question de la transmission au contrôle de légalité l'ont été sur des circonstances très similaires à celles de l'affaire Ville de Béziers. A sa suite, la cour d'appel de Marseille a refusé de confirmer l'annulation du contrat prononcée par les premiers juges, après avoir relevé que la délibération du conseil municipal intervenue le 31 octobre avait précédé la signature du contrat du 2 novembre puis avait été transmise au préfet le 4 novembre ¹¹⁷. Bon nombre de jurisprudences confirment encore cette solution ¹¹⁸.

Si le défaut de transmission au contrôle de légalité, préalablement à la signature du contrat, constitue bel et bien une illégalité caractérisant "un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement" ¹¹⁹, le conseil d'Etat rappelle l'exigence de loyauté qui gouvernent les relations contractuelles et qui "produit des effets aussi bien à l'égard des parties qu'à l'égard du juge" ¹²⁰. Celle-ci interdit non seulement aux cocontractants d'invoquer les irrégularités commises lors de la passation du contrat, pour tenter d'échapper à leurs obligations contractuelles mais oblige également le juge à appliquer le contrat dans un

¹¹⁷ CAA Marseille, 18 juin 2010, n° 07MA04659, Commune de Saint Alexandre.

¹¹⁸ CE, 10 novembre 2010, n°314449, Commune de Palavas-les-Flots ; CE, 20 décembre 2011, n°334209, Commune de Portiragnes.

¹¹⁹ CAA Douai, 22 mars 2011, n° 10DA00130, S.A.S. d'architecture Guy Petit.

¹²⁰ J.-F. LAFAIX, Loyauté et théorie du contrat, A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur L. RICHER, L.G.D.J., 2013, p. 367.

litige opposant les parties. Seules les illégalités les plus graves se rapportant notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, pourront justifier d'écarter le contrat.

Cette solution trouve également à s'appliquer pour d'autres causes d'incompétence du signataire public. Il a été jugé que l'irrégularité de la délégation de signature entachant la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée, imputable à l'établissement public et à son mandataire, ne pouvait être invoquée à l'encontre du marché de maîtrise d'œuvre qui a été signé au nom et pour le compte de la personne publique "eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles" ¹²¹.

L'incompétence matérielle du signataire en fournit une autre illustration : alors que la concession d'exploitation et d'entretien de l'aérodrome doit être accordée par arrêté ministériel, sa signature par le préfet, bien que constituant un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, ne présentait pas une gravité telle que le juge doive écarter le contrat pour régler le litige ¹²². Ou encore le fait que les marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux relatifs à la construction d'un pôle universitaire destiné à accueillir des unités décentralisées de l'université de Clermont-Ferrand, aient été conclus par la seule communauté d'agglomération n'a pas permis de "refuser de tirer les conséquences" de l'existence de ces contrats en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs. L'établissement public ne bénéficiait pourtant d'aucun transfert de compétence en matière d'enseignement et n'avait pas passé de convention avec l'Etat, prévoyant de lui confier la maîtrise d'ouvrage de ce projet ¹²³.

L'incompétence rationae temporis du directeur, habilité par délibération à signer les marchés durant la seule année 1995, n'a pas davantage privé d'effet le marché de nettoyage des locaux de l'école nationale supérieure d'agronomie conclu en 1997 ¹²⁴.

¹²¹ CAA Bordeaux, 6 décembre 2011, n°10BX02876, Etablissement d'hébergement de personnes âgées dépendantes la Chapelaude.

¹²² CAA Bordeaux, 1er avril 2010, n° 08BX03152, Chambre de Commerce et d'Industrie d'Angoulême.

¹²³ CAA Lyon, 21 novembre 2013, n°10LY01322, Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier.

¹²⁴ CAA Marseille, 14 février 2011, n° 08MA01110, Centre International d'Etudes Supérieures en Sciences Agronomiques.

Comme le souligne le Professeur Olivier GUEZOU, de tels vices d'incompétence ont été soulevés alors même que l'autorité administrative compétente avait connaissance de l'exécution du contrat et ne s'était à aucun moment opposée à son exécution. En outre ces différentes irrégularités n'étaient pas susceptibles d'avoir lésé les parties ¹²⁵.

Ces mêmes circonstances ont également été prises en compte par le juge d'appel, pour décider de régler, sur le fondement contractuel, le litige lié au dysfonctionnement d'un centre aquatique construit à la suite d'un marché de maîtrise d'œuvre irrégulièrement conclu, pour avoir été signé par le président de la communauté de communes sans que l'organe délibérant ne l'y ait autorisé ¹²⁶.

Il a encore été jugé que les différentes décisions prises par la collectivité durant l'exécution du contrat permettaient de considérer que le conseil municipal avait "donné son accord a posteriori" à la conclusion du contrat. Si le marché d'étude de faisabilité de la réalisation d'une zone d'aménagement concertée a été signé par le maire sans l'autorisation préalable du conseil municipal, celui-ci a été "exécuté normalement pendant plusieurs années par la commune, sans qu'elle émette d'objection". La collectivité avait accepté de régler les honoraires du prestataire et le conseil municipal avait adopté près de deux ans après sa conclusion, une délibération qui approuvait le plan d'aménagement réalisé par la société et mentionnait expressément une " décision de la ville " d'engager les études techniques confiées à cette société ¹²⁷.

Il ne pourrait en aller différemment, que par exception, eu égard, d'une part, à la gravité de l'illégalité et, d'autre part, aux circonstances dans lesquelles elle a été commise. Le juge administratif n'a pu qu'écarter l'application du contrat lorsque l'incompétence du signataire du marché de maîtrise d'œuvre, telle qu'elle résulte de l'absence de toute autorisation de l'assemblée délibérante, constitue un "vice substantiel de nature à affecter de nullité le marché". En l'espèce le contrat avait été signé par le président de la communauté de communes le 12 avril 1999 et une seule délibération du conseil de communes intervenue le

¹²⁵ O. GUEZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Editions le Moniteur, 2015, p. 252.

¹²⁶ CAA Lyon, 1er mars 2012, n° 10LY02532, Société GIRUS Ingenierie.

¹²⁷ CE, 8 octobre 2014, n° 370588, commune d'Entraigues sur-la-Sorgue ; *Contrats et marchés publics*, décembre 2014, comm. 343, F. LLORENS.

11 mai 1999 "se bornait" à faire le choix de la procédure d'appel d'offres pour la dévolution des travaux et à mandater le président pour mener à terme et à concrétiser la réalisation d'un équipement de loisirs aquatiques ¹²⁸.

Les conséquences qu'emporte une telle irrégularité sur la situation financière de la collectivité ont été relevées pour refuser de régler le litige sur le terrain contractuel. Le maire d'une commune de 2000 habitants avait signé sans avoir été habilité par le conseil municipal, trois bons de commande pour un montant total de près de 160 000 euros. Les quantités de fournitures commandées excédaient manifestement les besoins annuels de la collectivité ; à titre d'exemple, 1 500 agendas 2007 et 1000 cartes de vœux avec enveloppes, sur lesquels était opposé le logo de la ville avaient ainsi été livrés. Aucune délibération n'était venue régulariser une telle absence d'habilitation, postérieurement à la livraison des diverses fournitures. La cour a également constaté que ces dépenses avaient contribué à aggraver la situation financière de la commune, pour confirmer la nullité des bons de commande et accordé une indemnité sur le fondement de l'enrichissement à hauteur de 75 000 euros ¹²⁹.

B. Le vice du consentement

On connaît la théorie classique du vice du consentement : l'erreur, le dol, la violence peuvent vicier irrémédiablement l'accord de volontés. Si la violence n'est pas illustrée dans la jurisprudence administrative (3), l'erreur (1) et le dol (2) y tiennent une grande place, ainsi que l'a démontré la Professeure Dominique POUYAUD ¹³⁰.

Le contrat est traditionnellement annulé lorsque le consentement de la personne publique est vicié. Aux termes de l'article 1109 du Code civil, « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Le juge administratif s'est inspiré des principes du droit civil pour sanctionner le vice qui entache le consentement des parties. Toutefois le formalisme qui encadre la passation des contrats administratifs contribue à protéger le consentement donné par les parties.

¹²⁸ CAA Bordeaux, 26 octobre 2010, n° 09BX00397, Société GROUPAMA.

¹²⁹ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

¹³⁰ D. POUYAUD, La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, 1998, p. 595.

1. L'erreur, à l'origine de la disparition du contrat

L'hypothèse la plus fréquemment soulevée devant le juge administratif est l'erreur portant sur l'objet du contrat, voire sur la personne du cocontractant. Ainsi la superficie d'une parcelle peut constituer un "élément essentiel de la convention" d'autorisation d'occupation du domaine public. Alors que les clauses contractuelles stipulaient une superficie de 1 418 m², le plan annexé par la commune correspondait à une parcelle amputée d'une surface de 183 m², représentant près de 13 % de la superficie prévue. Le juge a considéré que les parties n'avaient pas "signé la même convention " ¹³¹.

De même, une société d'économie mixte chargée par l'Etat de l'aménagement et l'exploitation d'un tunnel avait modifié par avenant, la rémunération du titulaire du marché d'ingénierie, en prenant pour base un décret fixant les taux applicables à ce type de contrats, exécutés pour le compte de collectivités locales ou leurs établissements publics. Si la société se croyait tenue de faire application de ce décret, il a été jugé qu'« une telle erreur était, dans les circonstances de l'espèce, inexcusable". Son conseil d'administration ne pouvait en effet ignorer que le décret n'était pas applicable aux contrats conclus au nom de l'Etat ¹³².

Toutefois, le juge prononce l'annulation du contrat seulement lorsque l'erreur a été déterminante dans la conclusion du contrat ¹³³ et excusable. Si l'entreprise invoque la mauvaise foi de la personne publique et prétend que son consentement aurait été vicié du fait de l'erreur commise, soit sur les prix indiqués au contrat, soit dans l'appréciation des dispositions contractuelles, le juge considère généralement qu'elles ne sont pas de nature à vicier l'engagement de la société.

L'erreur invoquée résulte dans la plupart des cas, de la négligence de l'entreprise qui n'a pas vérifié les montants portés aux documents de soumission, qu'il s'agisse du coefficient de

¹³¹ CAA Marseille, 2 juillet 2009, n°07MA01732, Société DYNEFF ; voir aussi CE, 13 octobre 1972, n° 79499, Crédit du nord, s'agissant d'un contrat de cautionnement portant sur les avances sur matériel, et non sur les acomptes.

¹³² CAA, Nancy, 19 décembre 1989, n°89NC00284, Société Tunnel Sainte-Marie-aux-Mines.

¹³³ CE, sect., 9 décembre 1949, Chami : Rec. CE 1949, p. 542 ; CE, 26 mars 1950, Domergue : Rec. CE 1950, p. 813.

majoration des prix ¹³⁴ ou des travaux de terrassement exécutés par un autre membre du groupement ¹³⁵. L'erreur apparaît également inexcusable lorsque le concessionnaire se plaint d'avoir procédé à une appréciation inexacte des recettes prévisibles et des charges d'exploitation de la piscine ¹³⁶ ou que l'entreprise reconnaît « n'avoir pas été à même d'apprécier la portée de la clause de révision contenue dans la convention » ¹³⁷.

De plus le juge ne se contente pas de relever la négligence de l'entreprise, mais examine également l'incidence financière de l'erreur commise pour apprécier le fait qu'elle ait été, ou non, déterminante dans la conclusion du contrat. Ainsi refuse-t-il de prononcer l'annulation lorsque l'erreur dans l'estimation de la charge fiscale, en l'occurrence la taxe professionnelle, représente « moins de deux pour cent du montant du marché » ¹³⁸.

2. Le dol anéantissant le contrat

Les manœuvres dolosives de l'une des parties qui ont été de nature à tromper le cocontractant peuvent également affecter la validité du contrat.

Le juge examine la nature, la gravité mais également le caractère intentionnel des faits reprochés. Certaines affaires peuvent surprendre, en révélant les agissements de la personne publique cocontractante. Après qu'une entreprise ait exécuté des travaux de réfection de la charpente de la salle des ventes des abattoirs, l'établissement public du parc de la Villette a décidé de transformer cette salle en musée des sciences et de l'industrie. Lors des travaux d'aménagement, il a été constaté qu'une partie des aciers employés pour la charpente offrait une résistance inférieure à celle qui était prévue, compromettant ainsi la solidité de la toiture. L'entreprise fut condamnée pour dol en première instance. Le juge d'appel a toutefois retenu une solution différente, après avoir vérifié que l'entreprise ne s'était pas fait payer pour une prestation qu'elle n'avait pas assurée et que la fourniture des aciers en cause n'avait pas mené "de manière inéluctable à la ruine dudit bâtiment » ¹³⁹.

¹³⁴ CAA Nancy, 2 décembre 2004, n°98NC01544, Syndicat mixte de l'agglomération Messine.

¹³⁵ CE, 1^{er} février 1980, n° 01505, Office public communal d'H.L.M. de Brest.

¹³⁶ CE, 30 mai 1980, n° 12016, Société de la piscine de la dame X.

¹³⁷ CE, 4 mai 1990, n° 7170, Compagnie Industrielle maritime.

¹³⁸ CAA Lyon, 9 juillet 2009, n° 07LY01735, Société EPERLY.

¹³⁹ CE, 17 décembre 1999, n° 184366, Etablissement public du parc de la Villette.

A l'instar de l'erreur, le dol n'entraîne pas systématiquement l'annulation du contrat. Le juge administratif distingue en effet deux formes de dol possibles, "déterminant" ou "incident". Dans le cas où les manœuvres dolosives ont été déterminantes dans la signature du contrat par la personne trompée, l'annulation du contrat est prononcée. En revanche lorsque ces manœuvres ont conduit la personne à accepter des conditions plus onéreuses, le dol est incident et donne lieu exclusivement à des dommages et intérêts ¹⁴⁰.

Cette distinction a été quelque peu troublée par la jurisprudence récente, le conseil d'Etat ayant admis que d'autres conséquences puissent être données au dol. Dans un arrêt rendu le 19 décembre 2007, à l'occasion des travaux de construction d'une ligne TGV, la haute juridiction a considéré que « les actions en nullité devant le juge du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle auxquelles peut donner lieu un dol viciant le consentement d'une partie à entrer dans des liens contractuels, sont indépendantes l'une de l'autre ». Mais surtout il a précisé qu'« il appartient à la partie qui en a subi les effets de choisir de s'engager dans l'une ou l'autre des deux actions, ou dans les deux » ¹⁴¹.

La validité du contrat ne dépend plus exclusivement du caractère déterminant ou incident du dol mais également de la volonté du cocontractant trompé.

Même si elle brouille la distinction classique, cette solution apparaît au final plus favorable à la personne publique victime d'un dol. Celle-ci peut en effet avoir un intérêt à ce que l'exécution du contrat se poursuive jusqu'à son terme. En outre, elle conservera le bénéfice des garanties contractuelles, mais aussi celui de la garantie décennale.

A l'inverse, si le contrat ne lui convient plus, elle pourra réclamer l'annulation du contrat. Et dans ce cas, le vice du consentement de la personne publique conduira à priver l'entreprise de son droit à indemnisation des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité publique ¹⁴².

¹⁴⁰ CE, 14 décembre 1923, Grands Moulins de Corbeil, Rec. CE 1923, p. 852 ; CAA Paris, 22 avril 2004, n°99PA01016, Société BOUYGUES.

¹⁴¹ CE, 19 décembre 2007, n° 268918, Société Campenon Bernard.

¹⁴² CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

Le dol peut résulter de pratiques anticoncurrentielles, voire du mensonge de l'entreprise destiné à présenter une candidature offrant des garanties financières suffisantes.

Tel fut le cas de l'entente généralisée entre plusieurs sociétés de BTP pour la soumission aux marchés passés par la SNCF en vue de la construction des lignes TGV Rhône-Alpes ¹⁴³ et Nord. Les entreprises avaient participé à des "concertations et des échanges d'informations antérieurement au dépôt de leur offre afin de répartir les travaux d'infrastructures des différents réseaux TGV entre quatre groupes d'entreprises ». Ces manœuvres, dont le juge constate qu'elles ont eu pour effet « d'organiser un simulacre de concurrence sur ce marché » et « de limiter la concurrence par les prix et d'augmenter la valeur globale des travaux » caractérisent un dol subi par l'administration ¹⁴⁴.

La prise illégale d'intérêt, ou à tout le moins, le conflit d'intérêt, peut également conduire au dol. A l'occasion de la réalisation et de l'exploitation d'un tronçon du boulevard périphérique de l'agglomération lyonnaise, un contribuable local a invoqué les avantages financiers dont auraient bénéficié certains membres de l'assemblée délibérante de la communauté urbaine, de la part des sociétés Bouygues et Dumez, actionnaires de la société concessionnaire. Le juge a rejeté ce moyen, les pièces du dossier ne permettant pas d'établir que "le choix du concessionnaire" avait été déterminé par ces avantages ¹⁴⁵.

De même, à l'occasion de la passation d'un marché, l'entreprise peut être tentée de produire de faux documents afin de présenter des garanties financières suffisantes à l'appui de sa candidature. Tel fut le cas du dirigeant de la société titulaire du marché de gros œuvre conclu par un office public de l'habitat dans le cadre d'un programme de construction de maisons individuelles. En pareil cas, le juge considère que le marché conclu à la suite de manoeuvres frauduleuses, et en violation des règles de concurrence et de passation des marchés publics doit être annulé ¹⁴⁶.

¹⁴³ TA Paris, 15 décembre 1998, n° 9800111-6, SNCF.

¹⁴⁴ CAA Paris, 22 avril 2004, n° 99PA01016, Société BOUYGUES ; CE, 19 décembre 2007, n° 268918, Société Campenon Bernard.

¹⁴⁵ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

¹⁴⁶ CAA Marseille, 7 mars 2011, n° 09MA00684, Société Camoins Matériaux.

3. Une forme de violence, la contrainte entachant la validité du contrat

Le vice de consentement tenant à la violence, est très rarement invoqué en matière de contrat public, dès lors que les règles de passation préviennent par le formalisme qu'elle impose, ce risque.

Tout au plus, un rapport déséquilibré, d'ordre exclusivement économique, peut apparaître, soit entre une grande société à l'égard de petites collectivités publiques, notamment lorsqu'elles ont à gérer une situation urgente, soit entre l'Etat et une collectivité territoriale. C'est ainsi que la ville de Toulouse a invoqué avoir signé sous la contrainte, différentes conventions mettant à sa charge le financement de fouilles archéologiques dont l'Etat avait décidé de la réalisation. Dans un arrêt d'autant plus remarquable qu'il est contemporain de la jurisprudence "Ville de Béziers", le conseil d'Etat a accepté de prononcer l'annulation des conventions litigieuses dans la mesure où elles ne pouvaient prévoir le financement par la ville des actions de sauvegarde du patrimoine archéologique qui relèvent des missions de police administrative de l'Etat ¹⁴⁷.

Comme on le voit, la nature et la gravité du vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement sont prises en compte au moment de l'appréciation de la validité du contrat, et déterminantes dans le basculement, ou non, des relations de l'administration avec son prestataire dans le champ de l'enrichissement sans cause. Ces mêmes circonstances seront encore examinées pour accueillir, ou écarter, la demande d'indemnisation présentée par l'entreprise au titre des dépenses utilement supportées pour fournir des prestations à la personne publique. En effet l'absence de faute de nature à vicier le consentement de l'administration constitue l'une des conditions de recevabilité de l'action en enrichissement sans cause.

¹⁴⁷ CE, 11 mai 2009, n° 296919, Ville de Toulouse.

§ 3. L'illégalité des stipulations contractuelles

S'agissant des irrégularités qui entachent le contrat lui-même, le juge prononce l'annulation du contrat qui apparaît dépourvu de cause ¹⁴⁸ ou se rapporte à une cause illicite en raison de son objet, ou encore du but poursuivi par les parties ¹⁴⁹. Bien que la question de la cause ait été délaissée pendant plusieurs décennies, celle-ci paraît retrouver un intérêt contentieux certain, ces dernières années ¹⁵⁰.

Sans que sa cause soit illicite, le contrat peut comporter certaines clauses illégales, pour être soit prohibées par des principes non écrits qui apparaissent inhérents à la nature des pouvoirs de la personne publique, soit contraires aux textes. Le juge examine alors si la clause prohibée est, ou non, divisible du contrat afin de déterminer si son illégalité entraîne l'annulation de l'ensemble du contrat ¹⁵¹.

Certaines de ces illégalités sont très connues et ont fait l'objet d'une sanction sévère. Toutefois le virage opéré par l'exigence de loyauté et l'objectif de stabilité des relations contractuelles (A) conduit à s'interroger sur les conséquences qui sont susceptibles de leur être désormais données (B).

A. Le virage opéré par les jurisprudences "Ville de Béziers" et "Département du Tarn-et-Garonne"

Si les tiers ont la possibilité d'intenter un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires ¹⁵² qui "sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat" ¹⁵³, ils peuvent désormais également contester la validité du contrat, "ou de certaines de ses clauses

¹⁴⁸ CE, 26 septembre 2007, n°259809, Office public départemental des HLM du Gard.

¹⁴⁹ CE, 15 févr. 2008, Commune de La Londe-les-Maures, n° 279045 ; RJEP 2008, comm. 34, concl. B. DACOSTA ; AJDA 2008, p. 575, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; CE, 20 février 2008, n°259809, Office national de la chasse et de la faune sauvage ; CAA Lyon, 22 mars 2012, n°11LY01452, Société CTR.

¹⁵⁰ F. LOMBARD, La cause dans le contrat administratif, Dalloz, 2008, Nouvelle bibliothèque de thèses, n°77.

¹⁵¹ CE, 4 mai 2011, n° 340089, Communauté de communes du Queyras ; RJEP 2012, comm. 12, concl. B. DACOSTA.

¹⁵² CE, 10 juillet 1996, n°138536, M. Jean-Claude X. (Cayzeele).

¹⁵³ CE, 8 avril 2009, n°290604, Association Alcaly ; concl. N. Boulouis, BJCP août 2009, p. 276.

non réglementaires qui en sont divisibles", dans les limites de leur intérêt lésé, conformément à la jurisprudence "Département Tarn-et-Garonne" ¹⁵⁴.

Le conseil d'Etat a précisé que ce n'est que dans le cas où l'irrégularité constatée ne peut être couverte par une mesure de régularisation et ne permet pas la poursuite du contrat, que le juge peut décider soit de la résiliation, soit de son annulation partielle ou totale. La haute juridiction privilégie donc aussi la poursuite des relations contractuelles dans le cadre du recours formé par les tiers ¹⁵⁵.

Saisi par voie d'action par les parties ou à l'occasion d'un litige lié à l'exécution du contrat, le juge administratif doit apprécier "l'importance et les conséquences des irrégularités" constatées, qui se rapportent soit "au caractère illicite du contenu du contrat", soit "à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement". Telle qu'elle est rédigée, la décision "Ville de Béziers" paraît réserver un traitement plus objectif aux irrégularités tenant à l'illicéité d'une clause contractuelle, qu'à celles ayant trait à un vice entachant la passation du marché.

Certaines juridictions d'appel ont néanmoins considéré le degré de gravité de l'illégalité ainsi commise, pour refuser d'écarter l'application du contrat. Tel est le cas de la convention conclue par une commune avec la communauté d'agglomération en vue de la réalisation d'une ligne de tramway qui "ne respect(ait) pas les modalités d'organisation de la maîtrise d'ouvrage prévues par la loi du 12 juillet 1985" ¹⁵⁶.

Le juge administratif a également pris en compte "les circonstances de l'espèce" pour se prononcer sur la validité du contrat. De toute évidence, l'exigence de loyauté et l'objectif de stabilité des relations contractuelles ne pouvaient faire pas obstacle à ce que le juge prononce l'annulation de la convention dont l'objet est illicite, pour avoir confié à une société la réalisation d'une zone d'aménagement concertée décidée en méconnaissance des règles d'urbanisme, telles qu'elles résultent de la loi Littoral ¹⁵⁷. Ou encore le juge d'appel a relevé les circonstances particulières, tenant au fait que la société n'avait émis aucune réserve sur le

¹⁵⁴ CE, 4 avril 2014, n°358994, Département de Tarn-et-Garonne.

¹⁵⁵ J.-F. SESTIER, De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 20, 19 mai 2014, 2152.

¹⁵⁶ CAA Nantes, 25 avr. 2014, n° 12NT02768, Commune de Saint-Jean-de-la-Ruelle.

¹⁵⁷ CE, 10 juillet 2013, n°362304, Commune de Vias.

bien-fondé de la clause d'actualisation du prix des travaux et en avait même réclamer l'application durant l'exécution du marché, afin de refuser d'en écarter l'application ¹⁵⁸.

Comme le souligne le Professeur Olivier GUEZOU, il est logique que les vices relatifs au contenu du contrat qui portent "sur sa substance même, ses caractéristiques intrinsèques et non sur son processus d'élaboration ou de passation", puissent avoir les conséquences les plus lourdes ¹⁵⁹. L'illégalité des stipulations contractuelles paraissent être de celles qui résistent davantage au "filtre" du principe de loyauté, deux tiers des annulations du contrat prononcées par le juge trouvant une cause dans le caractère illégal de son contenu ¹⁶⁰.

B. Les clauses illégales, à l'origine de la nullité du contrat

Loin de prétendre à l'exhaustivité, il est possible de relever celles des stipulations contractuelles les plus fréquemment sanctionnées par le juge administratif, soit qu'elles concernent les prérogatives que l'administration ne saurait déléguer au profit de son cocontractant (1), soit qu'elles sont contraires à un texte (2).

1. L'illégalité liée à l'abandon de prérogatives

Pour commencer, l'autorité administrative ne peut renoncer, même pour partie, à l'exercice de son pouvoir de police. Dès lors la clause de la concession de stationnement prévoyant que le personnel communal de surveillance, habilité à la constatation des infractions, pouvait recevoir des directives du concessionnaire afin d'assurer le bon fonctionnement du service public du stationnement dans la ville a pour effet de déléguer au concessionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique que seule la Commune de Toulon pouvait exercer et entache le contrat de concession de nullité ¹⁶¹.

¹⁵⁸ CAA Lyon, 22 mai 2014, n° 11LY23605, Sté Braja Vesigne.

¹⁵⁹ O. GUEZOU, Traité de contentieux de la commande publique, Editions le Moniteur, 2015, p. 235.

¹⁶⁰ D. MOREAU, Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif, Revue juridique de l'économie publique n° 723, Octobre 2014, étude 7.

¹⁶¹ CE, 19 décembre 2007, n°260327, Société SOGEPARC ; AJDA 2008. 419, note M. DREIFUSS.

Il a encore été jugé que la clause du traité de concession conclu pour la rénovation et l'exploitation d'un parc de stationnement qui prévoit que la variation du nombre de stationnement de 2,5 % en plus ou en moins, entraîne la modification du traité et est irrégulière. Alors qu'une autorité administrative investie d'un pouvoir réglementaire a la faculté de modifier la réglementation qu'elle a édictée, le juge constate qu'une telle stipulation a pour effet de limiter contractuellement les pouvoirs de police du maire ¹⁶².

Autre hypothèse. Le service départemental d'incendie et de secours ne peut renoncer à exercer la compétence qu'il tient des dispositions du code général des collectivités locales, qui prévoient que son conseil d'administration fixe les modalités de calcul et de répartition des contributions des collectivités territoriales pour la gestion des services qu'il assure. Dès lors le juge d'appel aurait dû relever le caractère illicite des stipulations de la convention conclue avec l'une des collectivités participant à son financement un contrat, dont l'objet était de définir le montant de la contribution qu'elle s'engageait à verser au S.D.I.S. ¹⁶³.

2. La stipulation contractuelle contraire à un texte

Dans la plupart des cas, l'illégalité entachant une clause du contrat résulte plus largement de la méconnaissance d'une norme applicable.

Aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités locales, aucune clause d'une convention de délégation de service public ne saurait mettre à la charge du concessionnaire des dépenses ou un service, étrangers à l'objet de la délégation.

Outre la prise en charge des traitements du personnel municipal affecté à la surveillance du stationnement et à la constatation des infractions, les clauses du traité de concession conclu pour la rénovation et l'exploitation d'un parc de stationnement, prévoyaient également le financement de la construction d'une salle de réception par le concessionnaire, sans qu'il en

¹⁶² CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, MM. Jean-Paul et Bruno A et M. François B.

¹⁶³ CE, 20 juin 2012, n°342843, SDIS du Nord.

assure la gestion. En raison de l'illicéité de telles clauses, et nonobstant le principe de loyauté des relations contractuelles, le juge a écarté l'application du traité ¹⁶⁴.

Plus généralement, les prestations confiées au concessionnaire doivent répondre à titre principal aux besoins de la collectivité. Par un contrat de concession, la Commune d'Yerres a confié à une société la construction d'une cuisine centrale. Saisi d'un litige concernant la résiliation du contrat, le juge a prononcé la nullité de la convention et des actes subséquents et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, la convention prévoyait que la cuisine serait apte à fournir un nombre de repas qui était en réalité le double de celui initialement estimé dans la consultation. Or cette augmentation ne répondait nullement à une augmentation prévisible des besoins de la collectivité en matière de restauration scolaire et collective du personnel communal. Ensuite, si le contrat prévoyait que le concessionnaire pouvait utiliser les locaux et le matériel de la cuisine pour d'autres collectivités dans la mesure où cette activité présentait un caractère secondaire, le nombre de repas fournis à d'autres organismes, équivalent à celui préparé pour la Commune, n'apparaissait pas comme le complément normal de l'exécution de ce service public. Le juge a considéré qu'en raison de l'illégalité de ses clauses, le contrat de concession est nul, la décision de résiliation dépourvue d'effet et rejeté les conclusions indemnitaires de la société fondées sur les manquements de la commune à ses obligations contractuelles ¹⁶⁵.

Antérieurement à la jurisprudence "Ville de Béziers", l'interdiction de confier à une même entreprise, une mission de maîtrise d'œuvre ainsi que la réalisation d'un ouvrage, prévue par la loi du 12 juillet 1985 ¹⁶⁶ en fournissait également une illustration. En 1990, la ville de Lyon avait conclu un marché de travaux en vue de la réalisation de la verrière de son opéra. Le contrat mettait notamment à la charge du groupement d'entreprises titulaire, la réalisation de la moitié des plans d'exécution de l'ouvrage mais également celle des spécifications techniques détaillées et des études de synthèse. Ces missions portaient donc en réalité sur la conception de l'ouvrage, également confiée au titulaire du marché de maîtrise d'oeuvre et ce, sans que les dispositions du marché ne précisent la part de chacun des intervenants sur ces

¹⁶⁴ CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, MM. Jean-Paul et Bruno A et M. François B. ; CE, 19 décembre 2007, n°260327, Société SOGEPARC.

¹⁶⁵ CAA Paris, 10 juillet 2003, n° 01PA02303, Société SOGERES.

¹⁶⁶ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée.

prestations. A l'époque des faits, aucun texte ne consacrait la possibilité de recourir à un marché de conception-réalisation ¹⁶⁷. Le juge avait considéré que le marché « méconnaissait les dispositions (...) de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985, pour prononcer la nullité du marché ¹⁶⁸.

De même si un centre hospitalier avait conclu un marché pour la construction d'une unité de soins, prévoyant également des prestations d'ordonnancement, de pilotage et de coordination du chantier, les dispositions de la loi du 12 juillet 1985 et du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 ne permettaient nullement de confier ces missions de maîtrise d'œuvre à l'entrepreneur chargé des travaux, en dehors du régime du marché de conception-réalisation. Il avait donc été jugé que le marché et ses avenants devaient être annulés et l'entreprise ne pouvait demander le solde de sa rémunération sur le fondement de la responsabilité contractuelle du centre hospitalier ¹⁶⁹.

Toutefois l'exigence de loyauté des relations contractuelles ainsi que l'objectif de stabilité de la relation qui lie les parties, pourraient faire obstacle à ce qu'une telle illégalité, au regard des circonstances de l'espèce, puisse être utilement invoquée par les parties pour demander l'annulation du contrat ¹⁷⁰.

Ou encore, en raison de l'effet relatif des contrats, aucune clause ne saurait obliger une personne tierce au contrat. Si l'Etat avait préalablement conclu une convention cadre avec l'association pour les fouilles archéologiques nationales prévoyant que cette dernière « agi(ssait) comme gestionnaire d'opérations archéologiques autorisées ou décidées par l'Etat » et serait signataire des accords contractuels de l'Etat, il ne pouvait s'engager avec la communauté de communes de la vallée de l'Escaut à verser à l'association qui n'était nullement signataire du contrat, une somme de plus de 7 millions de francs en contrepartie de la réalisation de fouilles archéologiques préventives sur le site de la zone d'aménagement concerté « de l'échangeur d'Onnaing ». L'AFAN était une association de droit privé et

¹⁶⁷ Il s'agissait de la procédure d'appel d'offres sur performances instituée par le décret du 27 mars 1993, puis de la procédure de dialogue compétitif prévue par le code des marchés publics par le décret du 7 janvier 2004.

¹⁶⁸ CAA Lyon, 29 mai 2008, n°06LY01546, Ville de Lyon.

¹⁶⁹ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société Pygmalion.

¹⁷⁰ CE, 23 octobre 2013, n°362437, Société Bernard Leclercq Architecture.

constituait une personne morale distincte de l'Etat. Le juge a donc considéré que le préfet du Nord « n'avait pas compétence pour inclure dans la convention conclue au nom de l'Etat, la clause litigieuse dès lors qu'elle comportait une stipulation au profit de l'association mais surtout créait des obligations réciproques entre la communauté de communes et l'association, tierce au contrat ¹⁷¹.

Qu'elles se rapportent à la sélection du prestataire, aux conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement ou concernent le contenu du contrat lui-même, certaines des irrégularités commises lors de la formation du contrat ont provoqué l'anéantissement de l'accord passé. Le prestataire ne dispose donc plus d'aucun acte juridique fondé sur l'accord de volontés des parties pour faire valoir ses droits à obtenir le versement de contrepartie financière en échange des prestations délivrées à la personne publique.

¹⁷¹ CAA Douai, 14 décembre 2006, n° 05DA00873, INRAP.

CHAPITRE II.

INAPPLICABILITE DES SOLUTIONS JURIDIQUES CLASSIQUES AUX SITUATIONS PERI-CONTRACTUELLES

Ni loi, ni contrat, ni faute ne peut être utilement invoqué pour réparer le préjudice subi par le justiciable qui a exposé des dépenses pour rendre un service à la collectivité.

Aucune disposition, d'origine légale ou réglementaire, ne permet de légitimer la situation du prestataire appauvri, ni même ne prévoit un droit à indemnisation des prestations fournies à l'administration.

Le déplacement de valeur opéré au profit de la personne publique n'est nullement justifié par un texte, comme c'est le cas en matière fiscale ou lorsque l'ordre juridique prévoit un droit de conserver l'enrichissement procuré, en limitant notamment dans le temps la possibilité pour le justiciable de réclamer ce qu'il estime lui être dû.

Aucun texte ne prévoit davantage le droit d'obtenir une compensation financière au titre des prestations exécutées au profit de la collectivité publique. Le droit administratif reconnaît pourtant d'autres circonstances dans lesquelles une tierce personne intervient au profit des personnes publiques en l'absence de tout contrat valide. Il en va ainsi lorsque l'autorité administrative requiert les services d'une personne, pour répondre aux besoins des forces armées ou plus largement, à ceux de la nation. Des dispositions légales ou réglementaires prévoient alors que l'ordre donné par la personne publique ouvre droit à rétribution des dépenses supportés par le requis. A l'inverse, une collaboration à l'exécution du service public peut être apportée de façon plus spontanée par un particulier, pour laquelle certaines dispositions prévoient la possibilité de rétribuer le service occasionnel ainsi rendu. En outre les règles prévues par le code civil ne seront d'aucun secours, les dispositions relatives à la

gestion d'affaires et à la répétition de l'indu ne permettant nullement de régler la situation d'appauvrissement du prestataire de l'administration (section 1).

Par ailleurs le demandeur ne saurait invoquer aucun des fondements classiques de responsabilité administrative pour obtenir l'indemnisation des dépenses qu'il a supportées pour livrer des prestations utiles à la personne publique.

A défaut de contrat valide, le prestataire ne peut engager la responsabilité contractuelle de la personne publique du fait des dépenses qu'il a exposées pour lui rendre service (section 2).

Si la situation d'appauvrissement trouve son origine dans l'illégalité commise par la personne publique qui a commandé des prestations en méconnaissance des règles qui régissent la conclusion des contrats publics, et caractérise une rupture d'égalité devant les charges publiques, la demande en indemnisation présentée sur les fondements classiques de responsabilité extracontractuelle ne lui permettra pas d'obtenir le remboursement des dépenses exposées au profit de la collectivité publique. Le fait reproché à l'administration n'apparaît pas comme la cause directe de son préjudice et ce système de responsabilité serait de surcroît inapproprié pour réparer l'appauvrissement qu'il a subi. Il pourrait en effet lui être reproché d'avoir contribué à la survenance de son dommage. La faute de la victime constituant une cause exonératoire de responsabilité de la personne publique, le demandeur pourrait être privé de toute indemnisation au titre des dépenses exposées pour délivrer des prestations à l'administration. Qui plus est, le principe d'une indemnisation de l'entier préjudice subi, ne permettrait nullement de garantir la préservation des deniers publics (section 3).

Section I. Défaut de dispositions légales ou réglementaires applicables à la situation du prestataire appauvri

Le transfert de valeur opéré au profit de l'administration n'est nullement justifié par une disposition légale ou réglementaire prévoyant que le prestataire doit supporter la charge des frais qu'il a exposés pour fournir des prestations à la collectivité, sauf à ce que celui-ci ait fait de preuve de négligence en ne réclamant pas le paiement du service qu'il a rendu durant plus de quatre ans (§ 1). Mais surtout le prestataire appauvri se trouve dans l'impossibilité

d'invoquer une quelconque disposition légale, pour obtenir le paiement des prestations livrées à l'administration (§ 2).

§ 1. Impossibilité de justifier l'enrichissement procuré à la personne publique au regard d'une disposition légale ou réglementaire

L'enrichissement de la personne publique peut trouver un fondement dans l'application des règles de droit positif. Il en va ainsi lorsqu'une disposition légale ou réglementaire prévoit de mettre à la charge d'un particulier une contribution financière aux charges publiques. Tel n'est toutefois pas le cas du prestataire qui est intervenu au profit de l'administration en vue de lui fournir un service en échange d'une rémunération (A). Seules les dispositions relatives à la prescription quadriennale qui prévoient un droit de conserver l'avantage procuré, pourront être opposées au prestataire pour lui refuser toute indemnisation du préjudice qu'il a subi (B).

A. Absence de fondement légal justifiant des dépenses exposées par le prestataire appauvri

L'appauvrissement subi par le prestataire ne résulte nullement de l'application d'une loi et d'un règlement, prévoyant qu'il supporte les dépenses exposées pour livrer des prestations à la collectivité publique.

Les textes édictés en matière fiscale fournissent une illustration des transferts de valeurs qui sont, légitimement, opérés au profit des personnes publiques. La réglementation fiscale prévoit en effet de mettre à la charge des personnes physiques ou morales, une prestation pécuniaire afin d'assurer la couverture des charges publiques. Lorsque les sommes réglées à la collectivité publique ne trouvent aucune contrepartie dans un avantage directement procuré au particulier ou à l'entreprise, elles sont néanmoins justifiées par l'autorisation légale accordée aux administrations publiques par le parlement, de prélever les impôts, les taxes et les cotisations sociales. Cette autorisation législative est prévue à l'article 34 de la constitution¹⁷² et trouve également son fondement dans le principe selon lequel le citoyen a consenti lors

¹⁷² Article 34 de la constitution : "La loi fixe les règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toutes natures".

du vote de la loi de finances par les représentants qu'il a désignés, à payer une contribution en proportion de ses facultés, pour l'entretien de la force publique et les dépenses de l'administration ¹⁷³.

Le requérant ne saurait donc invoquer l'enrichissement injustifié de la personne publique, du fait des prélèvements obligatoires légalement prévus dont il s'est acquitté. La Commune de Carcassonne pouvait parfaitement opérer des retenues sur les vacations versées aux sapeurs-pompiers volontaires actifs pour financer les prestations sociales allouées à ceux à la retraite, alors même que les sommes retenues ne comportaient aucune contrepartie pour le demandeur, ces prélèvements trouvant « un fondement légal » dans les dispositions de la loi du 3 mai 1996 ¹⁷⁴.

L'ouvrier retraité de la ville de Colmar n'a pu utilement rechercher la responsabilité de la commune sur le fondement de l'enrichissement sans cause, résultant de l'application stricte du statut particulier de prévoyance des personnels de la ville, pour contester le montant de la pension municipale qui lui avait été accordé en complément des sommes versées par la Sécurité sociale ¹⁷⁵.

Ou encore, le département de la Réunion ne pouvait critiquer l'enrichissement procuré à l'Etat, qui serait résulté de la baisse de la dotation générale de décentralisation qui lui avait été allouée. L'autorité compétente avait déterminé le montant de la dotation conformément aux dispositions de l'article 13 de la loi du 27 juillet 1999 et « s'(était) en l'espèce bornée à faire une exacte application de la loi » ¹⁷⁶.

Tel n'est en revanche nullement le cas du justiciable qui a livré des fournitures, exécuté une prestation de service ou accompli des travaux au profit de l'administration ; aucun texte légal

¹⁷³ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, articles XIII : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultés », et XIV : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

¹⁷⁴ CE, 21 novembre 2007, n°296962, Commune de Carcassonne.

¹⁷⁵ CE, 7 février 1968, n° 69407, Monsieur X.

¹⁷⁶ CE, 12 mars 2010, n°309799, Département de la Réunion.

ou réglementaire ne l'obligeant à supporter les frais afférents à l'exécution de prestations nécessaires au fonctionnement des services publics.

B. La prescription quadriennale : un droit de conserver l'enrichissement contesté.

La négligence du prestataire pourrait en revanche justifier le droit de la collectivité publique de conserver l'enrichissement qui lui a été procuré. Aux termes de l'article premier de la loi du 31 décembre 1968, toutes créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements dotés d'un comptable public, qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis, sont prescrites.

Ces dispositions ont été prévues afin de protéger les deniers publics, en évitant notamment que les dettes de la personne publique ne s'accumulent.

La prescription quadriennale s'applique lorsque le débiteur est une personne publique disposant d'un comptable public, et ce quelle que soit la nature de la créance, contractuelle ou extracontractuelle, la qualité du créancier, personne physique ou morale tant publique que privée.

Cette prescription peut être interrompue par "toute demande de paiement ou toute réclamation écrite adressée par un créancier à l'autorité administrative" ou "tout recours formé devant une juridiction" relatifs au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance", y compris lorsque la juridiction saisie est incompétente ¹⁷⁷.

Dans l'hypothèse où le prestataire n'a nullement réclamé le remboursement des dépenses engagées au profit de la collectivité publique durant un délai de quatre ans à compter de l'exécution du service qu'il lui a rendu, la personne publique peut lui opposer la prescription quadriennale et le collaborateur sera alors déchu de ses droits à demander l'indemnisation de l'avantage procuré à la collectivité publique.

¹⁷⁷ Loi du n° 68-1250 du 31 décembre 1968, article 2.

Il a été jugé que la lettre adressée par la société titulaire d'un contrat de concession portant sur l'exploitation d'un parc de stationnement déclaré nul, ayant pour objet d'informer la ville de Toulon de son intention de réclamer l'indemnité qu'elle aurait à verser au cas où le jugement de la cour d'appel lui serait défavorable, ne constituait nullement une demande au sens de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968, permettant d'interrompre le délai de la prescription quadriennale ¹⁷⁸.

A l'exception des règles de la prescription quadriennale, l'appauvrissement du prestataire ne trouvera donc aucune cause dans l'application de dispositions légales ou réglementaires.

§ 2. Absence d'obligation légale de rémunérer le prestataire

Aucun texte d'origine légale ou réglementaire ne prévoit davantage un droit à indemnisation du prestataire au titre des dépenses qu'il a engagées au profit de la personne publique. Celui-ci n'a pas été requis par une autorité administrative (A). La personne publique ne lui a pas, non plus, reconnu la qualité d'un collaborateur occasionnel du service pour lui accorder une rétribution (B). Si la situation de la personne appauvrie a pu être par le passé rapprochée des hypothèses de gestion d'affaires ou de répétition de l'indu, les règles prévues par le code civil ne sauraient être utilement invoquées pour indemniser le prestataire de l'administration (C).

A. Impossibilité d'invoquer les textes prévoyant un droit de rétribution du service requis

Pour mener à bien ses différentes missions, qu'elles concernent la mise en œuvre d'une réglementation aux fins de "soumettre la vie sociale à un ordre déterminé" ou la distribution de prestations destinée à répondre aux besoins de la population ¹⁷⁹, la personne publique peut recourir soit au procédé contractuel, soit au procédé unilatéral en requérant les services d'un particulier ou d'une entreprise. Le code de la défense prévoit que "la fourniture des prestations

¹⁷⁸ CE, 19 décembre 2007, n°260327, Société SOGEPARC.

¹⁷⁹ Selon la formulation de R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 10e édition, Montchrestien, p.431, n°529.

de biens et de services, nécessaires pour assurer les besoins du pays dans les cas prévus par la loi, peut être obtenue soit par accord amiable, soit par réquisition" ¹⁸⁰.

Différentes dispositions légales prévoient également le principe et les conditions de rétribution de la personne requise (1). Si son intervention peut être rapprochée de la collaboration apportée par le prestataire qui n'a conclu aucun contrat avec l'administration (2), celles-ci n'emportent pas les mêmes conséquences en ce qui concerne l'obligation de la collectivité publique de rémunérer les prestations fournies. La réquisition constitue un acte d'autorité, imposant l'exécution de certaines prestations. Sa mise en œuvre est limitée aux circonstances exceptionnelles prévues par les textes. Tel n'est nullement le cas du prestataire qui a librement rendu service à l'administration et ne dispose d'aucun acte attestant de la volonté de la personne publique de s'obliger au titre des prestations qu'il a délivrées (3).

1. Le droit à rétribution du service rendu par la personne requise

L'ordre de réquisition permet de justifier de la volonté de l'autorité administrative de faire exécuter par un tiers les prestations utiles à son action, mais également du droit à indemnisation des charges supportées par le requis.

Les prestations réalisées par la personne requise ouvrent droit à des indemnités représentatives de leur valeur, conformément aux dispositions du code de la défense ¹⁸¹. Sont prises en compte "toutes les dépenses qui ont été exposées d'une façon effective et nécessaire par le prestataire, la rémunération du travail, l'amortissement et la rémunération du capital". Plus précisément, l'indemnité allouée pour des prestations d'entreprise est déterminée d'après le prix de revient, le montant des charges et frais normaux d'exploitation supportés par l'entreprise pour l'exécution des services fournis. La perte de profit subie du fait que le prestataire n'a pu poursuivre son activité professionnelle habituelle ne donne lieu en revanche à aucune compensation financière ¹⁸².

¹⁸⁰ Code de la défense, article L.2213-1

¹⁸¹ Code de la défense, article L. 2221-4.

¹⁸² Code de la défense, article L. 2234-1.

Le requis peut néanmoins refuser le montant de l'indemnité qui lui est "proposé". La commission départementale, composée en nombre égal de représentants des administrations publiques et de représentants des groupements économiques et professionnels, et chargée de l'évaluation des réquisitions émet un avis motivé sur les contestations. Dans les six mois à compter de la notification du montant définitif de l'indemnité allouée, le requis pourra ensuite intenter une action devant les juridictions civiles ¹⁸³.

Concernant les réquisitions ordonnées par l'autorité de police administrative, l'article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales précise que la rétribution de la personne requise permet "uniquement de compenser les frais matériels, directs et certains résultant de l'application de l'arrêté de réquisition". S'agissant de celui adressé à une entreprise, "le montant de la rétribution (sera) calculé d'après le prix commercial normal" de la prestation, tel qu'il est appliqué habituellement à la clientèle" ¹⁸⁴. Le requis peut saisir le juge administratif d'une demande de rétribution complémentaire. C'est ainsi qu'un médecin généraliste réquisitionné par le préfet du Var afin d'assurer des services de garde dans un secteur du département a réclamé une rémunération supplémentaire pour les heures de permanence assurées ¹⁸⁵.

Il a également été jugé que la Société Electricité de France pouvait obtenir l'indemnisation des surcoûts qu'elle avait supportés à la suite de mesures préfectorales lui ordonnant de s'approvisionner en fioul lourd auprès d'une société déterminée, pour l'exploitation des centrales thermiques de Martinique, le prix pratiqué par cette société étant supérieur à celui qu'obtenait habituellement EDF sur le marché international ¹⁸⁶.

De même le juge administratif a considéré que le maire avait fait usage de ses pouvoirs de police qui lui sont reconnus par les dispositions de l'article L.2212-2 5° du code général des collectivités territoriales au nombre desquels figure le soin de prévenir et faire cesser les pollutions de toute nature telles qu'elles résultent des incendies et des inondations, pour demander la réalisation de prestations de pompage et d'évacuation des eaux résiduaires générées par l'arrosage d'un incendie. La société requise ayant "la qualité de collaborateur

¹⁸³ Code la défense, article L. 2234- 21 et 22.

¹⁸⁴ Code général des collectivités territoriales, article L. 2215-1.

¹⁸⁵ CAA Marseille, 7 mai 2008, n° 07MA01709, M. Sébastien X.

¹⁸⁶ CE, 18 juin 2014, n° 372803, société Electricité de France.

occasionnel du service public", la responsabilité de la collectivité publique devait être engagée en l'absence de faute sur le fondement extracontractuel, afin d'accorder à l'entreprise une rémunération correspondant à la valeur du service rendu ¹⁸⁷.

2. Rapprochement de l'intervention du requis avec celle du collaborateur sans titre

L'intervention des personnes qui ont exécuté des prestations au profit de la personne publique soit à la suite d'une réquisition, soit dans le cadre d'une demande informelle de l'administration, présente certaines caractéristiques communes : la mise en œuvre dans l'intérêt général, de moyens supplémentaires souvent de même nature, et dans certains cas, une absence de formalisme de la demande adressée par l'administration.

La réquisition permet de procurer à l'administration des moyens supplémentaires, et surtout rapidement mobilisables, pour garantir l'intérêt général. Le pouvoir de réquisition a d'ailleurs été étendu ces dernières décennies pour satisfaire non seulement les besoins des forces armées mais également ceux de la Nation, et préserver l'ordre public ainsi que la sécurité civile.

A l'origine cette prérogative a été principalement mise en œuvre afin de répondre aux besoins des armées en temps de guerre et, assurer la sécurité de l'Etat. La loi du 3 juillet 1877 définissait ainsi les conditions dans lesquelles l'autorité militaire pouvait requérir des biens, des personnes et des services pour "suppléer à l'insuffisance des moyens ordinaires d'approvisionnement de l'armée" en période de mobilisation ¹⁸⁸. D'autres textes étaient encore intervenus, pour organiser la réquisition en cas de conflit extérieur ¹⁸⁹. A partir de la seconde moitié du XXe siècle, le pouvoir de réquisition a été prévu même en temps de paix, pour assurer "la sécurité et l'intégrité du territoire ainsi que la vie de la population" ¹⁹⁰ et répondre

¹⁸⁷ CAA Paris, 3 mars 2009, n°07PA03933, Commune de Croissy Beaubourg.

¹⁸⁸ Loi 1877-07-03, Bull. des Lois, 12e S., B. 346, n° 6115, article 1 ; Décret du 2 août 1877 relatif au règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 3 juillet 1877 concernant les réquisitions militaires.

Ces dispositions sont restées en vigueur jusqu'au 4 mars 2009. Abrogation des dispositions qui précèdent par Décret n°2009-254 du 4 mars 2009 et Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004.

¹⁸⁹ Loi du 11 juillet 1938, portant sur l'organisation générale de la Nation pour le temps de guerre ; Lois des 28 février 1947, 28 février 1948 et 26 février 1949.

¹⁹⁰ Ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959, portant organisation générale de la défense.

aux "besoins généraux de la Nation" ¹⁹¹. Il peut encore être exercé par les autorités compétentes de l'Etat, chacune en ce qui la concerne, dans le cadre de la sécurité civile qui a pour objet "la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations, la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes " ¹⁹².

C'est ainsi qu'au titre du pouvoir de police administrative, a été explicitement reconnue la possibilité pour le préfet de département de réquisitionner "tout bien ou service", "toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien" afin de garantir l'ordre public ¹⁹³. Le préfet dispose de cette prérogative, soit au titre de son pouvoir de substitution au maire après mise en demeure de ce dernier restée sans résultat, soit en vertu d'un pouvoir propre qui lui est désormais reconnu lorsque l'urgence l'exige et que " les moyens dont (il) dispose ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police" ¹⁹⁴. Comme le préfet de zone et de sécurité peut réquisitionner les moyens publics ou privés "en tant que de besoin" lorsqu'intervient une situation de crise ou que se développent des événements d'une particulière gravité, quelle qu'en soit l'origine, de nature à menacer des vies humaines, à compromettre la sécurité ou la libre circulation des personnes et des biens ou à porter atteinte à l'environnement ¹⁹⁵.

Les magistrats et les officiers de police judiciaire habilités peuvent également requérir "toutes personnes qualifiées s'il y a lieu de procéder à des constatations ou des examens techniques ou scientifiques" ¹⁹⁶. A titre d'exemple, injonction peut être donnée à un médecin de pratiquer un prélèvement sanguin afin d'établir la présence d'alcool ou de produits stupéfiants dans l'organisme de la victime ou de l'auteur d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation.

De sorte que dans les deux cas, qu'il s'agisse d'une réquisition ou d'une demande adressée en l'absence de tout contrat signé, l'autorité administrative confie l'exécution de prestations, très

¹⁹¹ Code de la défense, partie 2, livre II, titre 1er.

¹⁹² Loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, article 28.

¹⁹³ D. MAILLARD, L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale, Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 19 mai 2003, 1475, p. 649.

¹⁹⁴ Code général des collectivités territoriales, article L. 2215-1.

¹⁹⁵ Code de la défense, article R. 122-8.

¹⁹⁶ Code de procédure pénale, art. 77-1 s'agissant des enquêtes préliminaires.

diverses, à un prestataire extérieur pour accroître les moyens matériels et humains dont elle dispose en interne, afin de répondre à un besoin d'intérêt général.

Il en va ainsi lorsque l'autorité militaire fait exécuter des travaux, soit en requérant les services d'une entreprise, et notamment les matériaux, outils, machines et appareils nécessaires ainsi que le personnel pour tous les travaux que les différents services des forces armées ont à exécuter ¹⁹⁷, soit en lui adressant une simple lettre de commande afin qu'elle accomplisse rapidement les travaux de remise en état des installations électriques d'un centre hospitalier des armées à la suite de dégâts occasionnés par des inondations ¹⁹⁸.

Bien qu'elles tendent à mobiliser rapidement les moyens nécessaires au rétablissement d'un bon ordre, les réquisitions sont néanmoins soumises à un certain formalisme. Outre les règles de compétence de l'autorité administrative habilitée à ordonner l'exécution d'un service, les textes précisent que l'ordre doit être écrit, renseigner la nature et la durée des prestations à effectuer et notifiés au requis. Autant de conditions formelles qui sont également nécessaires à la conclusion d'un contrat.

La loi du 3 juillet 1877 prévoyait en effet que l'ordre de réquisition était détaché du carnet à souches remis aux personnes habilitées, et signé. L'article 9 du décret d'application précisait encore que les réquisitions sont "toujours" ordonnées par écrit et qu'est "donné reçu des prestations fournies". Les dispositions du code de la défense désormais applicables rappellent que l'ordre de réquisition est "formulé par écrit", "signé par une autorité régulièrement qualifiée" et "mentionne la nature et la quantité des prestations requises" ; de même est "délivré au prestataire un reçu des prestations fournies qui mentionne leur nature, leur quantité et leur état" ¹⁹⁹. Comme le préfet de département devra prendre un arrêté "motivé (...) fix(ant) la nature des prestations requises, la durée de la mesure de réquisition ainsi que les modalités de son application" ²⁰⁰.

¹⁹⁷ Code de la défense, article L. 2222-1, 6° et 7°.

¹⁹⁸ CE, 17 novembre 2008, n°294215, entreprise AUBELEC.

¹⁹⁹ Code de la défense, article L. 2213-4.

²⁰⁰ Code général des collectivités territoriales, article L. 2215-1.

Dans certains cas néanmoins, un simple ordre oral suffit à requérir les services d'une personne. Cette possibilité est admise dans les situations d'urgence qui ne permettent nullement de rédiger un écrit ²⁰¹. Dès lors le prestataire peut se trouver confronté à la difficulté de faire valoir ses droits au titre des prestations qu'il a réalisées au profit de la collectivité, en l'absence d'acte précisant la nature et l'étendue du service demandé et attestant de la volonté de l'autorité administrative compétente de requérir ses services. Tel est également le cas lorsque l'entreprise accepte de réaliser en urgence des travaux de réparation avant même que la personne publique lui ait notifié un contrat ²⁰².

Si le préfet n'a pas été en mesure de conclure un marché de collecte de cadavres d'animaux afin d'assurer l'exécution du service public de l'équarrissage sur le territoire du département conformément aux dispositions prévues par le code rural, il a pu toutefois requérir les services d'une société afin qu'elle procède immédiatement à l'enlèvement des cadavres ²⁰³.

La comparaison entre les prestations requises et le service rendu en l'absence de contrat régulièrement conclu se limitera aux seuls aspects tenant à l'utilité qu'elles présentent pour la collectivité, à leur objet ainsi qu'aux moyens matériels et aux compétences qui ont été nécessaires à leur exécution. La réquisition constitue en effet un acte d'autorité qui ne peut être pris que dans certaines circonstances exceptionnelles, et étrangères au contexte dans lequel le prestataire a librement accepté d'intervenir au profit de la personne publique.

3. Limite : une prérogative de puissance publique justifiée par des circonstances exceptionnelles

La réquisition constitue une mode d'action de l'administration reposant sur la contrainte. Elle est même susceptible de porter atteinte aux libertés fondamentales des requis. Le contentieux de l'excès de pouvoir en matière de réquisition illustre abondamment la "conciliation nécessaire" entre l'exercice du droit de grève des personnels participant à la gestion d'un service public, et la nécessité de garantir la continuité du service public ²⁰⁴.

²⁰¹ Code de procédure pénale, art. 77-1-1 s'agissant des enquêtes préliminaires.

²⁰² CE, 17 novembre 2008, n°294215, entreprise AUBELEC.

²⁰³ CAA Versailles, 4 octobre 2012, n°11VE00777, Commune de Saint Denis.

²⁰⁴ CE, 7 juillet 1950, Dehaene.

La personne requise n'a pas d'autre choix que d'exécuter l'ordre donné par l'autorité administrative. En cas de refus, elle encourt le risque que le juge administratif prononce à son encontre une astreinte ²⁰⁵ et s'expose également à une condamnation pénale ²⁰⁶. Une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de 10 000 euros sont ainsi prévues lorsque la personne n'exécute pas les prestations prescrites par le préfet. La personne requise n'échappera à une condamnation que dans certaines situations de force majeure ²⁰⁷.

Le droit encadre cette prérogative, en précisant les circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'autorité administrative est autorisée à requérir les services d'une personne mais également en définissant l'objet et la durée des mesures susceptibles d'être ordonnées.

Les réquisitions militaires sont ainsi ordonnées pour répondre aux "besoins propres" des forces armées ²⁰⁸. Elles permettent en effet de suppléer à l'insuffisance des moyens ordinaires de l'armée de terre et de la gendarmerie, en cas de mobilisation ou lorsque les circonstances l'exigent ²⁰⁹. Elles peuvent être en revanche ordonnées "en tout temps" pour les armées de mer et de l'air ²¹⁰. La durée et l'objet de la réquisition seront plus ou moins importants, selon que l'on se trouve, ou non, en période de mobilisation ²¹¹. Ce n'est qu'en cas d'urgence que l'autorité militaire peut pourvoir par voie de réquisition à la formation des approvisionnements nécessaires à la subsistance des habitants des villes de garnison ²¹².

Le code de la défense prévoit encore que les réquisitions peuvent être ordonnées afin de répondre aux "besoins généraux de la Nation" en cas d'atteinte à la défense nationale, soit en période de mobilisation ou de tension extérieure lorsque les circonstances l'exigent, soit en

²⁰⁵ L'article L.2215-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit qu'en cas d'inexécution volontaire par la personne requise des obligations qui lui incombent en application de l'arrêté édicté par le préfet, le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut, sur demande de l'autorité requérante, prononcer une astreinte dans les conditions prévues aux articles L. 911-6 à L. 911-8 du code de justice administrative".

²⁰⁶ Article L. 2236-2 du Code de la défense ; article R. 642-1 du Code pénal.

²⁰⁷ Code Général des collectivités territoriales, article 2215-1.

²⁰⁸ Code de la défense, article L. 2221-1.

²⁰⁹ Code de la défense, article L. 2221-2.

²¹⁰ Code de la défense, article L. 2221-3.

²¹¹ Code de la défense, article L.2222-1.

²¹² Code de la défense, article L.2222-3.

raison d'une menace portant sur une fraction du territoire ou de la population, voire sur un secteur économique crucial à la vie de la Nation ²¹³.

Les réquisitions de police sont davantage prévues pour garantir l'ordre public. Elles concernent notamment la santé publique, une réquisition pouvant ainsi être ordonnée en cas d'absence ou d'insuffisance de médecins ²¹⁴ ou lorsque la situation sanitaire l'exige ²¹⁵, mais également la sécurité civile ²¹⁶. La jurisprudence reconnaît la possibilité pour le maire, dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative, de requérir les services d'une personne en cas d'urgence et à titre exceptionnel ²¹⁷. Le code général des collectivités territoriales prévoit explicitement cette prérogative pour le préfet, "en cas d'urgence, lorsque l'atteinte constatée ou prévisible au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige" ²¹⁸.

Qu'elle ait été, ou non, prévue par un texte, la réquisition doit être justifiée par le fait que l'administration ne dispose pas de moyens suffisants pour répondre aux besoins des forces armées ou de la population, lorsque une menace grave risque de compromettre la sécurité du territoire ou de la population et que l'urgence est telle que la personne publique ne peut utiliser un mode d'action ordinaire, comme la conclusion d'un contrat, pour se procurer rapidement les moyens qui sont indispensables au rétablissement de la situation. En outre le juge contrôlera également que les mesures imposées soient proportionnées aux nécessités de l'ordre publics ²¹⁹.

Tel n'est nullement le cas des demandes de prestations adressées par l'administration afin de répondre aux besoins courants des services publics. La collectivité publique devra alors respecter le droit de la commande publique et conclure un contrat selon les règles prévues par la réglementation. Un défaut dans l'anticipation des besoins, ou des délais nécessaires à la passation d'un contrat, ne peut permettre de considérer que les prestations commandées en l'absence d'un contrat régulièrement signé, par simple courrier ou par ordre oral, puissent s'inscrire dans le cadre d'une réquisition. Aucune circonstance exceptionnelle tenant à un

²¹³ Code de la défense, articles L. 1111-2 et L. 2131-1.

²¹⁴ Code de la santé publique, article R. 6315-4.

²¹⁵ Code de la santé publique, article L. 3131-8.

²¹⁶ Code de la sécurité civile, article L. 742-12.

²¹⁷ CE, 29 décembre 1997, n°172556, Préfet du Val de Marne.

²¹⁸ Code Général des collectivités territoriales, article 2215-1.

²¹⁹ CE, 23 mai 2011, n° 349215, Ministre de l'Intérieur.

conflit armé, une situation de crise ou un danger ne justifient en effet de contraindre un prestataire à exécuter certaines prestations. Si dans certains cas, la personne publique se trouve confrontée à un besoin urgent à la suite de la survenance d'événements imprévisibles, le code des marchés publics aménage des procédures allégées, et plus rapides, afin de confier la réalisation des prestations nécessaires à une entreprise et de déterminer avec lui les conditions de leur collaboration ²²⁰.

Aucune des dispositions légales prévoyant le droit à rétribution des prestations exécutées au titre d'une réquisition par la personne publique, ne sauraient être invoqués par le prestataire pour obtenir le remboursement des dépenses qu'il a librement exposées au profit de la collectivité.

B. Impossibilité d'invoquer les dispositions prévoyant une rétribution du service rendu par le collaborateur occasionnel du service public

Les personnes privées peuvent collaborer de façon occasionnelle à l'exécution d'un service public. Soit elles ont été sollicitées par la personne publique, soit elles sont intervenues spontanément afin de porter secours à un individu en détresse. On sait que la responsabilité de la personne publique peut être recherchée sur le fondement du risque, afin d'indemniser les dommages que ces personnes ont subi, ou ont causé à autrui, en participant à l'exécution d'un service public. Le juge administratif a été "de plus en plus compréhensif" et a admis qu'elle puisse être engagée sans qu'il ne soit besoin d'établir une faute de l'administration ²²¹.

Hormis le problème de la réparation des dommages corporels subis par le collaborateur occasionnel lors de l'exécution d'un service public, s'est posée la question de sa rétribution. L'administration bénéficie en effet des services rendus de façon occasionnelle et bénévolement par les particuliers. Différentes dispositions prévoient les conditions dans lesquelles certaines personnes peuvent, en raison notamment de leurs compétences, participer à des missions de solidarité, mais également la possibilité de leur allouer une compensation

²²⁰ Code des marchés, article 35, II, 1°.

²²¹ F. LEMAIRE, Responsabilité du fait de la collaboration occasionnelle au service public, Lexis Nexis, JCl. Adm., fasc. 942.

financière pour le service rendu. Le cas des sapeurs-pompiers volontaires en fournit une illustration.

Comme le souligne Monsieur le Professeur Jean WALINE, le "phénomène" de la collaboration occasionnelle au service public a pris de l'ampleur ces dernières années et constitue "une pratique permettant de contourner les effectifs budgétaires du service" en s'attachant les services de particulier de manière plus ou moins épisodique ²²².

A titre d'exemple, la loi de modernisation de la sécurité du 13 août 2004 a prévu la constitution de "réserves de sécurité civile" destinées à "appuyer" les services de l'administration "en cas d'événements excédant leurs moyens habituels ou dans des situations particulières" et à participer également "au soutien et à l'assistance des populations" en cas de risques. Si les réserves de sécurité civile sont constituées sur la base du "bénévolat", il est néanmoins prévu que "l'engagement à servir dans la réserve de sécurité civile (puisse) donne(r) lieu à un contrat conclu entre l'autorité de gestion et le réserviste" et que ces personnes pouvaient percevoir une indemnité compensatrice de la perte de traitement subie au titre de leur participation à la réserve de sécurité civile ²²³.

Autre exemple de participation occasionnelle à un service public ouvrant droit à une rémunération : les médiateurs civils désignés par le juge judiciaire afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose, ou encore les médecins membres des commissions départementales du permis de conduire chargés d'évaluer les capacités physiques et mentales des personnes à être titulaire d'un permis ²²⁴.

Le code de sécurité sociale prévoit d'ailleurs l'obligation d'affilier aux assurances sociales du régime général, les personnes qui contribuent à l'exécution d'une mission de service public à caractère administratif pour le compte d'une personne publique ou privée, lorsque cette

²²² J. WALINE, "Collaborateurs bénévoles et collaborateurs occasionnels du service public", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 46, 19 novembre 2012, 2370.

²²³ Celles-ci ont prévues par les articles 30 et suivants de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004, et codifiées à l'article L1424-8-1 et suivants. Ces dispositions ont été modifiées par l'article 7 de l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012. Si l'article L1424-8-1 prévoit désormais que les réserves communales de sécurité civile sont régies par le chapitre IV du titre II du livre VII du code de la sécurité intérieure, aucune disposition réglementaire n'a encore été prise.

²²⁴ Décret n° 2008-267 du 18 mars 2008.

activité revêt un caractère occasionnel. Les sommes versées en rétribution de l'activité occasionnelle sont donc assujetties au paiement de cotisations sociales dans les mêmes conditions que les revenus d'activité professionnelle ²²⁵.

La collaboration occasionnelle à l'exécution d'un service public qui est avant tout motivée par la volonté de servir l'intérêt général, peut n'être pas dénuée de tout intérêt d'ordre financier, lorsque le service est rendu de façon récurrente et donne lieu à rétribution, procurant ainsi un complément de revenu. A tout le moins, cette rétribution doit faire l'objet d'une décision administrative, permettant de définir les conditions de cette collaboration.

Tel n'est nullement le cas du prestataire professionnel qui, bien que susceptible d'être animé par le souci de servir l'intérêt général, intervient au profit de la collectivité publique en escomptant retirer une rémunération pour le travail qu'il a fourni et ne peut invoquer aucun acte attestant de la volonté de la personne publique de lui verser une contrepartie financière en échange du service rendu.

C. Caractère inopérant des dispositions relatives à la gestion d'affaires et à la répétition de l'indu

L'appauvri ne saurait davantage invoquer les dispositions du code civil, relatives à la gestion d'affaires (1) ou à la répétition de l'indu (2), pour réclamer le paiement des dépenses supportées au titre des prestations fournies à la collectivité publique.

1. La gestion d'affaires inapplicable

Au sens des articles 1372 à 1375 du code civil, la gestion d'affaires suppose que le demandeur se soit engagé « volontairement » à gérer « en bon père de famille » l'affaire d'autrui, comme s'il avait reçu un « mandat exprès du propriétaire » et ce, jusqu'à ce que ce dernier qui peut « ignorer » la gestion, « soit en état d'y pourvoir lui-même ». De même il est prévu que le

²²⁵ Code de sécurité sociale, article L311-3.

maître de l'affaire indemnise le gérant « de tous les engagements personnels qu'il a pris » et lui rembourse « toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

Ces dispositions apparaissent inapplicables à la situation du prestataire appauvi du fait de l'inexistence d'un contrat et ce, au moins pour trois raisons.

Tout d'abord, la condition tenant à la volonté de s'obliger du gérant, n'est pas remplie. Si le prestataire est intervenu sciemment, et non par erreur, avec l'intention de rendre un service à la personne publique, il n'a pu s'obliger à « continuer la gestion qu'il a commencée (...) jusqu'à ce que (la personne publique) soit en état d'y pourvoir (elle)-même » et ce, même dans l'hypothèse où il aurait réalisé des prestations afin de pallier la carence de la collectivité publique.

Ensuite le code civil prévoit qu'il importe peu que le propriétaire ait eu, ou non, connaissance de la gestion de l'affaire ²²⁶ ; toutefois l'opposition du maître de l'affaire à l'intervention du gérant permet d'écarter le remboursement des dépenses exposées ²²⁷. La personne publique aurait alors l'obligation de rembourser les dépenses nécessaires à la réalisation de prestations qui, bien que satisfaisant un besoin d'intérêt général, n'ont pas été voulues par l'autorité administrative.

Enfin, et surtout, lorsque le géré établit l'utilité des actes de gestion, le maître doit "remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris", et lui rembourser tous les frais utiles ou nécessaires à la gestion ²²⁸, y compris ceux qui ont été également engagés dans l'intérêt du gérant ²²⁹. Une telle solution aboutirait à faire peser sur les dépenses de la collectivité publique des obligations auxquelles elle n'a pas consenti et qui ne sont pas utiles au regard de l'intérêt général.

²²⁶ Code civil, article 1372.

²²⁷ Civ. 3^e, 12 avril 1972, Bull. civ. III, n°219.

²²⁸ Code civil, article 1375.

²²⁹ Com. 16 novembre 1976, Bull. civ. IV, n°291.

La doctrine civiliste ²³⁰ avait par le passé considéré que l'action de in rem verso constituait une forme « imparfaite » ou « anormale » de la gestion d'affaires, en ce qu'elle traite de l'intervention d'une personne dans les affaires d'un tiers, en l'absence de cause juridique, légale ou contractuelle, sans toutefois remplir toutes les conditions requises à l'existence d'une gestion d'affaires.

Le juge judiciaire entretenait d'ailleurs la confusion entre ces deux notions. La rédaction de certains considérants associe en effet les dispositions de l'article 1375 du code civil relatives à la gestion d'affaires, au principe selon lequel « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », pour condamner la commune à rembourser le profit retiré de l'utilisation d'appareils d'éclairage ²³¹.

Quelques décisions très anciennes du juge administratif avaient également invoqué l'article 1372 du code civil, pour accorder une indemnité au titre des dépenses qui ont été exposées dans l'intérêt de la commune et dont elle a tiré profit ²³².

En 1957, le conseil d'Etat devait toutefois juger inapplicables à l'exécution des services publics, les dispositions de l'article 1372 du code civil ²³³.

Comme le souligne Monsieur Gabriel BAYLES, l'idée même d'une gestion des affaires administratives à l'initiative d'une personne privée, en l'absence de tout titre juridique, ne saurait être admise en droit administratif ; tout au plus des circonstances exceptionnelles tenant notamment à l'urgence peuvent justifier d'indemniser la personne qui est intervenue sans autorisation pour le compte de la personne publique en réalisant des prestations utiles à l'intérêt général ²³⁴.

2. La répétition de l'indu inefficace

²³⁰ Ch. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. XXXI : Traité des engagements qui se forment sans convention, Lahure, Paris, 1882, n° 49, p. 46 ; F. LAURENT, Principes de droit civil, t. XX, 3^e éd., Bruylant – Marescq, Bruxelles – Paris, 1878, n°333, p. 361.

²³¹ Req., 15 juillet 1873, D. P. 1873, 1, 457.

²³² C.E., 7 mai 1909, Sapor, Rec. 460 ; C.E., 28 juillet 1911, Sieur de la Guerinière, Rec. 933.

²³³ CE, 12 avril 1957, Société du Sakaran, Rec. 263.

²³⁴ G. BAYLES, L'enrichissement sans cause en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 40, n°42 et 43.

Les dispositions de l'article 1376 du code civil prévoyant que " celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu" trouvent en revanche, à s'appliquer en droit administratif. Il en va ainsi lorsque l'administration a indûment versé une somme d'argent à ses agents ²³⁵. Le contribuable peut également réclamer le remboursement des sommes trop perçues par l'Etat ; il devra alors former sur le fondement de ce principe, l'une des actions prévues par le livre des procédures fiscales ²³⁶.

Le principe de la répétition de l'indu ne permet toutefois pas de régler la situation du prestataire appauvri. La personne publique n'a généralement pas bénéficié des prestations fournies par erreur. Dans la plupart des cas en effet, c'est l'administration qui a demandé leur réalisation. Si la collectivité publique a commis une illégalité en ne concluant pas un contrat régulier, elle a accepté de conserver les prestations délivrées.

De plus elle ne pouvait ignorer que ce service ne lui était pas rendu à titre gracieux et qu'elle devrait en payer le prix. En aucun cas on ne saurait imaginer que l'administration puisse sciemment bénéficier d'un avantage indu.

Si une erreur il y a, elle pourrait provenir de l'entreprise qui s'est trompée de destinataire et a livré des prestations à une collectivité publique qui ne les a nullement commandées. Dans ce cas, l'action en répétition de l'indu tendrait à justifier de l'obligation de la personne publique soit de les restituer, soit d'en payer le prix dans le cas où elle les aurait néanmoins utilisées pour les besoins de ses services.

Mais surtout ces dispositions ne déterminent nullement l'étendue de la répétition. Une telle obligation risquerait de faire peser sur les deniers publics, des dépenses qui n'auraient pas été décidées par l'autorité administrative et correspondraient à des prestations ne présentant pas d'utilité réelle pour la collectivité.

²³⁵ CAA Lyon, 4 décembre 2000, n° 98LY00517, M. Jean-Louis Y.

²³⁶ CAA Marseille, 4 septembre 2007, n° 05MA00697, M. Jean-Claude X.

Si les dispositions légales ne consacrent pas le principe, ni n'encadrent les modalités, d'une compensation financière accordée au titre des prestations fournies au profit de la personne publique en l'absence de contrat, elles ne l'interdisent pas non plus.

Section 2. Impossibilité d'invoquer la responsabilité de la personne publique sur le fondement contractuel

En l'absence de contrat valide, le prestataire ne saurait intenter une action sur le fondement contractuel pour réclamer le paiement des prestations réalisées au profit de la collectivité publique.

L'accord ayant été donné de façon "imparfaite" ²³⁷ par les parties, aucune obligation contractuelle n'a pu faire naître de droits et d'obligations entre la personne publique et son prestataire ²³⁸.

Si la conclusion d'un contrat oblige en principe les parties à respecter les engagements pris, et notamment à fournir les prestations prévues en échange d'une contrepartie financière déterminée, tel ne saurait être le cas lorsque les prestations ont été délivrées à la collectivité publique sans qu'aucun acte n'entérine les modalités de leur collaboration ou qu'une grave irrégularité entache de nullité le contrat passé.

Les circonstances dans lesquelles la collectivité a recouru au service du prestataire et accepté de bénéficier des prestations qui lui ont été fournies, ne garantissent alors nullement que l'autorité administrative ait consenti en toute connaissance de cause, à s'obliger à verser la contrepartie financière réclamée par le prestataire.

La personne publique ne saurait être tenue à ce qu'elle n'aurait pas librement décidé. Le caractère obligatoire du contrat résulte en effet de l'accord de volontés des parties de s'obliger réciproquement au titre des prestations prévues, mais dépend également du respect des règles qui ont été édictées afin de protéger les différents intérêts en présence (§ 1).

²³⁷ Selon la formulation retenue par M. Gabriel BAYLES, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 49, n°50.

²³⁸ CE, 28 juillet 2000, n° 202792, Jacquier.

Alors que la méconnaissance de ces règles laisse planer le doute sur la réalité d'un accord donné en toute connaissance de cause par les parties, le juge examine dans quelle mesure l'irrégularité commise a affecté le consentement de la personne publique, lésé les intérêts en présence et a eu des répercussions sur les conditions d'exécution des prestations confiées.

Lorsque l'accord intervenu entre les parties est considéré valide et ce, malgré les illégalités entachant sa passation ou son contenu, la personne publique est tenue d'honorer ses engagements contractuels, et notamment de régler les sommes prévues au contrat en échange du service qui lui été rendu conformément aux stipulations contractuelles. A défaut de contrat valide, aucune obligation fondée sur un accord de volontés ne saurait justifier le paiement du service rendu par le prestataire. Ce dernier ne pourra donc pas engager la responsabilité contractuelle de l'administration pour obtenir l'indemnisation des dépenses engagées lors de l'exécution des prestations dont a bénéficié la collectivité publique (§ 2).

La volonté de s'obliger de la personne publique envers son partenaire, lorsque ceux-ci ont conclu un contrat valide, justifie encore que certaines charges extracontractuelles qui ne pouvaient être prévues lors de la passation de leur accord, mais n'en sont pas moins indispensables à la bonne exécution du contrat, soient mises à la charge de la personne publique (§ 3).

§ 1. La validité de l'engagement contractuel

Les parties sont tenues de respecter les engagements pris dans le cadre de la relation contractuelle qui les lie, dans la mesure où elles ont manifesté leur volonté de s'obliger réciproquement (A), et que leur accord est intervenu conformément aux règles de droit édictées afin de protéger les divers intérêts en présence (B).

A. La volonté des parties

L'engagement pris par les contractants tire son caractère obligatoire du principe d'autonomie de la volonté qui suppose qu'une personne ne saurait s'obliger sans l'avoir voulu. Les courants

philosophiques les plus anciens avaient distingué le fondement volontaire, de certaines relations juridiques (1). La rencontre des volontés des parties justifie la valeur impérative reconnue aux engagements pris dans le cadre d'une relation contractuelle (2). Toutefois la volonté de l'administration de s'obliger envers son prestataire fait défaut, en l'absence d'un acte matérialisant l'accord donné (3).

1. L'origine philosophique, ou idéologique, de la force attachée à la rencontre des volontés des parties

Le principe d'autonomie de la volonté est ancien. Associant la justice « qui règle les conditions légales des relations civiles et des contrats » à la "vertu", Aristote distinguait les relations qui sont volontaires de celles qui ne le sont pas, ayant « lieu à notre insu », comme par exemple le vol. En revanche « la vente, l'achat, le prêt, la garantie, la location, le dépôt, le salaire » constituent des contrats volontaires dès lors que « le principe de toutes les relations de ce genre ne dépend que de notre volonté »²³⁹. Saint Thomas d'Aquin différenciait pour sa part, l'acte immoral ou animal des actes humains « en tant qu'ils sont volontaires » mais également libres, l'acte volontaire ne pouvant "naître (que) d'une inclination propre »²⁴⁰.

Le principe d'autonomie de la volonté procède encore des courants de pensée individualiste et libérale qui ont largement inspiré l'ordre juridique. La liberté individuelle constitue un droit fondamental et les accords librement consentis en vue d'échanges participent à la satisfaction non seulement des parties (celui qui s'estime léser refusant logiquement l'accord), mais également du plus grand nombre. Si l'homme agit en principe dans son intérêt personnel, « une main invisible »²⁴¹ organiserait les échanges et permettrait d'harmoniser les intérêts privés et collectifs. Ainsi la recherche de l'intérêt particulier concourt naturellement à l'intérêt général, « chacun va au bien public, croyant aller à ses intérêts particuliers »²⁴².

En vertu de ce principe fondateur du droit des contrats, les personnes privées et publiques disposent d'une liberté contractuelle qui leur permettent de contracter, ou de ne pas contracter,

²³⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, livre 5, *Théorie de la justice*, chapitre II, paragraphe 13.

²⁴⁰ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Ia IIae, Qu. 1, art.1 et Qu. 6, art.1.

²⁴¹ A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

²⁴² MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, livre III, chap. 7.

de choisir leur cocontractant mais également de déterminer, en accord avec l'autre partie, la nature et l'étendue des obligations auxquelles elles s'engagent, voire les conditions de forme de leur accord ²⁴³.

2. La reconnaissance de la valeur impérative des engagements contractuels

Les rédacteurs du code civil ont consacré tout à la fois, la force de l'accord de volontés des parties ainsi que le caractère impératif des obligations qu'elles ont consenties, en prévoyant que les conventions "tiennent lieu de loi à ceux qui lui ont faites » ²⁴⁴.

Empruntant à ces principes, le juge administratif considère que la volonté des parties est la source de l'obligation contractuelle. Il relève en effet l'existence d'un contrat « eu égard à la volonté exprimée par les (parties) (...) de se lier par des obligations réciproques » ²⁴⁵. Il ne manque d'ailleurs pas de se référer aux dispositions de l'article 1134 du Code civil pour juger que le contrat entaché d'un « défaut de volonté des deux parties sur certaines de ses clauses essentielles doit être tenu pour nul et que les parties ne sont pas fondées à invoquer la méconnaissance de ses stipulations » ²⁴⁶.

De surcroît, dans les cas où les stipulations du contrat manquent de clarté ou apparaissent lacunaires, le juge administratif examine la commune intention des parties afin de déterminer la portée des obligations prévues au contrat ²⁴⁷, ainsi que le prévoit également l'article 1156 du code civil ²⁴⁸.

Toutefois encore faut-il que la personne publique ait manifesté non pas sa seule intention mais une volonté réelle de s'engager envers le prestataire.

²⁴³ J. GHESTIN, Traité de droit civil. La formation du contrat, 3e éd., LGDJ, 1993, n°46.

²⁴⁴ Code civil, article 1134.

²⁴⁵ CE, 20 mars 1996, n°150038, Commune de Saint-Céré.

²⁴⁶ CE, 11 février 1972, n° 79402, Office Public d'Habitations à Loyer Modéré du Calvados.

²⁴⁷ CE, 3 décembre 2010, n°338272, Ville de Paris.

²⁴⁸ Code civil, art 1156 : "On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes".

3. Le défaut d'une manifestation de volonté de s'obliger au titre des conditions d'exécution des prestations fournies par le demandeur appauvri

La personne publique doit avoir manifesté sa volonté de s'obliger envers le prestataire pour que ce dernier puisse réclamer le respect des engagements pris par l'administration sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Toutefois le demandeur appauvri ne peut justifier de l'existence d'un acte signé par l'autorité administrative compétente, attestant de son accord de lui confier la réalisation de certaines prestations en échange d'une contrepartie financière déterminée.

Si la collectivité publique n'a pas matérialisé sa décision d'accepter les conditions d'exécution du service qui lui a été rendu, certains de ces comportements témoignent à tout le moins de son intention, voire de sa volonté de collaborer avec le prestataire.

Dans de nombreux cas en effet, ce sont les services de l'administration qui ont demandé la réalisation des prestations qui lui ont été délivrées²⁴⁹. La personne publique et l'entreprise ont également échangé à propos des prestations effectuées, soit oralement, soit par écrit. Le prestataire a adressé un devis précisant le prix auquel il acceptait de lui fournir les prestations²⁵⁰. Pour sa part la collectivité a accepté de bénéficier de ces prestations : elle a réceptionné les fournitures livrées²⁵¹ ou ne s'est pas opposée à la réalisation de travaux dans ses locaux²⁵². Pour autant aucun document ne comporte la trace d'un engagement pris par l'autorité administrative compétente de lui payer le prix demandé pour les prestations fournies.

Lorsque la personne publique a conclu un contrat avec son prestataire, celui-ci est encore susceptible de ne produire aucun effet entre les parties lorsqu'il a été passé en méconnaissance du droit de la commande publique. L'accord intervenu entre les parties ne peut alors produire les conséquences juridiques recherchées, telles qu'elles résultent des stipulations prévues au contrat. L'ancien cocontractant ne pourra invoquer les termes de leur accord, et notamment l'étendue des prestations qui devaient être délivrées par le prestataire, la contrepartie

²⁴⁹ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

²⁵⁰ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société Chevalier.

²⁵¹ CAA Bordeaux, 4 février 2016, n° 14BX01313, Commune de Goyave.

²⁵² CAA Lyon, 30 décembre 2003, n°98LY01142, M. Lucien X.

financière due par la collectivité publique en échange, ou encore la durée de leur engagement, pour faire valoir ses droits à indemnisation des dépenses qu'il a exposées au profit de la collectivité.

Si les personnes publiques disposent d'une liberté contractuelle, celle-ci ne saurait être en effet absolue. Des règles régissent la formation des accords passés, afin de protéger les intérêts des parties. Ces derniers peuvent en effet être divergents et la position des parties inégale, dans ce rapport de force.

B. Une liberté contractuelle encadrée, pour protéger les intérêts en présence

Chacun perçoit rapidement les limites du principe d'autonomie des volontés qui permet d'expliquer le caractère obligatoire des engagements pris par les parties. Les relations contractuelles n'échappent pas à la loi du plus fort. Les personnes seraient pourtant tenues de respecter leurs engagements du seul fait qu'elles l'auraient voulu et ce, alors que leur position peut être inégale et leurs intérêts divergents. C'est pourquoi le droit a pris le soin d'encadrer la liberté contractuelle en soumettant la formation de l'accord entre les parties à certaines conditions.

Le code civil n'a d'ailleurs nullement conféré un caractère absolu au principe de l'autonomie de la volonté. Aux termes des articles 1134 et 1108, les conventions doivent être "légalement formées" et leur validité est soumise à quatre conditions, le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. Les articles 1131 et 1133 du Code civil prévoient également que l'obligation dépourvue de cause ou reposant sur une cause illicite, pour être soit prohibée par la loi, soit contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, ne saurait avoir d'effet. Autant de conditions également prévues par le droit des contrats publics.

La doctrine s'est interrogée sur la soumission de la liberté contractuelle à des règles juridiques de plus en plus nombreuses, et a proposé différentes explications, qui tiennent principalement en droit administratif, à la finalité du procédé contractuel, servir l'intérêt général (1). Aussi la passation des contrats conclus par l'administration est-elle réglementée afin de garantir la bonne exécution de prestations qui sont nécessaires au fonctionnement des services publics

et la préservation des deniers publics (2). Le droit prévoit également les voies de recours contentieux qui permettront de contrôler le respect de ces règles (3).

1. Les explications doctrinales de la soumission de la liberté contractuelle au droit positif

Le contrat ne serait donc pas que l'affaire des parties. La doctrine a proposé différentes explications à l'intervention du droit, dans les relations qui ont été voulues et organisées par les parties.

Le Professeur RICHER le rappelle, Hans KELSEN avait distingué deux aspects de la convention, d'une part, l'accord de volonté lui-même, c'est-à-dire la procédure suivie, d'autre part la norme créée, et montré que cet accord qui s'inscrit dans la hiérarchie des normes, tire son caractère normatif d'une norme supérieure", la "force obligatoire du contrat (étant ainsi) déléguée par la loi »²⁵³.

D'autres conceptions ont été développées, en droit privé notamment, adoptant une approche plus vaste, et davantage sociale, des relations contractuelles. C'est pour protéger les sujets de droits, a fortiori lorsqu'ils entendent déterminer leur propre loi dans le cadre des relations qu'ils établissent, mais également afin de préserver l'ordre public, que le droit "encadre la procédure de création de droits entre les parties". De sorte que, comme le montre le Professeur GHESTIN, le contrat tire son caractère obligatoire de "sa conformité au droit positif "²⁵⁴.

L'essor tant quantitatif que qualitatif du procédé contractuel au XXe siècle a contraint la doctrine à envisager le contrat dans son contexte économique et social, qui dépasse les intérêts plus particuliers des parties. En droit privé tout d'abord, le recours au contrat s'est multiplié. De nombreux contrats spéciaux sont apparus, ainsi que des nouvelles obligations intégrées au

²⁵³ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 8e éd., LGDJ, p. 24.

²⁵⁴ J. GHESTIN, Le contrat en tant qu'échange économique. In: Revue d'économie industrielle. Vol. 92. 2e et 3eme trimestres 2000. pp. 81-100. : 10.3406/rei.2000.1039 http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_2000_num_92_1_1039.

contrat, telles que la sécurité des personnes dans le cadre par exemple des contrats de transport, ou l'information et le conseil dus au co-contractant ²⁵⁵.

Le Doyen Louis JOSSERAND écrivait en 1937 que « de plus en plus, les pouvoirs publics interviennent dans la naissance, dans la vie et dans la mort du contrat, tandis qu'à l'inverse le rôle joué par les volontés des parties devient de plus en plus secondaire et effacé". Selon lui, le contrat deviendrait ainsi "de moins en moins contractuel" et "le côté social tend à prédominer sur le tempérament individuel" ²⁵⁶. Certains auteurs ont invoqué une « crise du contrat » ²⁵⁷. D'autres, comme Monsieur François Terré, ont considéré que l'intervention de l'Etat qui « impose une autre rationalité, un intérêt général supérieur à l'intérêt économique » est nécessaire dès lors qu'elle permet de « soustrai(re) les parties à la loi du marché » et du plus fort ²⁵⁸.

Conciliant les différents principes qui gouvernent le droit des contrats, Monsieur Jacques GHESTIN a développé la thèse selon laquelle le caractère obligatoire du contrat se déduit non seulement de l'autonomie de la volonté, mais également de « son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle » ²⁵⁹. Ces derniers fondements permettent d'expliquer l'intervention législative ou jurisprudentielle dans le régime de formation du contrat. Celle-ci tend à garantir l'ordre public économique qui correspond à une fonction de l'Etat Providence et comporte deux aspects ²⁶⁰, « l'ordre public de direction » assurant l'utilité sociale du contrat ainsi que « l'ordre public de protection » qui préserve la justice contractuelle en protégeant les contractants les plus faibles.

²⁵⁵ J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin, La nouvelle crise du contrat : actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, ISBN 2247050700, Site Sciences Po Institutional Repository.

²⁵⁶ L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD. Civ. 1937, 1, p. 12.

²⁵⁷ H. BATTIFOL, La crise du contrat, Archives de philosophie du droit, tome XIII, 1968, p. 13.

²⁵⁸ F. TERRE, Droit civil. Les obligations, 7e éd., Dalloz, 1999, n°40.

²⁵⁹ J. GHESTIN, Traité de droit civil. La formation du contrat, 3e éd., LGDJ, 1993, p. 43 et s.

²⁶⁰ Selon la formulation de J. CARBONNIER : Droit civil 4. Les obligations, PUF, coll. Thémis, 2004, vol. II, § 986.

Cette thèse peut être transposée au contrat administratif, pourtant soumis à un régime spécifique, ainsi que l'a montré le Professeur Jean WALINE, les concepts d'utilité sociale et de justice contractuelle renvoyant à l'intérêt général ²⁶¹.

La nécessité de protéger les parties à un contrat public résulte en effet, non seulement de la nature des pouvoirs de puissance publique de l'un des cocontractants, mais aussi de la finalité de l'acte qui constitue "un instrument de gestion des services publics " ²⁶².

Les personnes publiques exercent des missions d'intérêt général dans le cadre des compétences qui leur ont été dévolues. Lorsqu'elles recourent au procédé contractuel pour assurer la gestion de services publics, elles n'en sont pas moins dotées de prérogatives qui leur permettent de déroger aux règles de droit commun et d'imposer certaines mesures. Nombre de marchés publics s'apparentent en effet à un contrat d'adhésion, le soumissionnaire acceptant l'ensemble des obligations déterminées par le pouvoir adjudicateur ²⁶³. La marge de liberté du candidat opérant dans la fixation de l'offre de prix qu'il ajuste en fonction des exigences prévues aux cahiers des charges. De même que la personne publique peut ordonner, sans recueillir l'assentiment de son cocontractant, certaines modifications aux prescriptions contractuelles afin notamment d'adapter le contrat aux nécessités du service public ²⁶⁴.

L'œuvre de Monsieur Gaston JEZE a permis de montrer la spécificité du régime des contrats administratifs par rapport au droit des obligations. Si l'administration dispose de prérogatives particulières lors de la formation et de l'exécution du contrat administratif, c'est que cet accord a pour but « de faciliter le fonctionnement du service public » ²⁶⁵. Monsieur Georges

²⁶¹ J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 965.

²⁶² F.-X. FORT, *Les aspects administratifs de la liberté contractuelle*, Mélanges en l'honneur du Professeur GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Coll. Mélanges, 2006, volume I, p. 27,

²⁶³ S. NICINSKI, *Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs*, Mélanges en l'honneur du Professeur GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Coll. Mélanges, 2006, Vol. I, p. 45 ; Y. GAUDEMET, *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'un entreprise nécessaire*, RDP 2010, p 313. : " le contrat n'est pas né contrat mais comme une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration et qui appelle le moment venu l'adhésion d'un entrepreneur, d'un fournisseur, d'un prestataire, lui-même conçu alors comme une sorte de collaborateur adhérent au marché de l'administration".

²⁶⁴ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen* : principe de mutabilité du service public.

²⁶⁵ G. JEZE, *Les contrats administratifs*, 1927, tome 1, p 14, s'agissant en particulier des concessions de service public.

PEQUIGNOT a prolongé cette étude et expliqué que le but de service public gouverne la sphère contractuelle en droit administratif, « le contrat tir(ant en effet) ses particularités de l'insertion dans son sein des règles propres au service public »²⁶⁶. La doctrine reconnaît ainsi de façon unanime que « le droit des contrats est finalisé par l'idée d'intérêt général »²⁶⁷, ou encore que « le service public et l'intérêt général constituent le fondement du contrat administratif ». Que l'une des parties au contrat soit une personne publique, voire une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique, que le contrat ait pour objet l'exécution d'un service public ou comporte des clauses exorbitantes de droit commun, la logique contractuelle a pour finalité de servir l'intérêt général en droit administratif²⁶⁸.

Or il est à craindre que les intérêts particuliers, que poursuivent les cocontractants privés, ne soient pas totalement compatibles avec la finalité des contrats passés par l'administration. Les entreprises recherchent généralement le profit dans l'exécution des marchés qu'elles remportent, certaines sont de surcroît en situation de monopole dans leur secteur d'activité. Elles bénéficient a priori d'une meilleure connaissance technique des procédés d'exécution, alors même que l'administration ne dispose pas toujours en interne des compétences suffisantes pour apprécier la valeur technique des offres présentées par les candidats, ou même contrôler l'exécution de certaines prestations.

Qui plus est, comme le souligne Monsieur Georges RIPERT, l'une des parties peut être dans « le besoin » de conclure²⁶⁹. Cette situation est susceptible de fragiliser sa position et de remettre en cause sa liberté, dans le choix du cocontractant ou dans l'étendue des obligations consenties. Soit que l'administration doive répondre à un besoin d'intérêt général urgent la contraignant par exemple à accepter des conditions plus onéreuses. Soit que la situation financière d'une entreprise l'oblige à proposer les prix les plus bas possibles pour obtenir un marché lui procurant de l'activité, mais qui seront également susceptibles de compromettre la bonne exécution des prestations.

²⁶⁶ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p. 306.

²⁶⁷ D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, LGDJ, 1977, p. 171.

²⁶⁸ F.-X. FORT, *Les aspects administratifs de la liberté contractuelle*, Mélanges Michel GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Coll. Mélanges, 2006, Vol. I, p. 27.

²⁶⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 38.

C'est pourquoi la formation des contrats administratifs est soumise à des règles particulières, permettant de s'assurer des conditions dans lesquelles la personne publique a accepté de s'engager. Elles devraient à la fois favoriser la bonne exécution des prestations nécessaires à l'accomplissement des services publics et permettre de préserver les deniers publics.

2. Finalité des règles encadrant la passation des contrats administratifs

La réglementation en matière de commande publique est destinée à s'assurer que l'administration sera en mesure de choisir, en toute connaissance de cause, le prestataire qui propose les meilleures conditions, techniques et financières, pour exécuter les prestations nécessaires au fonctionnement des services publics. Aussi le droit des contrats prévoit les différentes compétences qui au sein de la collectivité publique, participent à l'élaboration d'un accord passé avec le futur cocontractant (a), définit les modalités de la procédure de choix du prestataire (b) et précise les limites des engagements qui peuvent être pris par la personne publique (c).

a. Les diverses compétences participant à la décision de contracter

Les exigences prévues en matière de compétence, sont inhérentes à l'édiction des actes par l'autorité administrative. Elles procèdent également de la volonté d'associer différents organes à la décision publique. Ce faisant, elles préviennent les risques de corruption et favorisent le concours des différentes compétences, techniques, financières et juridiques au sein de l'administration. S'agissant des collectivités territoriales, la compétence pour conclure un marché est partagée entre l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale et son organe exécutif. Une commission d'appel d'offres composée d'élus, voire de personnalités ou d'agents "compétents dans la matière qui fait l'objet du marché", mais également du comptable public et d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ²⁷⁰ évalue aussi les propositions des candidats. Qui plus est, les décisions prises sont soumises à un contrôle de légalité opéré par les services de la préfecture.

²⁷⁰ Code des marchés publics, article 22 et 23.

b. Les procédures favorisant le choix de la meilleure offre de prestation

Sous l'influence du droit communautaire, les règles édictées en matière de passation des contrats publics sont devenues plus contraignantes. Des procédures précises encadrent le choix du cocontractant. Celles-ci sont adaptées en fonction de l'objet du contrat, mais également du montant du marché. Au-delà d'un certain seuil ²⁷¹, le choix du prestataire est soumis à une obligation de concurrence des opérateurs économiques. Celle-ci encourage la baisse des prix proposés par les prestataires. Elle procure également au pouvoir adjudicateur une connaissance des différentes pratiques des entreprises dans le domaine concerné par l'objet du marché.

La consultation des opérateurs économiques implique de procéder à la publicité adéquate ²⁷² d'un avis d'appel d'offres, destinée à recueillir le plus grand nombre possible de candidatures.

Préalablement, la collectivité devra s'être interrogée sur ses besoins afin d'établir les documents de la consultation. Ces derniers précisent en effet la nature des prestations demandées, les prescriptions techniques et de délai, les caractéristiques du marché (forme et révision des prix, pénalités, ...) et renseignent les critères de sélection des offres. Les informations portées à la connaissance des entreprises permettent aux candidats de proposer une offre appropriée aux besoins de la personne publique mais également d'ajuster leur prix.

De sorte que lorsque l'administration se contente d'adresser un simple bon de commande, l'entreprise n'est nullement en mesure d'apprécier l'étendue des travaux à accomplir alors même qu'elle est censée prévoir les modalités de leur réalisation et anticiper les aléas normaux susceptibles de survenir lors de leur exécution pour fixer leur prix.

Les règles de sélection des candidatures sont prévues de façon à ce que l'administration choisisse de façon objective l'offre économiquement la plus avantageuse. Les soumissionnaires devront tout d'abord justifier de capacités techniques et financières

²⁷¹ Le seuil prévu à l'article 28 du code des marchés CMP a été fixé à 4 000, 15 000 ou 20 000 euros selon les décrets pris en fonction des engagements souscrits par l'Union européenne en vertu de l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce. Il est fixé à 25 000 euros depuis le 1er octobre 2015.

²⁷² Code des marchés publics, article 40.

suffisantes pour garantir la bonne exécution du contrat ; dans le cas contraire, leur candidature sera écartée ²⁷³. De même les offres qui apparaissent inappropriées ou irrégulières au regard des exigences fixées aux cahiers des charges seront éliminées ²⁷⁴. Le pouvoir adjudicateur peut aussi rejeter les offres anormalement basses ; il est à craindre en effet que l'entreprise ne puisse alors fournir une prestation de qualité ou réclame des sommes supplémentaires en cours d'exécution. Seules restent en lice les offres conformes aux besoins du pouvoir adjudicateur. Celles-ci sont appréciées au regard des critères qui ont été préalablement définis dans la consultation. Ce principe favorise une évaluation objective des offres et limite la tentation de privilégier l'un des candidats. Des notes sont attribuées aux candidats pour chacun des critères pondérés annoncés, et notamment le prix, voire la valeur technique de leur offre. Ce système de notation permet d'établir un classement des offres, afin de déterminer le candidat le mieux-offrant.

Les termes de l'accord intervenu entre les parties sont ainsi consignés dans les documents écrits de la consultation ²⁷⁵, qui permettront de déterminer, notamment en cas de litige, quelles sont les obligations respectives des contractants concernant, à tout le moins, la nature des prestations à réaliser, la durée de l'engagement ainsi que la contrepartie financière prévue en échange ²⁷⁶.

c. Les limites posées aux engagements pris par la personne publique

Le droit pose également certaines limites, concernant le contenu du contrat lui-même. Les engagements prévus aux stipulations contractuelles sont en effet susceptibles d'entraîner des dépenses qui ne satisfont nullement l'intérêt général.

La personne publique ne saurait conclure un contrat dépourvu de cause ²⁷⁷, ce que révèle l'absence de réciprocité et d'équivalence des obligations consenties par chacune des parties. La prestation du cocontractant ne peut ainsi faire double emploi avec celle fournie au titre

²⁷³ Code des marchés publics, article 52.

²⁷⁴ Code des marchés publics, article 53.

²⁷⁵ Code des marchés publics, Article 11.

²⁷⁶ Code des marchés publics, article 12.

²⁷⁷ C.E., 29 janvier 1947, Michaux, RDP 1948, 78.

d'un précédent contrat ²⁷⁸. Elle apparaîtrait ainsi dépourvue toute utilité pour la personne publique, et la contrepartie financière promise en échange, totalement injustifiée.

De même les dépenses et les services qui sont étrangers au service public dont la gestion est confiée au prestataire extérieur, ou qui ne répondent pas à titre principal aux besoins de la collectivité publique, peuvent peser sur les charges d'exploitation du service délégué et entraîner une hausse des tarifs imposés aux usagers ²⁷⁹.

Il est également à craindre que l'accord intervenu entre les parties ne permette pas de garantir la bonne exécution des prestations confiées. Tel est le cas lorsque le marché ayant pour objet de rechercher les économies susceptibles d'être réalisées sur les charges sociales et fiscales supportées par un établissement public a été conclu avec une société qui ne dispose d'aucun agrément pour exercer une telle activité ²⁸⁰. C'est également l'une des raisons pour lesquelles les dispositions de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique prévoient que la conception et la réalisation d'un ouvrage ne peuvent être confiées à une seule et même entreprise, sauf à ce que "des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage " ²⁸¹.

Ces seules règles ne sauraient toutefois suffire à protéger les intérêts en présence si le droit ne prévoyait pas les moyens de contrôler leur respect.

3. Le contrôle du respect des principes gouvernant la conclusion du contrat

Le système juridique organise également les moyens de vérifier la conformité des accords passés aux règles qui ont été édictées en vue de préserver les intérêts publics. Le préfet

²⁷⁸ CE, 12 novembre 1948, n° 74149, Compagnie des Messageries maritimes, Rec. CE p. 428 : le contrat avait pour objet d'assurer des navires de guerre contre des risques déjà couverts par un précédent contrat ; CE, 26 septembre 2007, n° 259809, Office Public Départemental des HLM du Gard. : concernant un marché négocié passé en vue de la réalisation de travaux de voirie et de réseaux nécessaires à la réalisation de villas alors que « de tels travaux étaient déjà prévus » au contrat de vente d'un terrain entièrement viabilisé passé par l'office public d'HLM et la société titulaire du marché de travaux.

²⁷⁹ CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, MM. Jean-Paul et Bruno A et M. François B ; CE, 19 décembre 2007, n°260327, Société SOGEPARC ; CAA Paris, 10 juillet 2003, n° 01PA02303, Société SOGERES c. Commune de Yerres.

²⁸⁰ CAA Lyon, 22 mars 2012, n°11LY01452, Société CTR.

²⁸¹ CAA Lyon, 29 mai 2008, n°06LY01546, Ville de Lyon.

effectue ainsi un contrôle de légalité des contrats passés par les collectivités territoriales. Différentes actions ont été prévues de longue date, afin que la juge sanctionne la violation des règles de passation du contrat. Toutefois seules les parties pouvaient contester le contrat, les tiers n'ayant que la possibilité de critiquer la légalité d'un acte détachable du contrat ²⁸², plus tardivement celle de ses clauses réglementaires ²⁸³. Le recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable apparaissait inefficace à sanctionner le contrat lui-même, sauf à ce que l'un des cocontractants ne saisisse le juge du contrat afin qu'il tire toutes les conséquences de l'annulation de l'acte détachable. Comme le soulignait le Professeur Laurent RICHER, de plus en plus de contrats illégaux s'appliquaient, fragilisant la stabilité des relations contractuelles ²⁸⁴. Sous l'influence notamment du droit communautaire, le contentieux administratif s'est enrichi ces dernières années, de nouveaux recours permettant également aux tiers de contester la validité du contrat.

De façon préventive, le référé précontractuel formé par les " personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui ont été lésées par le manquement commis au respect des règles de publicité et de mise en concurrence" ²⁸⁵ permet de suspendre la conclusion du contrat jusqu'à ce que le juge statue dans le délai de 20 jours ²⁸⁶ sur la régularité de la procédure.

Si le recours pour excès de pouvoir est irrecevable contre le contrat, la théorie de l'acte détachable du contrat a permis au cocontractant puis aux tiers intéressés (candidat évincé, usagers d'un service public délégué, ...) de contester la légalité des actes de formation du contrat ²⁸⁷. En outre la saisine du juge du contrat par la personne publique cocontractante, a été rendue obligatoire afin qu'il puisse tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable ²⁸⁸. Depuis 1996, le juge de l'excès de pouvoir admet également d'examiner l'illégalité des clauses réglementaires du contrat ²⁸⁹.

²⁸² CE, 4 août 1905, Martin.

²⁸³ CE, 10 juillet 1996, Cayzeele

²⁸⁴ L. RICHER, "Vie et survie des contrats administratifs illégaux", Mélanges J. MORAND-DEVILLER, Montchrestien, 2007, p. 509.

²⁸⁵ Conseil d'Etat, 3 octobre 2008, n° 305420, SMIRGEOMES.

²⁸⁶ Code de justice administrative, article R. 551-5.

²⁸⁷ CE, 4 août 1905, Martin, GAJA, 15e éd., n°16, p. 91 : concernant la délibération du Conseil Général relative à un contrat de concession.

²⁸⁸ CE, 7 octobre 1994, M. et Mme Lopez.

²⁸⁹ CE, 10 juillet 2006, n°138536, Cayzeele.

Aux actions ouvertes aux cocontractants devant le juge du contrat, soit en nullité dirigée contre le contrat ou l'une de ces stipulations, soit à l'occasion d'un litige né de l'exécution du contrat, s'ajoute la faculté pour le représentant de l'État de déférer au tribunal administratif les contrats des collectivités territoriales.

Par sa décision du 16 juillet 2007 "Tropic", le conseil d'Etat avait admis que les concurrents évincés puissent saisir le juge du contrat d'un recours de pleine juridiction pour contester la validité du contrat conclu ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles ²⁹⁰. De même l'ordonnance du 7 mai 2009 prévoit que les personnes ayant intérêt à conclure le contrat et susceptibles d'être lésées par un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, peuvent former un référé contractuel contre le contrat déjà conclu, qui n'a pas fait l'objet d'aucun référé précontractuel ²⁹¹.

Plus récemment, le conseil d'Etat a ouvert une nouvelle voie de recours à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts "de façon suffisamment directe et certaine" par la passation d'un contrat ou ses clauses. Le recours "Département du Tarn-et-Garonne" lui permet de contester la validité de l'accord passé devant le juge du contrat "ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles" ²⁹².

En outre, et parce que des intérêts supérieurs sont en jeu, la nullité du contrat administratif présente un caractère d'ordre public et pourra être soulevée d'office par le juge alors même que ce moyen n'aurait pas été soulevé par les parties ²⁹³.

Si les manquements aux règles de passation des contrats administratifs constituent une entorse au principe de légalité, ils sèment également le doute sur le fait que les parties aient été mesurées de donner leur accord de façon éclairée. Aussi appartient-il au juge d'apprécier dans quelle mesure les irrégularités commises lors de la formation du contrat, ont affecté la validité de l'accord passé, la personne publique ne pouvant être obligée à ce qu'elle n'aurait ni librement, ni réellement consenti.

²⁹⁰ CE, 16 juillet 2007, n°291545, Société Tropic Travaux Signalisation.

²⁹¹ Code de justice administrative, article L. 553-13 à 23.

²⁹² CE, 4 avril 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne.

²⁹³ CE, 1er oct. 1993, n° 54660, Société Le yacht-club international Bormes-les-Mimosas.

§ 2. Les conséquences données aux irrégularités entachant l'accord des parties

Par le passé, la demande irrégulière de prestations adressée par l'administration ou les illégalités commises lors de la passation du contrat emportaient des conséquences systématiques sur la validité de l'accord intervenu entre la personne publique et son prestataire. Ce dernier se trouvait alors dans l'impossibilité de rechercher la responsabilité de la personne publique sur le fondement contractuel, pour obtenir le paiement des prestations fournies.

L'évolution récente du contentieux contractuel a montré que l'office du juge ne se cantonne pas seulement à un devoir de contrôle de la légalité du contrat. Toute illégalité n'implique pas par elle-même l'annulation du contrat. La haute juridiction a rappelé le principe de loyauté qui gouverne les relations contractuelles ainsi que l'objectif de stabilité de la relation qui lie les parties, qui justifient que le contrat doive être en principe appliqué.

Le juge apprécie désormais la validité de l'accord passé au regard de la nature et de la gravité de l'irrégularité ainsi que des circonstances de l'espèce et dispose d'une palette de mesures prévues par le législateur ou la haute juridiction, pour remédier à la situation lésée (A).

Ce n'est que lorsque la personne publique n'a pu s'engager de façon éclairée au titre des prestations réalisées ou que l'illégalité entachant leur accord emporte des conséquences sur les conditions d'exécution du marché passé, que le juge administratif l'écarte et refuse de régler le litige sur le fondement de la responsabilité contractuelle (B).

A. Une modulation de la sanction

Appliquant au contentieux contractuel les outils qu'il utilise déjà dans d'autres domaines ²⁹⁴, le juge administratif module sa sanction en fonction de la nature et de la gravité de l'irrégularité, des circonstances dans lesquelles elle a été commise, des conséquences qu'elle

²⁹⁴ D. TRUCHET, "La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où", Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, p 715.

emporte, des intérêts lésés mais également de l'atteinte que l'annulation du contrat porterait à l'intérêt général.

Cette nouvelle approche de l'office du juge du contrat se comprend d'autant, que dans les années 1990 le renforcement des règles imposées aux acheteurs publics sous l'influence du droit communautaire, ont accru les risques d'irrégularités commises lors de la passation du contrat et par conséquent fragilisé la sécurité des relations contractuelles, qui sont pourtant nécessaires à l'accomplissement des services publics. De même l'ouverture aux tiers de nouveaux recours contre le contrat a encore participé à cette insécurité.

C'est ainsi qu'à la suite de l'annulation d'un acte détachable du contrat par le juge de l'excès de pouvoir, il appartient au juge de plein contentieux "de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général " ²⁹⁵.

Saisi d'un recours "Tropic", le juge devait également "appréci(er) les conséquences" du vice entachant la validité du contrat, au regard notamment de la nature de l'illégalité commise. Le conseil d'Etat avait aussi précisé les différentes mesures qu'il était possible d'ordonner en conséquence de l'irrégularité constatée. Le juge pouvait, soit prononcer la résiliation du contrat ou modifier certaines de ses clauses, soit décider de la poursuite de son exécution, éventuellement en ordonnant des mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit accorder des indemnisations en réparation des droits lésés. Il avait encore la possibilité d'annuler, "totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé" le contrat "après avoir vérifié si (son) annulation ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants" ²⁹⁶.

Dans le cadre du référé contractuel, le législateur a également prévu que le juge puisse prononcer la nullité du contrat, le résilier ou réduire sa durée, voire imposer une pénalité financière. Il a en revanche l'obligation de l'annuler lorsque le requérant a été privé de son droit d'exercer un référé précontractuel et que la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ont affecté ses chances d'obtenir le marché, sous réserve néanmoins, de

²⁹⁵ CE, 10 décembre 2003, n° 248950, Institut de recherche pour le développement.

²⁹⁶ CE, 16 juillet 2007, n°291545, Société Tropic Travaux Signalisation.

ce que le prononcé de la nullité du contrat ne se heurte pas à une raison impérieuse d'intérêt général financière ²⁹⁷.

La continuité des services publics, les conséquences disproportionnées de l'anéantissement du contrat sur les différents intérêts économiques non directement liés au contrat, ainsi que la sécurité de l'Etat concernant les contrats de défense, constituent autant d'éléments susceptibles de peser dans la décision du juge ²⁹⁸.

L'évolution récente du contentieux contractuel a confirmé l'obligation pour le juge d'adapter sa sanction en fonction de la nature et de la gravité de l'irrégularité commise. Si la jurisprudence "Ville de Béziers" a rappelé que le contrat doit être en principe appliqué, il appartient néanmoins au juge de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est "possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties". Dans le cas contraire, il peut prononcer la résiliation du contrat, "le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général". Lorsqu'il constate le "caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement", l'annulation pourra néanmoins être décidée ²⁹⁹.

De même la décision "Département du Tarn-et-Garonne" confirme qu'il revient au juge "après avoir pris en considération la nature" des vices entachant le contrat, soit de décider que "la poursuite de l'exécution du contrat est possible", soit "d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe". Lorsque "les irrégularités qui ne peuvent être couvertes par des mesures de régularisation (...) ne permettent pas" de poursuivre l'exécution du contrat, le juge peut prononcer sa résiliation, "le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général". Le contrat ne pourra être annulé, soit partiellement, soit totalement que s'il "a un contenu illicite" ou "se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité" ³⁰⁰.

²⁹⁷ Code de Justice administrative, art. L. 551-18, 19 et 20.

²⁹⁸ Code de Justice administrative, art. L. 551-19.

²⁹⁹ CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Ville de Béziers.

³⁰⁰ CE, 4 avril 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne.

Le Professeur Laurent RICHER déduit des différentes conséquences que le juge tire de l'irrégularité constatée, que "la nullité n'est pas un état qui se constate (mais) (...) le résultat d'une sanction prononcée par le juge, l'annulation " ³⁰¹.

Certaines illégalités, régularisables, n'empêcheront donc pas les parties de poursuivre l'exécution du contrat. Il en va différemment lorsque le juge prononce sa résiliation ; dans cette hypothèse les parties pourront néanmoins solder leurs comptes au regard des stipulations contractuelles et rechercher la responsabilité de leur ancien cocontractant sur le fondement contractuel. Le juge prend en compte l'intérêt général pour décider de mettre fin à l'exécution du contrat, et notamment la nécessité de garantir la continuité des services rendus à la population et de préserver les deniers publics.

B. La volonté de "sauver" l'accord intervenu entre les parties

L'arrêt "Ville de Béziers" rendu par le conseil d'Etat le 29 décembre 2009 ³⁰² a reçu un large écho dans le contentieux contractuel. Comme le souligne le Professeur Didier TRUCHET, l'appréciation du juge n'est plus "dictée mécaniquement par les règles" et il lui "faut sauver les contrats qui le méritent, au nom de l'intérêt général et de la loyauté des relations contractuelles" ³⁰³.

La décision précise tout d'abord qu'il "doit être en principe fait application du contrat" eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles et à l'objectif de stabilité de la relation qui lie les parties.

Le juge du contrat doit également prendre en compte la nature de l'irrégularité commise. Il distingue celles qui sont intrinsèques au contrat, tenant à un défaut de cause du contrat ou à la présence d'une clause prohibée, de celles qui concernent les conditions dans lesquelles les

³⁰¹ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, Droit des contrats administratifs, 8e éd., L.G.D.J., 2012, p.203 n°321.

³⁰² CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

³⁰³ D. TRUCHET, "La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où", Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, p. 715.

parties ont donné leur consentement. Ces dernières se rapportent notamment à l'incompétence du signataire du contrat, à la procédure de passation du contrat ou à un vice de forme.

Il apprécie encore la gravité de l'irrégularité entachant le contrat au regard des « circonstances dans lesquelles elle a été commise »³⁰⁴, et notamment de l'intention de la partie qui conteste la validité du contrat³⁰⁵, du comportement des contractants et de l'imputabilité de l'illégalité.

Le juge devra enfin prononcer sa sanction, "après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général".

Les manquements aux règles de passation du contrat font l'objet d'une appréciation concrète des conséquences qu'ils emportent. Le juge ne peut se borner à relever que le recours irrégulier à une procédure négociée se rattache à la procédure de choix du cocontractant et ne concerne ni le contenu du contrat ni les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement pour prononcer l'annulation du contrat, sans rechercher si la gravité de cette irrégularité et les circonstances dans lesquelles elle a été commise imposent ou non d'écarter le contrat³⁰⁶. C'est pourquoi dans le cadre d'une procédure négociée, pourtant dispensée d'une publicité préalable et motivée par l'urgence des besoins à satisfaire, la cour a pris le soin de préciser que le vice tenant à l'absence de concurrence ne concerne ni le contenu du contrat, ni les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement et n'empêche nullement de régler un différend financier relatif à l'exécution du contrat, sur le terrain contractuel³⁰⁷.

Dans le cadre d'une contestation élevée cette fois par un tiers, le conseil d'Etat a réaffirmé qu'il appartient au juge d'apprécier l'importance et les conséquences des vices entachant la validité du contrat. Ceux-ci tiennent "au contenu illicite du contrat" ou à "tout autre vice d'une particulière gravité"³⁰⁸.

Cette approche permet que bon nombre d'accords irrégulièrement passés ne soient exclus de la sphère contractuelle. Un accord irrégulièrement passé peut donc parfaitement avoir un

³⁰⁴ CE, 12 janvier 2011, n°338551, Manoukian.

³⁰⁵ CAA Bordeaux, 31 mars 2011, n°08BX01785, Groupe Vinet.

³⁰⁶ CE, 20 avril 2011, n° 344714, Commune de Baie-Mahault.

³⁰⁷ CAA Bordeaux, 24 mars 2011, n° 10BX00575, Société Expertises MELLONI et Associés.

³⁰⁸ CE, 4 avril 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne.

caractère obligatoire et produire des effets. Le principe de loyauté des relations contractuelles renvoie aux notions de sécurité juridique ainsi que de prévisibilité, et renforce de surcroît celui d'autonomie de la volonté.

Les parties ne peuvent donc invoquer une irrégularité commise lors de la passation du contrat dans le cadre d'un litige lié à son exécution, dans le seul but d'échapper aux obligations qui en découlent, et ce d'autant lorsqu'elles en sont l'auteur.

Il a été jugé que le différend financier relatif à un marché ayant pour objet d'évaluer les dommages subis à la suite du passage d'un cyclone devait être tranché sur le terrain contractuel, nonobstant le vice tenant à une absence de mise en concurrence du marché qui était imputable à la commune et dont celle-ci ne s'était prévalu que pour refuser de payer les honoraires réclamés par la société ³⁰⁹. La gravité des manquements aux règles de passation ainsi que les circonstances dans lesquelles ils ont été commis pourront en revanche justifier d'écarter le contrat ³¹⁰.

Le contenu illicite du contrat tenant à l'illégalité de la clause de tacite reconduction entachant une convention de concession n'a pas davantage empêché le juge de régler le litige sur le terrain contractuel. Si les stipulations de la convention prévoyait une durée de 30 ans ainsi que la faculté de la ville de Nice de consentir, pour une durée de 15 années, de nouvelles concessions, l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce que la ville puisse utilement s'en prévaloir alors qu'elle ne s'est jamais opposée pendant trente années à l'exécution de ce contrat ³¹¹.

Tel est également le cas lorsque la société titulaire d'un marché de prospection publicitaire pour un magazine économique, soulève l'irrégularité tenant à la procédure adaptée suivie pour contester la validité du contrat, et alors même que la chambre de commerce et d'industrie avait résilié le marché aux torts exclusifs de la société. Le juge a relevé qu'en regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce vice "n'est pas au nombre de ceux que peut invoquer la société devant le juge administratif pour que ce dernier écarte le contrat " ³¹².

³⁰⁹ CAA Bordeaux, 16 décembre 2010, n°09BX02266, Société Expertises Melloni et associés

³¹⁰ CE, 12 janvier 2011, n° 338551, M. Edouard A.

³¹¹ CAA Marseille, 8 juillet 2010, n° 08MA00431, Ville de Nice.

³¹² CAA Lyon, 3 novembre 2011, n°10LY01120, Société A.E.C.P.

La validité du contrat dépend notamment de la réalité de l'accord donné par la personne publique. Le juge apprécie en effet la gravité du vice relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement et examine au regard des circonstances de l'espèce, si l'administration a été en mesure de s'engager en toute connaissance de cause.

Aussi surprenant cela puisse-t-il paraître au regard des solutions traditionnellement retenues, le juge a admis que la responsabilité de la collectivité territoriale peut être engagée sur le fondement contractuel en l'absence d'un acte d'engagement signé par le maire. Le devis à prix unitaire d'un montant de 14 378,44 euros H.T. adressé par l'entreprise à la suite de la consultation organisée sous le régime de la procédure adaptée ainsi que le bon de commande signé par le directeur adjoint des services techniques ont en effet suffi à déterminer les parties, la nature des prestations et leur prix. Si l'article 11 du code des marchés publics prévoyait la signature d'un acte d'engagement pour les achats d'un montant supérieur à 4000 euros, le juge a considéré qu' "il ressort(ait) de l'instruction que l'exécution des travaux a(vait) été suivie par le maire de Saint-Genis-Pouilly de telle sorte que celui-ci a(vait) nécessairement consenti à l'engagement matérialisé par le bon de commande " ³¹³.

En revanche il a été jugé que la personne publique n'avait pu s'engager "en connaissance de cause" lorsqu'elle avait conclu un contrat "sans avoir préalablement défini son besoin, sans mise en concurrence" et "ignorait tant la consistance exacte de la prestation qui lui était proposée que son coût " ³¹⁴. Aucune obligation de nature contractuelle, ne saurait alors être invoquée par la société pour obtenir le paiement des prestations réalisées, en raison de la gravité de l'irrégularité commise lors de la passation du contrat et ce, malgré le fait que la personne publique en soit l'auteur.

S'agissant des irrégularités tenant à l'incompétence du signataire qui n'avait pas qualité à engager la collectivité publique, le juge prend en compte la forme particulière qu'elle revêt, et dont dépend la gravité de l'illégalité commise. Ainsi en l'absence de toute délibération expresse de l'organe délibérant de la communauté de communes, son président ne pouvait souscrire un marché en qualité d'organe exécutif. Cette incompétence constitue en effet un

³¹³ CAA LYON, 24 mai 2012, n° 11LY00517, M. Roger A.

³¹⁴ CAA Nancy, 4 juin 2012, n°10NC02028, Société Collectivités Territoriales Ressources.

vice substantiel de nature à entacher de nullité le marché. Elle n'apparaît nullement comme un simple vice de procédure, ou de forme affectant la décision du conseil municipal ³¹⁵, comme c'est le cas lorsque la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat a été transmise au contrôle de légalité après la conclusion du marché. Une toute autre solution devrait être en revanche retenue lorsque cette transmission tardive aux services de la préfecture révèle une manœuvre de la collectivité publique destinée à échapper à un contrôle de légalité ³¹⁶.

Le fait encore, que la convocation à la réunion du conseil municipal soit accompagnée d'une note de synthèse très succincte, se bornant par exemple à indiquer l'enveloppe globale des travaux de reconstruction sans préciser le montant de chaque lot, leur durée et l'identité des cocontractants ne suffira pas à remettre en cause la compétence du maire signataire du contrat. Le juge a en effet considéré que les membres du conseil qui avaient "déjà délibéré sept fois sur l'opération concernée ne pouvaient ignorer la portée réelle de l'engagement de la commune " ³¹⁷.

Le juge examine également dans quelle mesure l'irrégularité commise, qu'elle concerne le contenu du contrat ou les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement, a eu une incidence sur les conditions d'exécution du contrat, tant matérielles que financières.

Ainsi la recherche des économies susceptibles d'être réalisées sur les charges sociales et fiscales supportées par un établissement public ne saurait être confiée à une société qui ne disposait pas d'un agrément suffisant pour exercer une telle activité. Il a été jugé que le contrat conclu entre les parties, qui était contraire aux dispositions légales déterminant les compétences nécessaires à l'exercice d'une activité juridique, reposait sur une "cause illicite" et devait être écarté ³¹⁸.

³¹⁵ CAA Bordeaux, 26 octobre 2010, n° 09BX00397, Société GROUPAMA.

³¹⁶ CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers.

³¹⁷ CAA Nancy, 9 mai 2011, n° 10NC01276, Société Etablissements J. RICHARD-DUCROS.

³¹⁸ CAA Lyon, 22 mars 2012, n°11LY01452, Société CTR.

Le juge refuse "par exception" de régler le litige sur le terrain contractuel lorsque les stipulations du traité prévoient de confier au concessionnaire des prérogatives de police de stationnement sur la voie publique ³¹⁹.

De même le contrat est annulé lorsque ses clauses permettaient d'accorder une indemnité de résiliation "manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de la résiliation" ³²⁰.

Autre illustration. A l'irrégularité entachant les différents bons de commande signés par le maire en l'absence de toute habilitation donnée par le conseil municipal, s'est ajouté le fait que les quantités de fournitures commandées excédaient "manifestement" les besoins annuels de la population et que les dépenses qu'elles impliquaient contribuaient à aggraver la situation financière de la collectivité ³²¹.

Ou encore, les illégalités tenant au fait que le maire ait apposé sa signature sur onze bons de commande "sans aucun aval du conseil municipal" et à une absence de toute mise en concurrence préalable ont été également appréciées au regard de leurs incidences financières et des circonstances particulières de l'espèce. Les livraisons avaient fait l'objet d'une surfacturation : les prix appliqués étaient en effet manifestement excessifs par rapport à ceux du marché habituellement pratiqués. Aussi les circonstances dans lesquelles le maire avait opéré "faisaient obstacle à ce que l'assemblée délibérante se prononce en toute connaissance de cause sur ces livraisons à un coût déraisonnable pour n'importe quel consommateur averti ³²². Dès lors la cour ne pouvait que prononcer la nullité de ces contrats.

Le juge examine ainsi le poids respectif des intérêts qui ont été lésés, ou qui sont susceptibles de l'être, pour se prononcer sur la validité du contrat. Le principe de loyauté dans les relations contractuelles, l'objectif de sécurité de la relation qui lie les parties, ainsi que la nécessité de garantir la continuité du service public pèseront dans l'appréciation portée par le juge. L'intérêt général suppose également de considérer les conséquences financières de l'accord

³¹⁹ CAA Paris, 3 juillet 2013, M. G, n°11PA00458.

³²⁰ CAA Nantes, 11 avril 2014, n°12NT00053, Etablissement public Agrocampus.

³²¹ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

³²² CAA de BORDEAUX, 4 février 2016, n° 14BX01313, Commune de Goyave.

irrégulièrement passé et pourra justifier la décision d'annuler le contrat, afin de soumettre les parties à une autre loi, que celle qui est la leur.

§ 3. L'obligation contractuelle d'indemniser certaines charges extracontractuelles supportées par le cocontractant

Lorsqu'un contrat a été régulièrement conclu, le cocontractant peut se trouver confronté à l'obligation de supporter des charges supplémentaires pour exécuter le contrat qu'il a passé avec l'administration. Si Celles-ci n'avaient été prévues au contrat, elles sont néanmoins susceptibles d'engager la responsabilité contractuelle de la personne publique.

Il en va ainsi lorsque les dépenses supplémentaires exposées résultent du comportement fautif du cocontractant public. Il a été en effet jugé que les frais supportés par l'entreprise à la suite du retard pris dans l'exécution des travaux et imputable à la négligence du maître d'ouvrage dans le suivi du chantier, ouvrent droit à indemnisation sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute de la personne publique ³²³.

Des frais supplémentaires peuvent également avoir été engagés en raison d'événements survenus lors de l'exécution du contrat qui n'avaient pu être prévus lors de sa conclusion, et en l'absence de toute faute commise par la collectivité publique.

L'administration contractante est soumise à des obligations essentiellement financières vis-à-vis de son cocontractant. Ce dernier a droit non seulement au règlement des prestations effectuées aux prix fixés dans le contrat mais également au maintien de l'équilibre financier du contrat. En cas d'aggravation des charges pesant sur le cocontractant, les prévisions économiques du contrat s'en trouvent modifiées et la contreprestation à laquelle s'est obligée la personne publique en concluant le contrat apparaît insuffisante à couvrir l'ensemble des dépenses effectivement engagées par le cocontractant pour exécuter le contrat. La

³²³ C.A.A. Douai, 17 février 2004, n°01DA00448, Ville de Lille : concernant la négligence du maître d'ouvrage dans le suivi du chantier ayant entraîné un retard dans l'exécution des travaux ; CE, 18 février 1983, n°16913, Société française du tunnel routier de Fréjus ; CE, 30 décembre 1998, n°158294, SARL COBAPT. : s'agissant de mesures prises de façon irrégulière ou injustifiée dans le cadre de ses pouvoirs de direction et de contrôle de l'exécution du contrat.

jurisprudence a reconnu de longue date, que l'administration est alors tenue de l'indemniser³²⁴.

Une première hypothèse concerne les décisions régulièrement prises par l'administration, soit dans le cadre de son pouvoir de modification unilatérale du contrat, soit dans l'exercice plus général de ses pouvoirs³²⁵, qui ont obligé le cocontractant à exposer des dépenses supplémentaires pour honorer ses engagements contractuels. Les modifications apportées au contrat par la personne publique sont en principe motivées par l'intérêt général. La rupture unilatérale de l'équilibre contractuel donne lieu à réparation du préjudice causé à la société cocontractante sur le fondement contractuel.

Alors que l'entrepreneur est tenu d'exécuter les travaux supplémentaires prescrits par un ordre écrit de la personne publique (ordre de service, décision de poursuivre, avenant), ceux-ci ouvrent droit en principe³²⁶ à une rémunération complémentaire permettant de compenser les charges nouvelles que le cocontractant a supportées pour les effectuer.

Une seconde hypothèse se rapporte à la survenance d'aléas matériels ou économiques qui ne pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat et sont indépendants de la volonté des parties. Les charges en résultant sont considérées comme extracontractuelles, pour avoir non seulement échappé à la volonté des parties³²⁷ mais également entraîné un bouleversement de l'économie du contrat³²⁸.

Plusieurs fondements ont été admis par le juge administratif pour allouer une indemnité au cocontractant. Tout d'abord la théorie des sujétions imprévues applicable en matière de marchés de travaux, ouvre droit à indemnisation de l'entier préjudice subi par le cocontractant dans la mesure où ces contraintes présentent un « caractère exceptionnel, imprévisible lors de

³²⁴ CE, 11 mars 1910 : Rec. CE 1910, p. 216 ; GAJA, 2005, 15e éd., comm. 22 : principe d'équation financière du contrat administratif.

³²⁵ Concernant la responsabilité du fait du prince : CAA Nantes, 3 février 1993, n° 89NT01218, *Ministre de l'Équipement c. Société civile Néo-Polders*.

³²⁶ L'article 15.3 du C.C.A.G. applicable aux marchés de travaux prévoit néanmoins que l'augmentation du montant des travaux ouvre droit à indemnisation lorsqu'elle excède le dixième du montant contractuel des travaux.

³²⁷ S'agissant des sujétions imprévues : A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, n°1279.

³²⁸ Sauf à ce que les sujétions imprévues concernent un marché conclu à prix unitaires.

la conclusion du contrat et (que leur) cause est extérieure aux parties »³²⁹. Dans le cas où le marché de travaux a été conclu à prix forfaitaire, la réparation du préjudice est alors soumise à l'exigence d'un bouleversement du contrat³³⁰.

Ensuite la théorie de l'imprévision est destinée à compenser les difficultés temporaires rencontrées par le cocontractant nées de circonstances économiques imprévisibles qui bouleversent l'économie générale du contrat en entraînant des augmentations de prix ayant un caractère « exceptionnel », « déjouant tous les calculs » et « dépass(ant) certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat »³³¹, y compris celles prévues par les clauses de révision du prix³³². L'indemnité à laquelle le cocontractant « a droit à raison des charges extra-contractuelles » qu'il supporte pour assurer le service³³³ ne permet pas de compenser l'intégralité du préjudice subi par le cocontractant³³⁴. Une part de 5 à 10 % est généralement laissée à sa charge, variant en fonction de la situation financière de l'entreprise, des bénéfices réalisés, voire de la diligence apportée par le cocontractant pour surmonter les difficultés³³⁵.

Enfin s'est posée la question de l'indemnisation des dépenses exposées au titre des travaux supplémentaires qui ne présentaient nullement un caractère imprévisible ou exceptionnel, mais avaient été nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage. Lorsque la personne publique a décidé de leur exécution et que l'entreprise les a accomplis à la suite d'un ordre écrit du maître d'ouvrage, ces travaux ouvrent droit à indemnisation sur le fondement contractuel³³⁶.

S'agissant en revanche de ceux effectués à l'initiative de l'entrepreneur, voire à la suite d'un simple ordre verbal, la jurisprudence s'est montrée plus hésitante sur le principe et les modalités de leur indemnisation. Le cocontractant doit en effet se conformer aux stipulations contractuelles. S'il avait revêtu d'enduit toute la surface d'un réservoir d'eau potable alors que

³²⁹ CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens.

³³⁰ CE, 19 février 1975, n°80470, Ministre de la défense c. Société anonyme Entreprises Campenon-Bernard ; CE, 3 novembre 1982, n°34722, Société d'exploitation Louis Gros.

³³¹ CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 152, GAJA, 15^e éd., p. 184.

³³² CE, 19 février 1992, n°47265, Société anonyme Dragages et Travaux Publics.

³³³ CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 152, GAJA, 15^e éd., p. 184.

³³⁴ CE, 25 novembre 1921, Compagnie des automobiles postales, Rec. 980.

³³⁵ CE, 21 avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, Rec. 119.

³³⁶ L'article 15.3 du C.C.A.G. applicable aux marchés de travaux prévoit néanmoins que l'augmentation du montant des travaux ouvre droit à indemnisation lorsqu'elle excède le dixième du montant contractuel des travaux.

le devis ne prévoyait que le rejointoiement de la surface supérieure, les travaux supplémentaires effectués ne présentaient aucune nécessité, ni utilité, et le conseil d'Etat avait refusé d'indemniser les dépenses en résultant ³³⁷. En revanche une indemnité était accordée sur le fondement de l'enrichissement sans cause, pour les travaux supplémentaires qui avaient été utiles à la personne publique et dans la mesure où l'administration qui avait "été à même de suivre" leur réalisation, ne s'y était pas opposée ³³⁸. L'entrepreneur ne pouvait alors obtenir que le remboursement des seules dépenses qu'il avait utilement exposées au profit de la personne publique. D'autres décisions avaient encore admis d'indemniser les travaux supplémentaires qui avaient été indispensables, sur le fondement contractuel ³³⁹. Le conseil d'Etat a mis fin aux décisions divergentes rendues par les juridictions. Relevant qu'aucun ordre verbal n'avait été établi, la haute juridiction a soumis le paiement des travaux supplémentaires à la condition qu'ils présentent un caractère « indispensable à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché » et ce, « alors même (qu'ils) ont été utiles à la commune » ³⁴⁰. Seule l'opposition expresse du maître d'ouvrage à leur réalisation fera obstacle à l'indemnisation « sur une base contractuelle des dépenses supplémentaires » ainsi exposées par l'entreprise ³⁴¹.

Si ces charges supplémentaires n'avaient pas été intégrées dans les prévisions contractuelles, elles ont été supportées par le cocontractant afin d'exécuter le contrat passé avec l'administration. Elles résultent soit d'une demande expresse de la personne publique, soit de contraintes techniques ou économiques qui n'avaient pas été prévues lors de la conclusion du contrat.

Tel n'est nullement le cas des prestations réalisées en marge de toutes prévisions contractuelles. Elles ne résultent pas de sujétions imprévues indépendantes de la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent être rattachées à l'exécution du contrat. Si elles sont de même nature que celles prévues au contrat, elles ont été effectuées après l'expiration du marché ³⁴² ou représentent des quantités supplémentaires telles ³⁴³, qu'elles bouleverseraient totalement

³³⁷ CE, 8 novembre 1940, Commune de Maussanne, Rec. 205.

³³⁸ CE, 15 mars 1944, Pelou, Rec. 88.

³³⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., LGDJ, p. 293.

³⁴⁰ CE, sect., 17 oct. 1975, n°93704, Commune de Canari Corse.

³⁴¹ CE, 2 juillet 1982, n° 23653, Société routière Colas.

³⁴² CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

³⁴³ CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec.

l'économie du contrat. Aucune obligation de nature contractuelle ne pourra donc être invoquée.

Section 3. Le refus de réparer le dommage causé à l'appauvri sur les fondements classiques de responsabilité extracontractuelle

La responsabilité extracontractuelle de l'administration est recherchée, soit en raison de la faute que la personne publique a commise dans l'exercice de ses missions, soit sur le fondement du risque ou de la rupture d'égalité devant les charges publiques que ses actions ont fait courir ou engendré, sans qu'aucune faute ne doive alors être prouvée.

Le préjudice subi par le prestataire ne résulte pas d'une situation régulière. Une illégalité a en effet été commise par la personne publique : cette dernière n'a pas respecté la réglementation applicable en matière de commande publique, privant par conséquent son prestataire de la possibilité d'invoquer l'obligation contractuelle de l'administration de lui payer le prix convenu. Ce comportement fautif apparaît donc à l'origine de l'appauvrissement subi par le prestataire. De plus l'absence d'une contrepartie financière versée au prestataire, en échange du service qu'il a rendu à la collectivité publique pour assurer le fonctionnement de ses services, caractérise à tout le moins une rupture d'égalité devant les charges publiques (§ 1).

Qu'elle soit ou non engagée sur le fondement de la faute, la responsabilité administrative suppose d'établir l'existence d'un préjudice certain, actuel, mais également direct avec le fait qui est reproché à la personne publique. Or l'illégalité commise lors de la passation de l'accord avec le prestataire ne constitue qu'une cause indirecte des dépenses exposées pour livrer des prestations à la collectivité (§ 2).

De surcroît, force est de constater qu'un tel régime de réparation ne garantirait ni l'indemnisation des dépenses que l'entreprise a engagées au profit de l'administration dans le cas où elle a elle-même commis une faute à l'origine de la survenance de son dommage, ni la préservation des deniers publics (§ 3).

§ 1. Le fait imputable à la personne la personne publique

Il peut être reproché à l'administration d'avoir confié à l'appauvri la réalisation de prestations sans avoir préalablement conclu un contrat régulier et ce, en toute méconnaissance des règles prévues par le droit de la commande publique (A) mais également d'avoir obligé le prestataire à supporter des dépenses utiles à la collectivité, en ne rémunérant pour le service qu'il a rendu (B).

A. La violation de la réglementation applicable en matière de commande publique

L'administration a commis une illégalité en ne respectant les règles de la commande publique lorsqu'elle s'est procuré les prestations qui ont été nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

En l'absence d'un contrat valide attestant de la volonté de la personne publique de s'obliger au titre du service rendu par le demandeur appauvri, ce dernier ne peut réclamer le paiement des prestations délivrées en invoquant l'accord passé avec l'administration.

Soit la collectivité publique n'a signé aucun contrat avec le prestataire, entérinant les conditions de leur collaboration. Soit le juge a prononcé l'annulation du contrat qu'elle a conclu, pour avoir été signé par une autorité administrative incompétente³⁴⁴ ou à la suite d'une procédure de passation qui ne respectait nullement les textes applicables, et notamment l'obligation de mettre en concurrence les entreprises³⁴⁵, ou encore en raison de l'illégalité de l'une de ses stipulations³⁴⁶. Si le défaut d'un contrat régulièrement conclu constitue une illégalité au regard de la réglementation de la commande publique, elle révèle également les différents agissements, tout aussi regrettables, de l'administration envers son prestataire.

Dans de nombreux cas, le prestataire n'est intervenu de sa propre initiative et n'a pas non plus, cherché à obtenir rapidement la signature d'un bon de commande en démarchant les services de la collectivité publique. L'administration a elle-même contacté l'entreprise pour lui demander l'exécution des prestations qui lui ont été délivrées. C'est en effet à la suite d'une

³⁴⁴ CE, 24 novembre 2008, Société SOGEA Sud, n°291607.

³⁴⁵ CE, 5 juin 2009, n°298641, Société Avenance - Enseignement et santé.

³⁴⁶ CE, 19 décembre 2007, Société SOGEPARC, n°260327.

télécopie envoyée par les services de la direction culturelle de la région, que l'entreprise a installé des locaux préfabriqués pour l'organisation d'une manifestation culturelle à l'Arc de Triomphe ³⁴⁷. Le titulaire d'un marché de fourniture de logiciels a également réalisé des prestations supplémentaires qui n'étaient pas prévues au contrat, afin de répondre à une demande du service du personnel adressée par courrier électronique : ce dernier réclamait en effet "une intervention urgente en vue de réaliser les traitements nécessaires pour établir la déclaration automatisée des données sociales, sauf à exposer la commune au paiement d'une amende de 745 euros pour déclaration tardive » ³⁴⁸.

La demande irrégulière de prestations par l'administration n'a pas été davantage donnée lieu à la conclusion d'un contrat. Alors que l'entreprise a envoyé un devis précisant le prix des travaux demandés, la collectivité ne pouvait ignorer que l'installation des locaux préfabriqués représentait un montant qui excédait le seuil au-dessus duquel doit être conclu un marché écrit avant tout commencement d'exécution. Le juge a constaté la faute de la collectivité qui avait passé commande et "laisser exécuter ces prestations hors contrat " ³⁴⁹.

De la même façon, la personne publique ne pouvait ignorer qu'elle demandait la réalisation de prestations en marge de toutes prévisions contractuelles. Tel est le cas lorsque l'établissement public hospitalier a émis un bon de commande après l'expiration de la durée du marché déjà prolongée par avenant, pour la livraison de 150 autres postes informatiques ³⁵⁰. Il en va également ainsi lorsque la collectivité territoriale accepte de reconduire le marché de ramassage et de traitement d'encombrants alors même qu'elle sait que la société ne pourra être payée de l'ensemble des prestations qu'elle va réaliser, dans la mesure où l'année précédente, le montant annuel du contrat avait été atteint dès la fin du 3e trimestre ³⁵¹.

Il peut être encore reproché à l'administration d'avoir proposé à la société, la conclusion d'un avenant parfaitement illégal, pour avoir été passé en toute méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les textes. La ville de Paris savait que sa demande d'intervention, consistant à étendre les travaux de réhabilitation de logements de

³⁴⁷ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société Chevalier.

³⁴⁸ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, SAS A-DLB INFORMATIQUE.

³⁴⁹ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société Chevalier.

³⁵⁰ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

³⁵¹ CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec.

fonction de six établissements scolaires prévus au marché initial, à cinq autres établissements constituait en réalité un nouveau marché soumis à l'obligation d'une mise en concurrence, qui ne pouvait être entériné par la seule signature d'un avenant avec son cocontractant ³⁵².

Si certaines situations contraignent l'administration à réaliser des prestations avec célérité et apparaissent incompatibles avec les délais exigés pour une consultation des entreprises, des procédures de passation allégées, sans publicité ni mise en concurrence sont aménagées par les textes ³⁵³ mais ne "dispense(nt) nullement (la collectivité publique) de respecter les autres formalités du code", à tout le moins la conclusion d'un contrat écrit avant tout commencement d'exécution ³⁵⁴.

Alors que la personne publique n'avait pas envoyé de bon de commande à l'entreprise, ses services ne sont nullement opposés à la livraison des fournitures, ou à l'exécution des travaux. C'est ainsi que l'université de Lyon a laissé un artisan exécuter des travaux de remise en état des ouvertures de portes dans ses locaux durant deux mois alors que les prestations réalisées avaient exclusivement fait l'objet de bons de travail destinés aux services techniques de l'université et non à des prestataires extérieurs ³⁵⁵.

Le juge relève également dans certaines de ses décisions, que "loin de les interdire, la personne publique s'est même efforcée d'en contrôler l'exécution ³⁵⁶.

Les marchés passés par les personnes publiques s'apparentent souvent à un contrat d'adhésion. Le prestataire n'a d'autre choix que d'accepter l'ensemble des clauses qui ont été rédigées par l'administration, et notamment celles qui sont illégales. C'est ainsi que la commune avait inséré une clause de tacite reconduction du contrat, en méconnaissance des "obligations de

³⁵² CE, 28 juillet 1995, n° 149301, Préfet de la Région Ile de France : s'agissant d'un "avenant" prévoyant d'étendre les travaux de réhabilitation de logements de fonction de six établissements scolaires prévus au marché initial à cinq autres établissements.

³⁵³ Code des marchés publics, article 35-II-1° : concernant les marchés conclus en vue de faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et n'étant pas du fait du pouvoir adjudicateur.

³⁵⁴ ³⁵⁴ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société Chevalier.

³⁵⁵ CAA Lyon, 30 décembre 2003, n° 98LY01142, M. Lucien X.

³⁵⁶ CE, 14 avril 1961, Ministre de la reconstruction c. Société Sud Aviation, R.D.P. 1961, 655.

publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable" qui a entraîné l'annulation du contrat passé en application de cette clause ³⁵⁷.

Les illégalités commises lors de la passation de l'accord avec le prestataire montrent à tout le moins, que la personne publique a manqué à ses devoirs, en ne respectant pas la réglementation qui tend principalement à protéger les intérêts publics. En laissant l'entreprise effectuer des travaux en l'absence de contrat, la personne publique prend notamment le risque de ne pas être en mesure d'en contrôler l'exécution, mais également d'être privée de toute garantie décennale ³⁵⁸.

Certaines irrégularités pourraient également semer le doute sur la bonne foi de l'administration. Celle-ci a pu éviter la procédure de mise en concurrence prévue par les textes afin de pallier à la carence de ses services qui n'ont pas anticipé les besoins de la collectivité, ou encore pour favoriser une entreprise ³⁵⁹. Elles pourraient encore révéler un manque de loyauté envers l'entreprise dans la mesure où la personne publique ne pouvait ignorer que la commande irrégulièrement passée priverait son prestataire de réclamer le paiement du prix prévu. Ces agissements fautifs à l'origine de la situation d'appauvrissement du prestataire sont donc susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration.

B. Le défaut de paiement des prestations caractérisant une rupture d'égalité devant les charges publiques

Une rupture d'égalité devant les charges publiques caractérise la situation de l'entreprise qui a supporté les dépenses afférentes à la réalisation de prestations nécessaires à l'accomplissement de services publics, sans percevoir de contrepartie financière.

En l'absence d'un contrat permettant d'établir la créance du prestataire, la collectivité publique n'a pu accepter de payer le prix du service rendu qui lui a été facturé. Tel est notamment le

³⁵⁷ CE, 29 novembre 2000, n°205143, Commune de Païta.

³⁵⁸ CE, 29 janvier 1982, n° 19926, M. X c. Commune de Moussy-le-Neuf.

³⁵⁹ CAA Marseille, 23 décembre 2013, n°11MA02436, Association Boitaclous.

cas lorsque le département a continué de recourir aux services de la société alors même que le juge avait prononcé l'annulation du marché de mobilier urbain ³⁶⁰.

Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé, les parties doivent en principe remettre la situation en l'état initial. Pour ce faire la personne publique devra en principe émettre un titre de recettes afin d'obtenir le reversement des sommes que l'entreprise a déjà perçues au titre de l'exécution du contrat et restituer les prestations délivrées. Toutefois cette restitution peut être soit impossible lorsqu'elle concerne des prestations déjà consommés ou des travaux, voire inopportune lorsque les prestations fournies sont nécessaires au fonctionnement des services. L'entreprise devrait alors supporter la charge des dépenses exposées au titre du service rendu à la collectivité.

La responsabilité extracontractuelle de la personne publique peut être engagée lorsque ses activités ont fait courir un risque spécial et ont engendré des charges anormales, caractérisant une rupture d'égalité par rapport aux "inconvéniens ordinaires de la vie en société" qu'une personne doit normalement supportés ³⁶¹. Dans ce cas, la victime n'a nullement à rapporter la preuve du caractère fautif du fait dommageable.

Le préjudice peut tout d'abord résulter de la "réalisation d'un risque encouru", dans le maniement de choses ou l'utilisation de méthodes dangereuses ³⁶², ou encore par les tiers lors de la réalisation de travaux publics ³⁶³, mais aussi dans le cadre d'une collaboration occasionnelle à l'exécution d'un service public.

En dehors de ces situations de danger qui sont étrangères au préjudice subi par prestataire sans titre de l'administration, la personne publique peut être condamnée à indemniser les personnes qui ont supporté des charges particulières en raison des actions menées ou des décisions prises, au nom de l'intérêt général, et qui ont entraîné une rupture d'égalité devant les charges publiques.

³⁶⁰ CE, 10 avril 2008, n° 244950, Société Decaux.

³⁶¹ R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 10e édition, Montchrestien, p 1240.

³⁶² CE, 22 novembre 1946, Commune de Saint Priest La Plaine, G.A.J.A., 16e éd, n°59.

³⁶³ CE, 7 novembre 1952, Grau, p. 503.

Cette égalité sera considérée rompue lorsque la victime justifie d'un préjudice à la fois anormal et spécial. L'anormalité du préjudice s'apprécie au regard de l'importance des charges supportées. Sa spécialité dépend du nombre limité de personnes qui ont supporté de telles charges.

Ce dernier fondement de responsabilité a été retenu pour réparer le préjudice subi à raison des dommages permanents de travaux publics³⁶⁴, du fait des décisions administratives légales³⁶⁵ ou des lois et conventions internationales³⁶⁶. Ces hypothèses sont également étrangères à la situation irrégulière du prestataire appauvri.

On pourrait en revanche envisager la possibilité d'indemniser le prestataire appauvri sur le fondement de la collaboration occasionnelle à l'exécution du service public, celui-ci ayant délivré des prestations utiles à l'accomplissement de services publics. La spécialité de son préjudice ne fera pas de doute, l'entreprise, voire ses sous-traitants ayant seuls supporté les charges d'exécution des prestations. Le caractère anormal ne devrait pas non plus être discuté.

La responsabilité extracontractuelle sans faute au profit du collaborateur occasionnel du service public a été admise afin de réparer les dommages "résultant de la réalisation d'un risque "³⁶⁷. Elle permet ainsi d'indemniser les personnes qui ont subi un dommage en apportant leur concours à l'exécution d'un service public. Cette collaboration a pu être imposée ou sollicitée par l'appel du tocsin, mais aussi totalement spontanée³⁶⁸. L'intervention du collaborateur a permis de secourir des personnes en danger³⁶⁹, de réaliser des travaux

³⁶⁴ CE, 6 mars 1970, n° 73035, Ville de Paris : concernant les travaux de réfection d'une rue entraînant des "difficultés exceptionnelles d'accès de la clientèle pendant près de deux" au magasin d'un artisan cordonnier.

³⁶⁵ CE, 30 novembre 1923, Couitéas, GAJA, 16^e éd., n°42 : refus de recourir aux forces de l'ordre afin de faire appliquer une décision de justice en raison du trouble à l'ordre public qu'une telle intervention aurait risqué d'entraîner.

³⁶⁶ CE, 14 janvier 1938, Société la Fleurette, GAJA, 16^e éd., n°53 ; CE, 30 mars 1966, Compagnie radio-électrique, GAJA, 16^e éd., n°86.

³⁶⁷ R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 10^e édition, Montchrestien, p 1215, n°1283.

³⁶⁸ F. LEMAIRE, Responsabilité du fait de la collaboration occasionnelle au service public, Lexis Nexis, JCl. Adm., fasc. 942, n°31 et suiv.

³⁶⁹ CE, 31 mars 1965, Commune de Bricy : Rec. CE 1965, p. 216 : sauvetage lors d'une noyade.

d'intérêt public ³⁷⁰ ou encore de contribuer à l'organisation d'une fête communale ³⁷¹. Une indemnité est accordée au titre des blessures corporelles qui ont entraîné des dépenses liées aux soins médicaux, une perte de revenus consécutive à l'incapacité de travail et des troubles dans les conditions d'existence ³⁷². Les dommages causés au bien du collaborateur peuvent aussi être indemnisés ³⁷³.

La jurisprudence a également admis que le particulier ³⁷⁴ ou l'entreprise puisse obtenir une rémunération au titre de sa collaboration à l'exécution d'un service public lorsque l'autorité administrative avait requis ses services. Dans cette dernière hypothèse, il ne s'agit nullement de réparer les dommages résultant d'un accident, mais de rétablir l'égalité des droits du justiciable devant les charges publiques au titre du service rendu à la collectivité. Tel est le cas lorsque la société a procédé à la demande expresse du maire agissant dans le cadre de ses pouvoirs de police, à l'enlèvement d'épaves automobiles se trouvant sur un terrain appartenant à un particulier ³⁷⁵.

Or certaines demandes irrégulières de la personne publique ont été adressées au prestataire appauvri pour répondre à un besoin ponctuel et urgent des services de l'administration. Il en va ainsi lorsque le service du personnel de la commune a adressé par courrier électronique une demande au fournisseur de logiciels afin qu'il intervienne en "urgence" afin de réaliser les traitements nécessaires pour établir la déclaration automatisée des données sociales, lui précisant qu'elle s'exposait au "paiement d'une amende de 745 euros pour déclaration tardive " ³⁷⁶.

Si l'intervention de la société a permis d'assurer le bon fonctionnement des services de l'administration, elle n'est nullement justifiée par la nécessité de garantir l'ordre public et son

³⁷⁰ CE, 14 décembre 1988, Commune de Catillon-Fumechon : Rec. CE 1988, tables, p. 100 : fixation de buts de football sur la place municipale.

³⁷¹ CE, 17 novembre 1976, Commune de Fayssac : Rec. CE 1976, tables, p. 1100 : démontage d'un podium lors d'une fête locale.

³⁷² CE, 13 décembre 1957, Hôpital-hospice Vernon, Rec. CE 1957, p. 680.

³⁷³ CE, 4 janvier 1974, Société des Établissements Périn Frères, Rec. CE 1974, tables, p. 904 : détérioration d'un pont-bascule mis en place à l'occasion d'une opération de police.

³⁷⁴ CE, 24 mai 1968, Ministre de l'Intérieur c. Chambrin : Rec. CE 1968, p. 331 : le particulier a assuré la mise en fourrière de véhicules en infraction.

³⁷⁵ CAA Versailles, 24 mars 2005, n° 02VE02628, Commune de Saintry-sur-Seine.

³⁷⁶ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, SAS A-DLB INFORMATIQUE.

urgence est toute relative. Elle répond en effet à des besoins ordinaires ou courants de l'administration.

Dans certains cas, ces distinctions apparaissent néanmoins subtiles. Tel est le cas lorsque le ministère de l'intérieur demande à la société cocontractante chargée de la maintenance des matériels informatiques des services centraux du ministère, d'étendre sa mission à ceux de la préfecture de police dans l'attente de la passation d'un marché³⁷⁷. On ne peut croire que privés du fonctionnement de certains matériels informatiques, les services de police ne puissent plus assurer normalement le maintien de l'ordre.

La collaboration de l'entreprise appauvrie peut également contribuer à organiser l'exécution de services qui sont indispensables à la population. Il en va ainsi lorsque l'ambulancier continue d'assurer le transport des malades pendant deux mois alors que la date du contrat qu'il avait conclu avec le centre hospitalier a expiré³⁷⁸. Le prestataire peut encore être étroitement associé à l'exécution d'un service public lorsque la personne publique lui a confié la gestion du service de l'eau et de l'assainissement durant plus de vingt années³⁷⁹.

Dans ces différentes hypothèses, le prestataire appauvri avait néanmoins le choix d'exécuter, ou non, le service demandé et ce, quelle qu'ait pu être la formulation parfois comminatoire, de certaines demandes adressées par l'administration.

Le juge administratif a d'ailleurs distingué l'obligation de la personne publique d'indemniser les dépenses exposées par l'entreprise ayant la "qualité de collaborateur occasionnel du service public" dont les services ont été requis par le maire pour participer au service public de lutte contre les pollutions, de celle incombant de "l'existence d'un quasi-contrat la liant à la société"³⁸⁰.

Qui plus est, le préjudice subi par l'entreprise n'est pas né d'une situation régulière. Le fait que la personne publique n'ait pas respecté la réglementation applicable en matière de commande

³⁷⁷ CAA Paris, 20 mars 2007, n°04PA04003, Société GETRONICS.

³⁷⁸ CE, 8 avril 1987, n°48632, M. Jean X.

³⁷⁹ CE, 15 février 2012, n° 351752, Commune de Castres.

³⁸⁰ CAA Paris, 3 mars 2009, n° 07PA03933, Commune de Croissy Beaubourg.

publique, a en effet contribué à son appauvrissement. Le défaut d'application d'une réglementation constitue en principe une faute, de nature à engager la responsabilité administrative sur le fondement délictuel.

Dans certaines circonstances, le juge a néanmoins admis de condamner la personne publique qui n'avait pas appliqué une décision administrative, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Tel est le cas lorsque les services de l'Etat et de la ville de Bordeaux n'avaient pas appliqué les dispositions d'un décret prévoyant de sanctionner les commerçants qui ne respectaient pas l'interdiction de vente en gros de certains produits dans les zones définies. Les poursuites judiciaires déjà engagées contre certains d'eux pour cette infraction, avaient toutefois donné lieu à des décisions de relaxe qui avaient été confirmées par la cour de cassation, au motif que les dispositions du décret "seraient illégales". Le conseil d'Etat a considéré que "l'examen des circonstances de l'affaire ne révé(ait) pas, dans l'exercice des pouvoirs de police ou de tutelle, de carence systématique constitutive de fautes de nature à engager la responsabilité " de la ville ou de l'Etat. Pour autant la haute juridiction a relevé que ce défaut d'application d'une réglementation avait causé un préjudice spécial et grave aux intéressés, qui "ne saurait être regardé comme une charge incombant (leur) normalement" et ouvrait droit à réparation ³⁸¹. De même l'Etat a vu sa responsabilité engagée sur ce même fondement, en raison des charges anormales que son refus d'exécuter d'office une décision de justice, et motivé par des considérations d'ordre public, a engendré pour le justiciable ³⁸².

Ces circonstances apparaissent toutefois totalement étrangères à la situation de la collectivité publique qui a bénéficié du service rendu par le prestataire, en toute méconnaissance des règles qui ont été édictées afin de préserver les dépenses publiques.

Quel que puisse être le fondement de responsabilité invoqué, pour faute ou du fait de l'égalité rompue devant les charges publiques, le droit de réparation des préjudices subis est soumis à certaines conditions qui ne paraissent pas être remplies dans le cas du prestataire qui a accepté de réaliser des prestations au profit de l'administration.

³⁸¹ CE, 7 mai 1971, n° 74669, Ministre de l'Economie et des Finances, J.C.P. 1971.I.2446, chronique Loschak.

³⁸² CE, 30 novembre 1923, Couitéas, GAJA, 16e éd, n°41.

§ 2. Un lien de causalité indirect avec le préjudice du prestataire appauvri

Engager la responsabilité extracontractuelle de l'administration suppose d'établir que le fait qui lui est reproché, qu'il constitue ou non une faute, soit la cause directe du préjudice subi par le prestataire.

En indiquant "il ressort des pièces du dossier" ou "il résulte de l'instruction que ... ", les décisions ne renseignent guère sur la manière dont le juge apprécie généralement la causalité du préjudice.

Au regard des conclusions rendues par les rapporteurs publics, et notamment celles de Monsieur Yves GALMOT à propos de l'affaire Marais, ainsi que des solutions retenues par le juge, la doctrine a montré que le rapport de cause à effet était dans la plupart des cas, examiné selon la méthode de la "causalité adéquate"³⁸³, plus sélective que celle de "l'équivalence des conditions". Le Professeur René CHAPUS explique qu' "en principe au moins le juge ne confond pas cause du préjudice et conditions nécessaires de sa survenance "³⁸⁴.

Il ne s'agit donc pas de considérer que toutes les conditions nécessaires à la réalisation du dommage sont équivalentes et que le préjudice ne serait pas advenu si l'une d'entre elles avait manqué, mais plutôt d'identifier celui des faits ayant une "vocation particulière à provoquer ce dommage"³⁸⁵.

Si l'illégalité fautive commise par l'administration apparaît à l'origine du préjudice subi par le prestataire, encore faudrait-il qu'elle en soit la cause directe. Or rien n'en est moins sûr.

Différents événements ont en effet contribué à l'apparition du préjudice du prestataire. L'administration a généralement pris l'initiative de leur collaboration, plus rarement l'entreprise a spontanément offert ses services. Quoi qu'il en soit, la personne publique n'a pas

³⁸³ H.-B. POUILLAUDE, Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative, Thèse, Université Panthéon Assas, 2011, p. 90, n°88.

³⁸⁴ R. CHAPUS, Droit administratif général, 10e éd., Montchrestien, p 1134.

³⁸⁵ J. MORAND-DEVILLER, Cours de droit administratif, Montchrestien, 2005, p. 790.

respecté la réglementation en matière de commande publique, elle n'a pas conclu de contrat ou a signé un contrat irrégulier entaché de nullité. Celui-ci aurait permis de déterminer les obligations réciproquement consenties par les parties, et notamment la nature et l'étendue des prestations qui devaient être délivrées à l'administration en échange du paiement du prix convenu entre les parties.

Pour sa part, le prestataire a pris un risque et s'est montré à toute le moins, imprudent en acceptant de réaliser des prestations en l'absence de contrat ou de signer un contrat irrégulier. Il a toutefois exposé des dépenses afin d'exécuter des prestations au profit de la collectivité publique.

La personne publique a accepté de bénéficier des prestations effectuées, ou du moins ne s'est-elle pas opposée à leur réalisation. En tout état de cause, elle ne les a pas restituées au prestataire ou les a utilisées. Aucun titre contractuel ne justifiant de sa créance à l'égard de l'entreprise, l'administration n'a pu verser la contrepartie financière attendue par l'entreprise en échange des prestations fournies. Celle-ci a par conséquent subi un préjudice du fait des dépenses qu'elle a utilement exposées au profit de la personne publique.

Si un enchaînement chronologique lie ces événements, il n'est pas certain qu'un rapport de cause à effet puisse être établi entre chacun d'entre eux.

En premier lieu, ces différents événements n'ont pas la même nature. Certains constituent des faits concrets, comme l'exécution des prestations, l'absence de paiement. D'autres se rapportent à l'illégalité fautive commise par la collectivité publique ou au comportement à tout le moins, imprudent de l'entreprise. De même des conséquences juridiques comme le défaut d'obligation contractuelle, mais encore pratiques résultant de l'absence de restitution des prestations fournies, ont participé à la réalisation du dommage.

Le lien de causalité entre ces événements n'apparaît pas de façon évidente. En quoi la méconnaissance des règles prévues par le code des marchés publics aurait-elle engendré l'exécution des prestations. Cette illégalité a en revanche, bel et bien entraîné l'absence d'obligation contractuelle de la personne publique, de lui payer une compensation financière pour le service rendu par l'entreprise. Comme cette illégalité fautive peut encore être comparée au comportement imprudent du prestataire.

En second lieu la probabilité que chacun des événements survienne est totalement inégale. L'entreprise a vraisemblablement mesuré le risque qu'elle prenait en réalisant des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu. La gravité de l'irrégularité, la possibilité qu'elle soit portée devant le juge, l'éventualité que ce dernier prononce l'annulation du contrat sont autant d'éléments qui ont pesé dans l'acceptation d'exécuter des prestations en l'absence de tout contrat ou de conclure un contrat entaché d'illégalité. De même la charge de son planning de travail ainsi que sa situation financière ont pu influencer dans sa décision.

Pour sa part, la collectivité publique ne s'est pas opposée à la réalisation des prestations et a accepté d'en bénéficier dans la mesure où elles apparaissaient utiles, voire indispensables au fonctionnement de ses services. En outre l'urgence d'un besoin à satisfaire, ou encore la pression exercée par certains élus ou personnels ont pu influencer le fait que l'administration ne respecte pas la réglementation. Chacun des événements relevés n'a donc pas pesé de la même manière dans la survenance du préjudice.

En outre l'appréciation de la causalité des différents événements contribuant à la survenance du dommage comporte une part de subjectivité. Comme l'explique le Doyen CHAPUS, elle peut être " faite avec beaucoup de liberté " et " influencée par des considérations de bon sens " ³⁸⁶. Elle implique également, comme le montre la thèse de Monsieur POUILLADE, "un jugement sur les faits" ainsi qu' "une sélection des faits pertinents" ³⁸⁷.

De prime abord, on peut considérer que si l'administration n'avait pas commis de faute, le contrat régulièrement conclu aurait permis de justifier de son obligation de payer le prix convenu en échange des prestations prévues. La somme d'argent ainsi versée à l'entreprise aurait en principe compensé les dépenses engagées pour effectuer les prestations et le prestataire n'aurait nullement supporté les dépenses afférentes au service rendu.

³⁸⁶ R. CHAPUS, Droit administratif général, 10e éd., Montchrestien, p 1134.

³⁸⁷ H.-B. POUILLAUDE, Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative, Thèse, Université Panthéon Assas, 2011, p. 112.

Un tel raisonnement aboutirait toutefois à exclure toute prise en compte du comportement du prestataire. Or il apparaît que celui-ci n'aurait souffert d'aucun préjudice s'il n'avait pas accepté de réaliser les prestations, irrégulièrement commandées.

Lorsque l'entreprise n'ignorait pas l'illégalité commise et le caractère précaire de sa situation, elle a pris un risque en exécutant les prestations. Toute autre a été l'attitude de la société qui, doutant de la régularité de la procédure retenue par le pouvoir adjudicateur, a saisi le tribunal administratif d'une demande en référé précontractuel. Le juge a validé le motif qui justifiait le recours à la procédure négociée, sans publicité préalable ni mise en concurrence, à savoir les "raisons techniques qui rendent indispensables l'attribution du marché à un prestataire déterminé" ³⁸⁸. L'entreprise a donc commencé le traitement des déchets ménagers sans craindre que la communauté d'agglomération ne puisse lui régler le prix convenu, pour le cas où la validité du contrat serait contestée par la suite.

Le préjudice subi par l'entreprise résulte principalement du fait qu'elle ait accepté d'exécuter des prestations, au profit de la personne publique. Le comportement fautif de l'administration qui n'a pas respecté le droit de la commande publique et a laissé la société exécuter des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu, a privé l'entreprise d'obtenir la contrepartie financière attendue en échange du service rendu. Si cette faute a contribué à la survenance du dommage, elle ne saurait constituer la cause directe des dépenses supportées par l'entreprise.

Aucun préjudice n'a d'ailleurs été subi par l'entreprise au titre des travaux qu'elle avait sous-traités et qui avaient été admis au paiement direct de la personne publique, à la suite de l'annulation du contrat ³⁸⁹. De même la société ne peut se plaindre d'un préjudice au titre des dépenses exposées pour la fourniture de mobiliers urbains qu'elle a réutilisés par la suite dans le cadre d'autres contrats et qui ont pu être finalement amorties ³⁹⁰.

Si simple apparaît cette explication, l'examen des différents événements participant à la survenance du préjudice doit permettre de déterminer la cause "pertinente" du dommage. Une telle finalité pourrait être suspectée d'arbitraire si elle ne permettait pas au prestataire appauvri

³⁸⁸ CE, 19 septembre 2007, n°296192, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole.

³⁸⁹ CAA Versailles, 24 février 2005, n° 02VE02976, Département des Yvelines.

³⁹⁰ CE, 10 avril 2008, n° 244950, Société Decaux.

d'obtenir l'indemnisation des dépenses exposées au profit de la personne publique. Même si le juge retenait l'équivalence des différents événements qui ont contribué à la survenance du dommage causé au prestataire pour apprécier le lien de causalité entre le préjudice supporté par le prestataire et le fait reproché à l'administration, l'examen des conséquences indemnitaires liées au régime de la responsabilité extracontractuelle montre qu'un tel système de réparation ne garantirait, ni l'indemnisation des dépenses exposées par le prestataire pour rendre un service qui a été utile à l'administration, ni la préservation des deniers publics.

§ 3. L'explication : un régime d'indemnisation inapproprié

L'indemnisation du préjudice sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle ne permettrait nullement de garantir au prestataire le remboursement des frais qu'il a engagés au profit de l'administration (A), ni de contrôler l'utilité des dépenses mises à la charge de la collectivité publique (B).

A. L'exonération de responsabilité en raison du comportement fautif du prestataire

Admettre d'engager la responsabilité de la personne publique sur le fondement extracontractuel impliquerait de vérifier que le comportement du prestataire n'a pas contribué à la réalisation de son dommage.

Or il peut être également reproché à l'entreprise d'avoir exécuté des prestations sans avoir préalablement conclu un contrat définissant les conditions de son intervention. Le juge a relevé l'imprudence du maître d'œuvre, qui avait réalisé des études sur la base de simples lettres de commande au profit d'un établissement hospitalier ³⁹¹.

De même le fait d'avoir accepté de signer un contrat entaché d'irrégularité pourra lui être également opposé. Les illégalités commises lors de la passation du contrat apparaissent d'ailleurs plus ou moins difficiles à déceler. L'incompétence du signataire public le sera davantage que l'absence de mise en concurrence. Antérieurement à la jurisprudence "Ville de

³⁹¹ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

Béziers", il a été jugé dans le cadre d'une demande d'indemnisation de la perte de profit résultant de l'annulation du contrat présentée sur le fondement quasi-délictuel, que la signature par le maire de l'acte d'engagement, intervenue le jour même de la transmission au contrôle de légalité de la délibération du conseil municipal l'autorisant à signer le marché, avait "créé une situation apparente dans laquelle les sociétés co-contractantes pouvaient se croire assurées de détenir, même en l'absence de notification du marché, les droits attachés à la conclusion régulière d'un marché devenu définitif »³⁹².

En outre l'entreprise ayant l'habitude de travailler avec l'administration ou disposant d'un service juridique, sera plus à même de découvrir les illégalités susceptibles d'entacher la formation du contrat, qu'un artisan moins sensibilisé à la réglementation en matière de marchés publics. Le "caractère récent" de l'évolution des règles de passation du contrat pourrait encore expliquer le fait que l'entreprise ait signé un contrat irrégulier³⁹³.

Le comportement du prestataire pourrait être apprécié en fonction du degré de connaissance qu'il avait de l'irrégularité affectant la validité du contrat, comme c'est le cas lorsque le juge examine la demande présentée par l'entreprise sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, afin d'obtenir en sus de l'indemnité d'enrichissement sans cause, la réparation de son préjudice résultant l'annulation du contrat, et notamment son manque à gagner. Or il a été jugé que si le département avait irrégulièrement eu recours à une procédure négociée, la société Decaux avait elle-même commis une grave faute en se prêtant à la conclusion d'un marché de mobilier urbain dont, "compte tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité »³⁹⁴.

De surcroît la signature d'un marché irrégulièrement passé a pu être motivée par l'avantage que le prestataire escomptait retirer en échappant aux règles de mise en concurrence³⁹⁵, révélant alors le caractère intentionnelle de la faute qu'il a commise.

³⁹² CAA Marseille, 4 mai 2004, n° 99MA01331, Commune des Baux de Provence.

³⁹³ CAA Versailles, 28 avril 2011, n° 10VE01344, Société de distribution de chaleur de Cergy-Pontoise.

³⁹⁴ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

³⁹⁵ CAA Nancy, 10 janvier 2005, n° 98NC01686, Office public d'aménagement et de construction du département du Nord.

Quelles que puissent être les modalités d'appréciation des agissements de l'entreprise, le juge examinerait le poids respectif des comportements fautifs de la personne publique et de son prestataire dans la survenance du dommage et opérerait un partage de responsabilités. L'administration publique pourrait être partiellement exonérée de sa responsabilité. La totalité des dépenses exposées par l'entreprise pour la réalisation des prestations fournies à la collectivité publique ne serait donc pas indemnisée. Dix pour cent, un quart, un tiers, ou une moitié voire davantage des sommes ainsi supportées serait par conséquent susceptible de rester à la charge du prestataire.

Le montant de l'exonération pourrait d'ailleurs excéder celui de la marge bénéficiaire que l'entreprise escomptait réaliser en exécutant les prestations délivrées à la collectivité publique et l'indemnité allouée ne permettrait donc pas de couvrir les dépenses effectives qui ont été exposées au profit de l'administration.

Si le prestataire a été, à tout le moins imprudent en acceptant d'exécuter des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu, la personne publique a également commis une illégalité fautive et il apparaîtrait particulièrement injuste que le prestataire ne puisse être indemnisé des dépenses qui ont été strictement nécessaires à la réalisation des prestations dont a bénéficié l'administration.

Dans un litige relatif aux travaux réalisés dans les locaux d'une université sans qu'une mise en concurrence a été organisée et en l'absence de tout contrat, l'établissement public avait soutenu que l'artisan avait " profité de la présence de son frère dans ses services techniques pour obtenir des commandes ". Le juge a néanmoins considéré que si l'artisan "ne pouvait ignorer le caractère irrégulier des commandes du fait de son habitude de travailler avec l'université et de la présence de son frère dans les services techniques de celle-ci", une telle imprudence n'était "pas directement à l'origine de son appauvrissement" ³⁹⁶, tel qu'il résulte de la "perte de valeur du patrimoine" subie ³⁹⁷.

³⁹⁶ CAA Lyon, 30 décembre 2003, n° 98LY01142, M. Lucien X.

³⁹⁷ CE, 14 octobre 1966, *Ministre de la Construction c. Ville de Bordeaux* : Rec. p. 635.

B. Le principe de la réparation intégrale du préjudice, peu protecteur des deniers publics

Le prestataire serait en droit de réclamer sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle la réparation intégrale de son préjudice. Comme le rappelle Le Doyen CHAPUS, ce principe "impose que les dommages-intérêts" soient exactement ajustés à l'étendue et à la valeur du préjudice à réparer" et "la victime ne doit être, à la suite du dommage qu'elle subit, ni appauvrie, ni enrichie" ³⁹⁸. L'entreprise demanderait l'indemnisation de l'ensemble des charges qu'elle a supportées pour exécuter les diverses prestations fournies à l'administration ainsi que la marge bénéficiaire qu'il pouvait raisonnablement escompter retirer de l'exécution des prestations.

Dans la mesure où aucun acte juridique n'atteste de la nature et de l'étendue des prestations que la personne publique a décidé de confier à l'entreprise, l'administration courrait le risque d'être condamnée à payer des prestations qui ne correspondraient pas réellement à ses besoins.

Des prestations peuvent être en effet réalisées à la demande des agents de la collectivité publique, comme l'entreprise peut fournir des prestations supplémentaires qui ont été acceptées par les services de l'administration, sans que l'autorité administrative compétente pour engager la personne publique, ne se soit prononcée sur l'opportunité de commander de telles prestations et n'ait décidé d'en supporter la dépense. C'est ainsi qu'un ingénieur conseil a réclamé le paiement de pas moins de quatorze projets et d'études liés à l'exécution de travaux publics qu'il avait effectués à la suite de lettres de commande adressées par une direction des établissements hospitaliers sans que l'autorité compétente de l'Administration générale de l'Assistance publique à Paris n'ait jamais signé aucun contrat ³⁹⁹.

De la même façon, aucun contrat ne permet de déterminer le prix auquel l'entreprise s'était engagée à réaliser les prestations convenues. Or le prestataire serait en droit de réclamer l'indemnisation de l'ensemble des charges supportées pour exécuter les prestations fournies à l'administration. Outre le montant des achats de matériaux, le coût de la main d'œuvre, la part des frais généraux liée à l'exécution des prestations, les dépenses d'investissements amortis, sa marge bénéficiaire, il pourrait également prétendre à l'indemnisation des surcoûts liés aux

³⁹⁸ R. CHAPUS, Droit administratif général, 10e éd., Montchrestien, tome 1, p 1149.

³⁹⁹ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

divers événements auxquels il a dû faire face durant l'exécution des travaux, tels que les retards pris sur le chantier ⁴⁰⁰, les difficultés techniques d'exécution, les hausses des prix ⁴⁰¹. La perte de bénéfice supportée en raison de l'impossibilité de poursuivre l'exécution d'un contrat annulé pourrait aussi être demandée.

Une entreprise a même invoqué le préjudice lié à une perte de chiffre d'affaires subie à la suite de l'annulation du contrat. N'ayant pu enregistrer le chiffre d'affaires correspondant au montant du marché, l'agrément technique délivré par un organisme de normalisation avait été dégradé. Son niveau de qualification « ramené de la classe 6 à 5 » ne lui permettait plus d'accéder à des chantiers d'aménagement paysager importants, ce qui avait induit une baisse globale de son activité ⁴⁰².

Admettre d'indemniser l'entier préjudice subi par le prestataire appauvri, pourrait donc entraîner une dérive des dépenses mises à la charge de la collectivité publique.

Tant les conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle, que les conséquences indemnitaires qu'elle emporte, qui ne sont ni favorables aux intérêts de l'entreprise, ni garantes de la préservation des deniers publics, permettent de montrer le caractère inapproprié de ce fondement de responsabilité. C'est pourquoi le juge administratif a élaboré un système de réparation spécifique, fondé sur le caractère injustifié du déplacement de valeur opéré au profit de la personne publique afin d'indemniser le prestataire des dépenses qu'il a utilement exposées pour la réalisation de prestations, qui ont été nécessaires à l'accomplissement de services publics.

⁴⁰⁰ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁴⁰¹ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Société SPIE Batignolles ; CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁴⁰² CAA Versailles, 9 février 2010, n° 08VE00028, Société Uni-Vert Environnement.

SECONDE PARTIE :

L'ELABORATION D'UNE SOLUTION JURIDIQUE ADAPTEE AUX SITUATIONS PERI-CONTRACTUELLES

Si les solutions juridiques classiques ne permettent pas au prestataire d'obtenir l'indemnisation de son préjudice, le juge ne peut laisser subsister cette situation d'appauvrissement. Aussi a-t-il progressivement élaboré un système de responsabilité équitable, permettant de garantir les divers intérêts en présence.

La réparation du dommage causé au prestataire apparaît nécessaire au regard de l'objectif de justice commutative, qui implique de rétablir les déséquilibres injustifiés entre les situations des justiciables. La recherche d'un fondement juridique permettant de justifier de l'obligation de rendre à chacun ce qui lui est dû, n'interdit pas de faire appel à un principe de justice élémentaire présent dans la conscience collective, et fondé sur l'équité, dans la mesure où la construction empirique jurisprudentielle détermine les conditions précises d'application de ce principe qui s'imposeront alors dans le règlement des litiges dont est saisi le juge.

S'inspirant des travaux de la doctrine, le juge administratif a ainsi admis dès la fin du XIX^e siècle d'indemniser les dépenses exposées par le demandeur appauvri qui présentent une utilité pour la collectivité lorsque l'administration avait donné son assentiment à la réalisation des prestations qui lui ont été délivrées. Cette solution permettait de corriger le déplacement de valeur opéré au profit de la personne publique tout en préservant les deniers publics. Le principe d'enrichissement sans cause avait été invoqué dans certaines des décisions rendues par le juge mais la nécessité de sanctionner l'enrichissement procuré en l'absence de cause juridique, sans qu'elle ne doive « son existence » ou « sa force obligatoire » à un texte de droit écrit n'a été reconnue par le conseil d'Etat qu'en 1961. La décision "Ministre de la Reconstruction c. Société Sud Aviation" érige l'enrichissement sans cause au rang des

principes généraux du droit afin de répondre aux "objectifs d'équité et de justice" qui sont à la base du contentieux de la responsabilité de la puissance publique ⁴⁰³.

Toutefois le développement des services rendus à la population a conduit l'administration à externaliser nombre de ses tâches à des prestataires extérieurs spécialisés en privilégiant le recours au procédé contractuel. Parallèlement le droit des contrats publics s'est enrichi de nouvelles règles permettant de préserver les intérêts publics. Ces exigences se sont encore accrues sous l'influence du droit communautaire. Les multiples irrégularités susceptibles de remettre en cause la validité des contrats conclus, fragilisaient la sécurité des relations des personnes publiques avec ses prestataires. Le juge administratif a été amené à clarifier les conditions d'indemnisation du prestataire appauvri afin de garantir le remboursement des dépenses exposées par l'entreprise au profit de la collectivité ⁴⁰⁴. Il a réaffirmé le caractère objectif de ce système de réparation qui n'emporte de jugement de valeur sur les fautes commises par les parties lors de la passation de leur accord. Celles-ci doivent rester sans incidence sur le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause que l'appauvri est en droit d'obtenir, sauf à ce que ses agissements aient été de nature à vicier le consentement de l'administration ⁴⁰⁵.

Le conseil d'Etat a également admis d'allouer une indemnité complémentaire de façon à compenser le manque à gagner subi par l'entreprise résultant de l'inexistence d'un contrat. Pour ce faire il a associé les fondements de responsabilité, soit quasi-contractuelle, soit quasi-délictuelle et prévu que la faute de la personne publique pouvait être invoquée lorsque l'enrichissement sans cause ne permettait pas déjà d'indemniser l'ensemble des sommes que l'entreprise était en droit d'obtenir si le contrat avait été valide ⁴⁰⁶. Dès lors cette construction originale permettait de rétablir l'équilibre de la situation de l'entreprise qui avait proposé ses services en toute bonne foi à l'administration.

De plus la personne publique peut obtenir la réparation des dommages causés par la mauvaise exécution des travaux. Lorsque les constructeurs n'ont pas respecté les règles de leur art et ont

⁴⁰³ CE, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction c. Société Sud Aviation*, concl. Heumann, R.D.P. 1961, p. 655 et suiv.

⁴⁰⁴ CE, 19 avril 1974, n°82518, *Segrette*.

⁴⁰⁵ CE, 22 février 2008, n°266755, *M. Etienne B (TÊTE)*.

⁴⁰⁶ CE, 19 avril 1974, n°82518, *Entreprise Segrette* ; CE, 26 mars 2008, n°270772, *Société SPIE Batignolles*.

livré un ouvrage non conforme à sa destination, l'administration peut engager la responsabilité des entreprises sur le fondement quasi-délictuel ⁴⁰⁷. Cette solution permet de remédier au défaut des garanties contractuelle, ou post-contractuelle que le maître d'ouvrage ne peut invoquer en l'absence de contrat valide (Chapitre I).

Toutefois la réparation des situations péri-contractuelles ne saurait être mise en œuvre si les conditions d'exercice de l'action en enrichissement n'étaient pas remplies. Tout d'abord le demandeur appauvri n'échappera pas à la nécessité d'établir la réalité du préjudice qu'il invoque ainsi que du lien, non pas de causalité, mais de corrélation qui peut être direct, ou indirect ⁴⁰⁸ avec l'enrichissement procuré à la personne publique. Les conditions matérielles de l'action permettent ainsi de s'assurer du déplacement de valeur opéré au profit de l'administration. Celui-ci devra prendre en compte les différents avantages procurés aux parties. Or l'entreprise a pu rechercher un avantage personnel en délivrant des prestations en l'absence de tout contrat signé, qui apparaîtra alors comme la cause de son appauvrissement ⁴⁰⁹.

La nature quasi-contractuelle de l'action en enrichissement sans cause résulte de l'assentiment donné par la personne publique. Si celui-ci est présumé lorsqu'un contrat a été irrégulièrement conclu, tel n'est pas le cas lorsque l'entreprise a réalisé des prestations qui n'ont pas fait l'objet d'une demande écrite de l'administration. Le demandeur devra alors rapporter les éléments de preuve suffisants. La condition tenant à l'assentiment de la personne publique, spécifique au droit administratif, permet de couvrir les fautes qui peuvent être reprochées au prestataire lors de la passation de l'accord, celui-ci ayant en effet accepté de signer un contrat entaché d'irrégularité ou de délivrer des prestations en l'absence de tout contrat. L'assentiment donné par l'administration ne résistera toutefois pas devant les manœuvres de l'entreprise qui ont été de nature à vicier le consentement de la personne publique. Dans ce cas le demandeur ne pourra obtenir aucune indemnité d'enrichissement sans cause ⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

⁴⁰⁸ CE, 18 juin 1976, n° 92181, Ville de Vaulx-en-Velin.

⁴⁰⁹ CAA Marseille, 28 août 2003, n° 97MA00884, Société Niçoise des Tunnels de Saint Augustin.

⁴¹⁰ CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755.

L'action en enrichissement présente un caractère subsidiaire et devra être rejetée lorsque le demandeur dispose d'une autre voie de droit pour obtenir la réparation de son préjudice. Ce principe est généralement rappelé à la société sous-traitante de l'entreprise titulaire du marché irrégulièrement passé avec la personne publique. Toutefois le juge a admis d'examiner une telle demande lorsque l'insolvabilité avérée de l'entreprise principale a empêché le sous-traitant d'obtenir "satisfaction" ⁴¹¹.

Le conseil d'Etat a également assoupli les règles de procédure afin d'accueillir la nouvelle demande en enrichissement sans cause du prestataire, lorsque le débat contentieux engagé sur le fondement contractuel soulève un moyen tiré de l'irrégularité entachant la validité du contrat ⁴¹². Cette évolution favorable à l'ancien co-contractant s'explique par le fait que la nullité du contrat constitue un moyen d'ordre public. Or tel n'est pas le cas de l'enrichissement sans cause qui apparaît comme une nouvelle cause juridique dans le contentieux de la passation et de l'exécution du contrat (Chapitre 2).

⁴¹¹ CE, 27 juillet 1984, n° 34860, Commune de la Teste de Buch.

⁴¹² CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

CHAPITRE I.

LE FONDEMENT DE LA REPARATION : LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION EQUITABLE

Alors qu'aucun acte juridique, ni aucune voie classique de responsabilité ne permet de corriger la situation du prestataire appauvri, le juge en appelle à l'équité pour justifier du recours au principe d'ordre moral, présent dans la conscience collective, selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui.

L'équité inspire l'ordre juridique, en particulier lorsque le juge construit sur la base d'un principe de justice élémentaire, un moyen de droit destiné à réparer la situation lésée qui correspond à un vide juridique. Il prend le soin de délimiter son champ d'application afin d'éviter qu'il ne bouleverse l'ordre juridique (section 1).

L'action en enrichissement sans cause découle de cette démarche. Dès le XIXe siècle, le juge administratif s'est trouvé confronté à la nécessité d'indemniser les prestations réalisées à la suite d'un ordre irrégulier donné par l'administration. Le droit de la responsabilité administrative ne prévoyait ni le principe, ni les modalités, de la réparation d'un tel préjudice. Le principe d'enrichissement sans cause reconnu par la Cour de cassation avaient fait l'objet de nombreuses études de la part de la doctrine. Pour sa part le juge administratif a admis que les seules dépenses exposées au profit de la collectivité publique et avec son assentiment, ouvrent droit à indemnisation. La consécration du principe d'enrichissement sans cause n'est intervenue que plus tardivement en 1961 (section 2).

Ce principe devait néanmoins être aménagé de façon à prendre en compte le phénomène croissant de contractualisation de l'action administrative et à sécuriser les relations d'échange qui ne pouvaient être réglées sur le fondement des obligations contractuelles. Le conseil d'Etat a clarifié les conséquences liées à la violation des règles applicables à la commande publique en rappelant le caractère objectif de la responsabilité quasi-contractuelle et admis que la

responsabilité de la personne publique puisse être engagée sur le fondement quasi-délictuel afin d'accorder un complément d'indemnisation au titre du dommage subi du fait de l'absence d'un contrat valide. Pour sa part le maître d'ouvrage pourra invoquer les manquements aux règles de l'art des constructeurs pour obtenir la réparation des dommages résultant des malfaçons affectant l'ouvrage livré (section 3).

Section 1. L'équité, fondement de la réparation

L'équité du latin « *aequitas* » qui signifie égalité, est définie comme une vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste, voire une notion de justice naturelle dans l'appréciation de ce qui est dû à chacun. Pour certains auteurs, elle apparaît comme une "représentation morale de ce qui apparaît juste et peut éventuellement s'éloigner de la règle de droit" ⁴¹³.

Elle inspire l'ordre juridique avec parcimonie (§ 1), et notamment lorsque le juge est confronté à une situation de déséquilibre pour laquelle le droit positif n'a prévu aucun moyen de droit permettant d'y remédier (§ 2).

§ 1. L'équité dans l'ordre juridique

La notion d'équité est présente dans l'ordre juridique tant international qu'interne. Certaines règles juridiques s'y réfèrent expressément, d'autres s'en inspirent ⁴¹⁴. Elle n'est pas absente de certaines solutions mises en œuvre par le juge administratif.

En matière fiscale, la progressivité de l'impôt est inspirée de l'équité. La déclaration des droits de l'homme de 1789 prévoit en effet que la contribution commune indispensable à l'entretien de la force publique et aux dépenses d'administration « doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés » ⁴¹⁵.

⁴¹³ C. PUIGELIER, Dictionnaire juridique, Larcier, coll. Paradigme, 2015, n°2107.

⁴¹⁴ M. FOULETIER, Recherches sur l'équité en droit public français, Thèse, L.G.D.J., 2003.

⁴¹⁵ D.D.H.C., article 13.

Nombreuses sont les dispositions du code civil qui mentionnent expressément cette notion. L'article 565 en fournit un exemple : il prévoit que le droit d'accession en matière de choses mobilières « est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle » et énonce différentes règles « qui serviront au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières ». En droit des contrats, il est encore prévu que "les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature " ⁴¹⁶.

Saisi d'un litige, le juge civil pourra prescrire le report ou l'échelonnement du paiement d'une dette, « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier ⁴¹⁷ ou modérer les dommages et intérêts résultant des fautes ou de la négligence du gérant d'affaire au regard des « circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire » ⁴¹⁸.

Le code de procédure civile prévoit également une procédure d'arbitrage par laquelle le juge est « amené à statuer comme aimable compositeur ». Les parties confèrent alors au juge la mission de juger en équité afin de rechercher une solution juste, à laquelle l'application des stipulations contractuelles ne conduit pas nécessairement ⁴¹⁹.

Comme le médiateur de la République peut recommander à l'organisme mis en cause "toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation" afin de régler les difficultés que rencontrent les administrés dans le fonctionnement des services publics ⁴²⁰.

L'équité inspire également le droit administratif, et ce d'autant que celui-ci est essentiellement prétorien.

Le juge a ainsi conçu un système de responsabilité justifié par le caractère anormal du préjudice subi du fait des actions menées par l'administration dans l'intérêt général, sans qu'aucune faute de la personne publique ne doive être établie. Ce régime est d'autant

⁴¹⁶ Code civil, article 1135.

⁴¹⁷ Code civil, article 1244-1.

⁴¹⁸ Code civil, art. 1374.

⁴¹⁹ Code de procédure civile, articles 6, 20 et 21.

⁴²⁰ Article n°9 de la loi n°73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, abrogée par l'article 22 de la loi n°2011-334 du 29 mars 2011.

favorable à la victime qu'il est d'ordre public. Il permet d'engager la responsabilité de la collectivité publique soit en raison d'un risque « spécial » que ses activités ont fait courir au demandeur, soit du fait des charges anormales supportées à la suite des décisions légales prises et qui caractérisent une rupture de l'égalité devant les charges publiques.

La responsabilité contractuelle sans faute en fournit également une illustration. Comme l'explique Monsieur Georges PEQUIGNOT, "l'équité exige que toute sujétion que l'administration impose à son cocontractant soit compensée par une juste réparation" ⁴²¹. La doctrine y voit le moyen de compenser l'arbitraire de l'administration, lorsque celle-ci "sous couvert d'un acte d'autorité, se dégage des liens contractuels" ⁴²². En l'absence cette fois, de tout aléa administratif, la théorie de l'imprévision procède encore de l'équité. Les stipulations contractuelles étant inefficaces pour régler les conséquences des événements que les parties n'ont pu prévoir, il serait injuste de laisser à la charge du seul cocontractant les frais engagés pour répondre aux circonstances imprévisibles, qui ont engendré un bouleversement de l'économie du contrat ⁴²³.

Comme le juge admet désormais de modérer le montant des pénalités de retard appliquées conformément aux dispositions du contrat, lorsque celles-ci apparaissent « manifestement excessives » ⁴²⁴.

L'équité insuffle également les méthodes d'analyse ou d'appréciation des situations litigieuses. Après avoir examiné les circonstances de l'espèce, le juge recourt à la théorie du bilan pour considérer le poids respectif des intérêts en cause, privés et publics, comme c'est le cas en matière d'expropriation ⁴²⁵.

Statuant sur la validité d'un contrat, le juge administratif adapte la sanction de l'illégalité entachant la procédure de passation ou certaines stipulations, en fonction des intérêts lésés en présence. Il appréciera ainsi « l'importance et les conséquences » de l'illégalité de l'acte détachable du contrat au regard de « l'atteinte excessive » que l'annulation du contrat est

⁴²¹ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p. 453.

⁴²² J.-F. OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, L.G.D.J. Lextenso éditions, 2014, p. 153.

⁴²³ CE, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. 152, GAJA, 15^e éd., p. 184.

⁴²⁴ CE, 29 décembre 2008, n°296930, *OPHLM de Puteaux*.

⁴²⁵ CE, 28 mai 1971, n°78825, *Ville Nouvelle Est*.

susceptible de porter à l'intérêt général ⁴²⁶. La modulation de la sanction permet ainsi de prendre en considération les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence ⁴²⁷.

De façon explicite cette fois, il est prévu au terme de l'article L. 761 du code de justice administrative, que les juridictions de l'ordre administratif peuvent condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'elles déterminent "lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens".

A tout le moins, l'équité commande que le droit objectif prévoit les moyens permettant de corriger les injustices et les inégalités afin de rendre à chacun ce qui lui est dû. Elle ne saurait en aucun cas justifier que le juge administratif puisse "sortir de son rôle de correctif permettant l'adaptation de la règle de droit à des situations très particulières, si elle tendait à affranchir le juge de l'observation de la jurisprudence, l'équité entrerait en conflit avec quelques-unes des vertus cardinales de tout système juridictionnel : la sécurité juridique et l'égalité devant la loi " ⁴²⁸.

§ 2. L'équité au secours d'un droit lacunaire

L'équité comporte deux acceptations en droit. Soit elle permet une adaptation de la règle au cas d'espèce, soit elle est destinée à pallier aux insuffisances du droit.

L'ordre juridique prohibe le jugement en équité. Il est à craindre en effet que l'équité puisse entraîner le juge à "écarter le droit" pour rendre une décision intuitive qui lui paraîtrait juste ⁴²⁹. Aussi le juge doit-il rendre la justice en droit, "conformément aux règles de droit applicables" au litige ⁴³⁰ et en motivant sa décision par des motifs de droit.

⁴²⁶ CE, 10 décembre 2003, n°248950, Institut de recherche pour le développement.

⁴²⁷ CE, 11 mai 2004, Association AC, AJDA 2004, p. 1183, chr. C. LANDAIS et F. LENICA.

⁴²⁸ M. COMBARNOUS, L'équité et le juge administratif, in Justice et Equité, Justices, Dalloz, 1998/9, p. 77.

⁴²⁹ P. JESTAZ, "Equité", Rép. dr. civ., Dalloz 1972, § 3 et 7.

⁴³⁰ Code de procédure civile, article 12.

Le cour de cassation censure en application des dispositions de l'article 604 du Code de procédure civile, " la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit », notamment lorsque les juges du fond ont "substitué des considérations d'équité à la force obligatoire de la convention des parties" dont les termes "sont (pourtant) clairs et précis" ⁴³¹.

De la même façon, le conseil d'Etat a considéré que « le moyen tiré de ce que l'application d'une réglementation entraînerait des conséquences inéquitables pour les agents concernés n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en excès de pouvoir » ⁴³².

Il s'agit pour le juge de se prononcer sur les faits en droit, et non de « faire la loi ». Retenir une solution différente aboutirait à ce que le juge administratif apprécie non pas seulement la légalité des actes de l'administration, mais également leur opportunité en toute méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs.

Toutefois le droit positif ne parvient pas toujours à garantir l'égalité des droits. Les lacunes du système juridique peuvent en effet provoquer des inégalités, en ne prévoyant aucun moyen de droit permettant de rétablir l'équilibre des intérêts lésés. Comme l'application de règles générales peut nécessiter une appréciation circonstanciée des situations afin d'assurer l'égalité de traitement des personnes.

C'est ainsi que le législateur a été amené à édicter des mesures de discrimination positive, comme en matière de parité homme femme, afin de garantir une meilleure égalité des sexes ⁴³³.

Pour sa part, le juge se rendrait coupable de déni de justice lorsqu'il refuserait " de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi " ⁴³⁴.

⁴³¹ Cass. Soc., 4 décembre 1996, n°93-45625, Société ISD : concernant l'indemnisation de salariés au titre de leur travail durant les jours fériés.

⁴³² CE, 6 juillet 1956, Dame Monfort, Rec. p. 256.

⁴³³ A titre d'exemple, la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983, dite loi Roudy, concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, la formation et la promotion professionnelles, ainsi que les conditions de travail.

⁴³⁴ Code civil, article 4.

L'un des rédacteurs du code civil, Monsieur Jean-Etienne-Marie PORTALIS, n'hésitait pas à écrire : « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »⁴³⁵.

Aussi le juge se réfère-t-il aux principes de "justice élémentaire"⁴³⁶ lorsque l'application rigoureuse des règles de droit positif ne permet pas de corriger l'intérêt lésé. Ces principes permettent tout d'abord d'apprécier le caractère injuste du préjudice invoqué. Le cas échéant, ils inspireront l'élaboration d'une construction jurisprudentielle destinée à dégager une solution juridique qui soit à la fois égalitaire et raisonnable au regard des différents intérêts en présence.

De sorte que les moyens de droit fondés sur l'équité, tendent à la fois à rétablir les situations de déséquilibre entre les justiciables et à garantir la justice sociale. Ils permettront en effet d'éviter les différences de traitement dans le règlement des litiges, de même que les considérations arbitraires du juge liées à sa conscience ou à son sens de la justice.

Section 2. L'appel au principe d'enrichissement sans cause pour combler un vide juridique

La théorie de l'enrichissement sans cause fournit une parfaite illustration des constructions empiriques dégagées par le juge afin de combler un vide juridique. Le juge administratif s'est en effet trouvé confronté à la nécessité d'indemniser le particulier qui avait rendu service à l'administration en l'absence de contrat régulièrement conclu. L'état du droit de la responsabilité administrative à la fin du XIXe siècle ne proposait pas d'outil juridique (§ 1). Les travaux de la doctrine avaient permis de mettre en lumière la finalité du principe d'enrichissement sans cause consacré par la Cour de cassation (§ 2). C'est dans ce contexte que le juge administratif a progressivement défini les conditions spécifiques d'engagement de la responsabilité de la personne publique en admettant d'indemniser les prestations réalisées avec l'assentiment de l'administration et à hauteur des seules dépenses qui ont été utiles à la

⁴³⁵ J.E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1er pluviôse an IX. Collection "Les classiques des sciences sociales", <http://classiques.uqac.ca/>.

⁴³⁶ L. MICHOU, Gestion d'affaires appliquée aux services publics, Rev. Gén. Adm., 1894.II.149.

personne publique en l'absence d'accord régulièrement passé et ce, bien que le fondement juridique de l'obligation incombant à la collectivité publique soit resté longtemps imprécis (§ 3).

§ 1. La nécessité de mettre fin à la situation d'appauvrissement du prestataire appauvri de l'administration

Le conseil d'Etat a été saisi de demandes tendant à l'indemnisation de prestations qui avaient été délivrées à la suite d'un ordre irrégulièrement donné par l'administration. Les premières décisions identifiées, datent des années 1850 ⁴³⁷.

Il lui appartenait de rétablir l'équilibre rompu entre les situations de la personne publique et du particulier qui lui avait rendu service. Cette situation pouvait en effet caractériser une atteinte portée au droit de propriété si elle n'était pas corrigée. Le prestataire de l'administration avait été privé des fournitures livrées à la personne publique ou des matériaux nécessaires à la réalisation des travaux et ne pouvait plus utiliser dans le cadre d'autres marchés alors qu'il n'avait pu en percevoir les fruits, aucune contrepartie financière ne lui ayant été versée. Il n'était pas davantage possible de considérer qu'il ait pu accepter de transférer la propriété de ces biens en l'absence de contrat.

Au regard des principes d'égalité consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, et plus particulièrement des dispositions de l'article 17, nul ne peut être privé de sa propriété, "si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité". Tant la Convention Européenne des Droits de l'Homme que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confirmeront l'obligation d'accorder "une juste indemnité" à celui qui a été empêché d'utiliser, de disposer et de léguer ses biens pour une cause d'utilité publique ⁴³⁸.

⁴³⁷ CE, 8 avril 1842, Duvergier et consorts et Ministre de l'Intérieur c. maire de la Commune de Gentilly, Rec. 162 ; CE, 19 juin 1856, Tinel, Rec. 425.

⁴³⁸ CEDH, article 1^{er} du protocole additionnel n°1, entrée en vigueur en 1953 et ratifiée par la France en 1974 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 17.

Si les biens procurés à l'administration n'ont pas fait l'objet d'un ordre régulièrement donné par la personne publique, ceux-ci n'ont pas été restitués au prestataire et ont été utilisés pour l'accomplissement des services publics. A tout le moins, l'équité commande, à défaut de toute voie juridique applicable à la situation de l'appauvri, d'indemniser la perte subie du fait des fournitures et matériaux fournis à la collectivité publique.

De surcroît la personne publique ne saurait utiliser les biens qu'elle ne s'est pas légalement procurée, ne justifiant ni d'un contrat valide, ni d'un acte d'autorité résultant de ses prérogatives de puissance publique ou d'une loi, prévoyant la mise à disposition de ces biens.

Aussi on ne peut qu'adhérer à la thèse développée par Monsieur Gabriel BAYLES selon laquelle le principe général d'enrichissement sans cause se justifie sur le plan du droit positif, par l'idée d'équilibre des situations juridiques et, à l'échelon extérieur de la réalité positive, par la préoccupation d'éviter une spoliation, c'est-à-dire par une certaine réaction contre le caractère léonin des faits générateurs d'enrichissement sans cause " ⁴³⁹.

Les situations d'enrichissement sans cause des personnes publiques pourraient encore caractériser un abus de pouvoir, voire de droit, susceptibles de compromettre la légitimité de l'action de l'autorité administrative si l'ordre juridique ne garantissait pas le rétablissement de la perte subie par le prestataire appauvri.

Toutefois l'état du droit de la responsabilité administrative ne permettait pas à la fin du XIX^e siècle d'identifier le fondement de l'obligation résultant pour la personne publique d'indemniser les charges exposées à son profit en l'absence d'ordre régulier. Comme l'explique le Doyen René CHAPUS, "la possibilité d'imposer à la puissance publique l'obligation de réparer les dommages causés par son action" avait alors un "caractère exceptionnel" ⁴⁴⁰.

Aux termes de l'article 4 de la loi « concernant la division du territoire de la République et l'administration » du 28 pluviôse an VIII ou du 17 février 1800 ⁴⁴¹, la responsabilité de

⁴³⁹ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., p 196 n°167 à 169.

⁴⁴⁰ R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 10^e édition, Montchrestien, p 1119, n°1205.

⁴⁴¹ Abrogé par l'article 7 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques.

l'administration pouvait être recherchée sur un fondement contractuel à raison des difficultés s'élevant entre les "entrepreneurs de travaux publics" et les personnes publiques « concernant le sens et l'exécution des clauses de leur marché ».

Hormis cette matière, les particuliers avaient la possibilité de contester les contributions directes mises à leur charge et de réclamer une indemnité à raison des terrains qui leur avaient été « pris » ou « fouillés » pour la confection d'ouvrages publics. Il appartenait également au juge administratif de connaître des réclamations des particuliers qui se plaignent de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration, des difficultés en matière de grande voirie, des autorisations de plaider des bourgs ou des communes ainsi que des contentieux des domaines nationaux. Autant de circonstances qui sont étrangères à la situation du prestataire appauvri.

En dehors de ces cas, un texte spécifique devait prévoir le principe d'une réparation due par l'administration.

Le code civil avait consacré l'obligation d'indemniser les dépenses exposées au titre de la gestion d'affaires ainsi que la répétition de l'indu. Après avoir traité des « contrats ou des obligations conventionnelles », le code civil s'attache aux « engagements qui se forment sans convention »⁴⁴². L'article 1370 distingue deux catégories d'« engagements formés sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé ». Tout d'abord, certains « résultent de l'autorité seule de la loi » ; étant « formés involontairement » ils sont le fruit de situations dans lesquelles se trouvent les personnes. Il en va ainsi des obligations entre « propriétaires voisins, des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée ». Ensuite, d'autres engagements naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé et résultent soit des quasi-contrats, soit des délits ou quasi-délits⁴⁴³. L'article 1371 du code civil définit les quasi-contrats comme des « faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Deux quasi-contrats sont exclusivement prévus, la gestion d'affaires⁴⁴⁴ et la répétition de l'indu⁴⁴⁵.

⁴⁴² Code civil, respectivement titres III et IV.

⁴⁴³ Code civil, titre IV, respectivement chapitres 2 et 3.

⁴⁴⁴ Code civil, article 1375.

⁴⁴⁵ Code civil, article 1376.

L'arrêt Blanco rendu par le tribunal des conflits le 8 février 1873 a encore reconnu l'autonomie des règles applicables à l'engagement de la responsabilité de l'administration. Ainsi elle ne saurait être « régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ». De même elle « n'est ni générale, ni absolue » et « a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

Tel était le contexte juridique dans lequel le conseil d'Etat a eu à trancher les litiges résultant de l'absence d'ordre régulier de la personne publique. Bien d'autres causes de dommages n'avaient fait l'objet d'aucune intervention législative pour prévoir les conditions de leur réparation. Pour autant le juge administratif admit qu'en l'absence de texte, la responsabilité de la personne publique puisse être engagée à raison des dommages causés par ses activités, qu'il s'agisse des mesures prises, à l'encontre de ses agents ⁴⁴⁶, ou en matière de police ⁴⁴⁷.

Pour sa part, le juge civil a admis en 1892 de sanctionner l'enrichissement sans cause dans le cadre de l'action de in rem verso. Celle-ci a donné lieu à de nombreux travaux de la doctrine qui ont pu influencer les décisions rendues par le conseil d'Etat lorsque le demandeur réclamait l'indemnisation des dépenses exposées au profit de l'administration.

§ 2. L'inspiration de l'équité de la doctrine civiliste : la finalité du principe d'enrichissement sans cause

La théorie de l'enrichissement sans cause repose sur un précepte moral présent dans la conscience collective. Dans la mythologie grecque, Némésis, déesse de la juste colère des dieux, représente la justice distributive, qui dispenserait la fortune, ni bonne ni mauvaise, simplement dans la proportion due à chacun selon ses mérites ⁴⁴⁸. Aristote reconnaît de la vertu à l'homme qui notamment "s'indigne du spectacle d'une prospérité non méritée" ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ CE, 29 mai 1903, Le Berre, S. 1904.3.121.

⁴⁴⁷ CE, 27 février 1903, Zimmermann, Rec. 180 ; S. 1905.3.17, note Hauriou ; CE, 10 février 1905, Tomaso Grecco, GAJA, 16e éd., n°15, p. 87.

⁴⁴⁸ Némésis (en grec ancien Νέμεσις) dérive du terme *νεῖμειν*, qui signifie « le don de ce qui est dû ».

⁴⁴⁹ ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Livre II Théorie de la vertu, chapitre VII.

On attribue au jurisconsulte Sextus Pomponius l'adage selon lequel "jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores" ⁴⁵⁰ mentionné au Digeste du code de Justinien. Ces compilations prévoyaient notamment une action en répétition de l'indu (condictio indebiti) afin de régler les litiges nés à l'occasion de vols, d'obligations sans cause ou pour cause immorale, de paiements de l'indu ou de promesses extorquées par la violence. Cette action était appelée « de in rem verso » lorsque l'enrichissement provenait d'un incapable majeur ⁴⁵¹.

Si le principe réprochant de s'enrichir au détriment d'autrui n'a pas été consacré par les textes, il donne toutefois lieu à plusieurs applications précises en droit civil ⁴⁵². Tel est le cas notamment lorsque le propriétaire accepte de conserver les plantations, constructions et ouvrages réalisés sur son fond par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier. Les dispositions du code civil imposent alors au propriétaire de rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement ⁴⁵³.

Le principe d'enrichissement sans cause a également justifié l'action de in rem verso admise par la Cour de cassation en 1892, aux fins de corriger le déséquilibre entre les situations patrimoniales des justiciables. La doctrine civiliste a longuement expliqué cette finalité, comme elle a également montré la nécessité de préciser les conditions d'exercice de la sanction en résultant. Celle-ci ne saurait servir à écarter les règles déjà prévues par le droit positif et n'est destinée qu'à combler un vide juridique.

La sanction d'un enrichissement injustifié répond à la nécessité de rétablir l'équilibre rompu, entre les situations des personnes, selon la formule "à chacun selon son dû". Elle permet ainsi de faire respecter la justice commutative qui commande que tout déplacement de valeurs d'un

⁴⁵⁰ Digeste, 50, 17. 20. : voir P.-A. GENDREAU, "Nature de l'enrichissement sans cause", Les Cahiers de droit, 1962, vol. 5, n°1, p. 104-108, www.erudit.org.

L'adage peut être traduit de la façon suivante : il est de la loi de la nature que personne ne doive devenir plus riche de la perte et du dommage de l'autre.

⁴⁵¹ Ch. P. FILIOS, L'enrichissement sans cause en droit privé français interne et vues comparatives, Thèse Lille II, BRUYLANT, 1999.

⁴⁵² T. P. THEODOROFF, L'enrichissement sans cause, Thèse Toulouse, Imprimerie du Rapide, 1907, p. 18 et s.

⁴⁵³ Code civil, article 555.

patrimoine vers un autre soit justifié, c'est-à-dire contrebalancé par un équivalent dans le patrimoine de celui qui s'appauvrit ⁴⁵⁴, sauf à ce que les parties en aient convenu autrement.

Toutefois il est à craindre qu'une voie de droit fondée sur un principe général à dimension morale, remette en cause les conditions d'octroi des moyens juridiques prévus par le droit positif et aboutisse à bouleverser l'ordre juridique.

Cette inquiétude explique l'embarras de la doctrine à accueillir l'action de in rem verso, telle qu'elle avait été définie par la Cour de cassation en 1892. Tant les circonstances de l'affaire que la généralité du principe énoncé en l'absence de condition encadrant sa sanction ont pu inquiéter certains auteurs sur les suites qui seraient données à une telle décision ⁴⁵⁵. L'arrêt "Bourdier" indique en effet que cette action qui "découle du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui", "n'est réglementée par aucun texte" et que "son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée". En l'espèce, l'appauvrissement résultant pour le marchand de l'absence de paiement des engrais fournis à un fermier avait permis d'enrichir de façon indirecte le propriétaire des terres cultivées, celui-ci ayant en effet conservé les récoltes à la suite de la résiliation du bail dès lors que le fermier n'avait pas davantage réglé ses loyers. La cour de cassation a accordé une indemnité au marchand, sans autre condition que celle tenant à la preuve de l'avantage procuré « par un sacrifice ou un fait personnel » au défendeur ⁴⁵⁶.

Les défenseurs de l'action de in rem verso s'étaient efforcés de proposer un fondement juridique à cette action. Selon la théorie de l'équilibre du patrimoine de Messieurs Charles AUBRY et RAU, l'action correspond à l'une des "facultés inhérentes au droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine", celle de « réclamer au moyen d'une action personnelle (...) la restitution des objets ou valeurs appartenant au patrimoine". Ces éminents conseillers à la Cour de cassation avaient considéré que cette action "doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause

⁴⁵⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Théorie de la justice, chap. 5, § 1.

⁴⁵⁵ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français* : 5e éd., par Bartin, t. IX, p. 578.

⁴⁵⁶ Cass. Ch. des req. 15 juin 1892 Boudier c. Patureau. D1892.596.

légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne » dans la mesure où l'appauvri ne dispose d'aucune autre action « pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû »⁴⁵⁷.

Pour démontrer le fondement patrimonial de l'action, Monsieur Etienne BARTIN explique que l'action de in rem verso tend à corriger l'« altération du patrimoine d'une personne, en conséquence du passage injustifié de certains éléments de ce patrimoine dans un autre ». Elle prévoit de « restituer l'objet même dont l'un des patrimoines a été dépouillé au profit de l'autre, lorsqu'aucun obstacle de fait ou de droit ne s'oppose à cette restitution en nature, et, au cas contraire, à la restitution de la valeur qui en forme la représentation »⁴⁵⁸.

Dans le même sens, Monsieur Jacques MAURY a développé la théorie de l'équivalence, qui suppose que l'"on donne pour avoir, pour avoir autant que ce qu'on donne". L'auteur considère que "la conscience sociale estime juste tout déplacement de valeur auquel correspond un déplacement de même amplitude (...) faute de quoi (ce dernier) sera sans cause et pourra être répété" et que le but de l'action de in rem verso est de "rétablir l'équilibre rompu entre deux patrimoines"⁴⁵⁹.

La théorie de Monsieur André ROUAST est fondée sur la notion de cause, qu'il définit "comme l'élément qui est la contre-partie, soit de l'appauvrissement, soit de l'enrichissement, et dont la présence a pour effet de les neutraliser ». Il explique que l'action en enrichissement sans cause est fondée sur un « principe de droit naturel fondé sur l'équilibre des prestations » permettant de rétablir l'équilibre rompu entre les patrimoines lorsque la prestation fournie n'est pas « équilibrée par une prestation correspondante »⁴⁶⁰.

Messieurs RIPERT et TEISSEIRE ont développé la théorie du profit créé ; ils ont ainsi tenté de rapprocher l'action de in rem verso d'avec la responsabilité civile et considéré que "tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un profit donne le droit à celui par le fait de qui ce profit a été obtenu de le récupérer"⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français : 5e éd., par Bartin, t. IX, p. 578.

⁴⁵⁸ Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français : 5e éd., par Bartin, t. IX, p. 361, note 9.

⁴⁵⁹ J. MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse, Toulouse, 1920, t. II, p. 415 et suiv.

⁴⁶⁰ A. ROUAST, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile : RTD civ. 1922, p. 35 et suiv.

⁴⁶¹ G. RIPERT et TEISSEIRE, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause de droit civil français, Rev. Trimestrielle, 1904, p. 727 et suiv.

Ces travaux ont permis d'analyser le mécanisme ainsi que la finalité de l'action de in rem verso. Ils ont aussi largement contribué à définir ses conditions d'exercice. S'inspirant en particulier des travaux de Messieurs AUBRY et RAU, la Cour de cassation devait préciser en 1914 le caractère subsidiaire de l'action qui "doit être admise dans tous les cas où le patrimoine se trouvant sans cause légitime enrichi aux dépens d'une autre personne, celui-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit ⁴⁶².

Pour autant, et si brillantes soient-elles, ces différentes théories n'ont pas suffi à masquer l'origine morale du principe d'enrichissement sans cause.

Réfutant lui-même la théorie du profit créé qu'il avait élaborée, Monsieur Georges RIPERT a soutenu que l'action de in rem verso constituait la "traduction pure et simple d'un devoir moral en obligation juridique". Aux critiques relevant le "besoin de maintenir la séparation du droit et de la morale", l'auteur répond que "là où les recours ont été établis sur des bases précises, il n'y a plus lieu de parler de devoir moral, le recours étant supposé donné satisfaction à l'équité" ⁴⁶³.

Les travaux de la doctrine civiliste ont donc montré la nécessité d'encadrer la mise en œuvre du principe d'enrichissement sans cause, qui permettra de rétablir l'équilibre entre les situations patrimoniales des justiciables lorsqu'aucune voie de droit ne prévoit de corriger le transfert de valeur injustifié.

§ 3. L'adaptation du principe d'enrichissement sans cause aux nécessités du droit administratif

S'inspirant de la théorie d'enrichissement sans cause dégagée par la doctrine et la jurisprudence civiles, le juge administratif a élaboré un système de responsabilité spécifique,

⁴⁶² Cass. R q. 12 mai 1914, S.1918, I, 41 ; Cass. R q 2 mars 1915, D., 1920, I, 102.

⁴⁶³ G. RIPERT, La règle morale, L.G.D.J., 1949, 4^e éd., p. 248 n 134 et p. 267 n 147.

adapté aux nécessités propres du droit administratif qui permet d'indemniser les prestations utiles à la collectivité que le particulier sans titre, a réalisées avec l'assentiment de la personne publique.

L'action ouverte au prestataire de l'administration a été admise dans des circonstances très différentes de celles de l'action in rem verso. Le conseil d'Etat n'a nullement consacré en des termes généraux la sanction d'enrichissement sans cause. Il a tout d'abord défini les conditions particulières qui permettaient d'allouer une indemnité au particulier qui avait réalisé des prestations à la suite d'un ordre irrégulier donné par la personne publique puis consolidé ce droit à une indemnisation en élevant l'enrichissement sans cause, au rang des principes généraux du droit.

La thèse de Monsieur Gabriel BAYLES expose longuement la genèse du principe d'enrichissement sans cause en droit administratif, et notamment les courants doctrinaux qui se sont opposés pour "la reconnaissance d'une obligation quasi contractuelle à la charge d'une collectivité publique à défaut de convention régulièrement autorisée et approuvée" ⁴⁶⁴.

En vertu des principes de prévision et d'autorisation des dépenses publiques, la personne publique ne pourrait prendre en charge dans son budget les dépenses qu'elle n'aurait pas régulièrement prévues et autorisées, sauf à ce qu'elles résultent d'une faute engageant sa responsabilité. Cette idée fut principalement défendue par MM. Marquès di Braga et Lyon ⁴⁶⁵.

Le respect des règles budgétaires et de protection des finances publiques avait d'ailleurs conduit le conseil d'Etat à écarter dans un premier temps la notion d'enrichissement sans cause. Ainsi les dépenses qui « n'ont pas été votées par le conseil municipal de la commune de Gentilly, ni approuvées » ne pouvaient être mises à sa charge sans « violer les règles de la comptabilité communale » ⁴⁶⁶. De même, le requérant « qui ne produit aucune délibération du

⁴⁶⁴ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 12 et suiv.

⁴⁶⁵ P MARQUES DI BRAGA et C LYON, Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics – De la comptabilité de fait, 1890, 6 vol, Tome I, p. 159-160.

⁴⁶⁶ CE, 8 avril 1842, Duvergier et consorts et Ministre de l'Intérieur c. maire de la Commune de Gentilly, Rec. 162.

conseil municipal en vertu de laquelle la commune (aurait) pris l'engagement d'acquitter une partie de la dépense » ne peut être indemnisé de son appauvrissement ⁴⁶⁷.

D'autres auteurs ont en revanche défendu le principe d'enrichissement sans cause. Monsieur Léon Michaud considère que l'interdiction de s'enrichir aux dépens d'autrui est une "règle d'équité et de justice élémentaire" qui s'impose à tous, et notamment "à l'Etat ou aux communes » ⁴⁶⁸.

Monseur Achille MESTRE explique que le conseil d'Etat "a construit progressivement une théorie nettement administrative, qui utilise avec à-propos les diverses données civilistes", le juge "empruntant" à la gestion d'affaires la notion de travaux utiles, à l'action de in rem verso celle de profit ⁴⁶⁹.

Le Doyen Maurice HAURIOU réfutera la thèse selon laquelle l'indemnisation de l'appauvri sans cause méconnaîtrait les règles de la comptabilité publique, à l'occasion de l'affaire Zeilabadine ⁴⁷⁰. Si "les règles budgétaires conditionnent le financement et le paiement des dépenses engagées par les collectivités publiques, elles n'ont en revanche aucune influence sur la naissance des obligations qui peuvent être mises à leur charge. Elles conservent leur autonomie par rapport aux actes qui engagent la responsabilité des collectivités". L'auteur défend également l'idée selon laquelle "le juge administratif doit s'efforcer de sanctionner les obligations nouvelles qui naissent des quasi-contrats. La loyauté qui doit présider à l'établissement des conventions et à l'équilibre des rapports qui se nouent entre la puissance publique et les particuliers est à ce prix. Le bon sens et l'équité postulent la reconnaissance de ce nouveau principe" ⁴⁷¹.

Dès la seconde moitié du XIXe siècle, le conseil d'Etat a admis d'indemniser les dépenses utilement exposées à la suite d'un ordre irrégulier, dont a tiré profit la personne publique. En

⁴⁶⁷ CE, 19 juin 1856, Tinel, Rec. 425.

⁴⁶⁸ L. MICHOD, Gestion d'affaires appliquée aux services publics, Rev. Gén. Adm., 1894.II.149.

⁴⁶⁹ A. MESTRE, Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, Rec. de l'Académie de législation de Toulouse, 1860, tome IX, p. 177 ; G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 22, n°24.

⁴⁷⁰ CE, 19 avril 1909, Zeilabadine, S. 1910.3.1.

⁴⁷¹ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 17, n°19.

1859, le conseil d'Etat a en effet considéré que si les travaux effectués par un particulier n'avaient pas été régulièrement autorisés, cette irrégularité n'interdisait pas de lui accorder une indemnité « pour ceux des travaux dont la Commune a profité »⁴⁷². Il a également ordonné le remboursement de l'indemnité indûment accordée au titre des dépenses engagées pour l'exécution des travaux qui n'avaient été « d'aucune utilité pour la Commune »⁴⁷³. La haute juridiction a encore reconnu le droit à indemnité de l'architecte dont les études et recherches ont profité à la collectivité⁴⁷⁴.

Les décisions du conseil d'Etat paraissaient hésiter sur le fondement de l'action. Certaines se réfèrent au principe de droit commun selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui qui ne saurait être violé⁴⁷⁵ ou évoquent le "quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public"⁴⁷⁶, d'autres visent expressément les dispositions de l'article 1375 du code civil relatives à la gestion d'affaires⁴⁷⁷.

La haute juridiction a néanmoins rendu une suite de décisions semblables qui confirment les conditions de ce droit à indemnisation. A la suite des travaux de réparation d'un presbytère effectués par un desservant, conformément à une délibération du conseil de fabrique non approuvée par l'évêque diocésain, et sans autorisation du conseil municipal, il a été jugé que la fabrique était tenue de payer les travaux qui présentent "une utilité réelle" dans la mesure du "profit qu'elle) a retiré de l'exécution de ces réparations" et ce, malgré les irrégularités commises⁴⁷⁸.

⁴⁷² CE, 22 décembre 1859, Commune de Vézac, Rec. 767.

⁴⁷³ CE, 19 avril 1860, Commune de Gonnord, Rec. 338.

⁴⁷⁴ CE, 13 avril 1883, Philippon, Rec. 346.

⁴⁷⁵ CE, 15 février 1889, Lemaire c. Fabrique de l'Eglise de Rincq, Rec. 226.

⁴⁷⁶ CE, 18 juin 1920, Epoux Rigault, Rec. 596.

⁴⁷⁷ CE, 28 juillet 1911, Sieur de la Guerinière, Rec. 933.

⁴⁷⁸ CE, 15 février 1889, Lemaire c. Fabrique de l'église de Rincq, Rec. 226 : « attendu qu'il en est pas moins établi que les travaux ont été reconnus être d'une utilité réelle, que le profit que la fabrique a retiré de l'exécution de ces réparations ne saurait (la) soustraire au paiement (d'une indemnité) sans violer le principe de droit commun que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ».

De même le conseil d'Etat a considéré que la commune "doit supporter la charge" des fournitures et des travaux qui "ont été faits dans l'intérêt de la commune" par les requérants et dont elle a "profité" ⁴⁷⁹.

Ou encore, l'ordre irrégulier donné par le ministre de la justice à la suite du décès d'un prisonnier causé par le froid, de remplacer d'urgence les calorifères d'une prison, « ne faisait pas obstacle à ce que les sieurs G exerçassent contre le département qui ne doit pas s'enrichir à leurs dépens une action afin de se faire rembourser des dépenses dont a profité celui-ci » ⁴⁸⁰.

Plusieurs décisions confirment encore l'obligation de la personne publique d'allouer une indemnité pour les prestations qui ont été "utiles" et « dans la mesure du profit qu'elle en a retiré » ⁴⁸¹.

Les conditions essentielles d'exercice de l'action en enrichissement sans cause apparaissent dès lors fixées. Celle-ci peut être intentée lorsque les prestations ont été réalisées à la suite d'un ordre irrégulier donné par la personne publique. Ce dernier révèle à la fois l'absence de fondement juridique justifiant l'enrichissement critiqué mais également l'assentiment de la personne publique. Le droit à indemnisation est admis lorsque la personne publique a tiré profit des prestations fournies. L'indemnité ne couvre que les prestations utiles effectuées par l'appauvri dans l'intérêt général.

Il fallut toutefois attendre 1961 pour que le conseil d'Etat érige l'enrichissement sans cause au rang des principes généraux du droit, « applicable, même sans texte, à la matière des travaux publics ». En l'espèce la Société nationale Aéronautique du Sud-Ouest avait réalisé des travaux d'aménagement dans une caserne mise à sa disposition par l'autorité militaire en exécution d'un ordre formel des autorités allemandes sous l'occupation, afin d'y loger le personnel de la société. En 1945 elle fut expulsée, l'administration reprit possession des locaux rénovés pour les affecter au Ministère de la Reconstruction. Le juge admit

⁴⁷⁹ CE, 28 juillet 1911, Sieur de la Guérinière, Rec. 933 : "qu'il est néanmoins constant que les fournitures et les travaux des sieurs R et G ont été faits dans l'intérêt de la commune et qu'elle en a profité ; que par suite elle doit en supporter la charge ».

⁴⁸⁰ CE, 5 août 1920, Grouvelle, Rec. 823.

⁴⁸¹ CE, 24 mars 1943, Sieur Livernet, Rec. 80 ; CE, 15 mars 1944, Sieur Pelou, Rec. 88 ; CE, 15 juillet 1959, Vauzelle, Rec. 466.

d'indemniser la société sur le fondement de l'enrichissement sans cause des travaux qui ont « présenté une utilité certaine pour les services » de l'Etat.

La haute juridiction administrative « recueillait » la nécessité de sanctionner l'enrichissement procuré en l'absence de cause juridique, sans qu'elle ne doive « son existence », ou « sa force obligatoire » à un texte de droit écrit. Le commissaire du gouvernement HEUMANN a considéré qu'il était « souhaitable que (la notion d'enrichissement sans cause) connaisse un développement conforme aux objectifs d'équité et de justice qui sont à la base du contentieux de la responsabilité de la puissance publique »⁴⁸².

Les conditions retenues dès la fin du XIXe siècle par le conseil d'Etat ont permis de limiter l'exercice de l'action en enrichissement sans cause aux seules dépenses qui permettent de satisfaire l'intérêt général, et démontrent la spécificité de ce système de responsabilité administrative par rapport aux règles du droit privé.

L'action de in rem verso permet de corriger le préjudice subi à hauteur de la plus petite valeur résultant soit de l'enrichissement, soit de l'appauvrissement, et ce afin d'éviter tout nouvel enrichissement injustifié. Le juge administratif a retenu une toute autre solution. Il ne suffit pas que les dépenses exposées par l'appauvri aient contribué à enrichir la personne publique, encore faut-il qu'elles aient été utiles à la collectivité. Cette utilité sera appréciée au regard de l'intérêt général que présentent ces dépenses. Tel n'est nullement le cas du profit que l'entreprise escomptait tirer de l'exécution des prestations⁴⁸³. Ce principe est destiné à dissuader les entreprises qui chercheraient à retirer un avantage financier de l'exécution de prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu avec la collectivité publique.

L'utilité générale des dépenses ne suffit toutefois pas à garantir la préservation des deniers publics. Le prestataire peut parfaitement fournir des prestations utiles à l'accomplissement des services publics alors même que la collectivité publique ne les lui aurait nullement demandées. L'administration ne peut être contrainte de supporter les dépenses résultant de l'intervention spontanée de particuliers dont elle n'aurait pu apprécier l'opportunité, sauf à ce

⁴⁸² CE, 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction c. Société Sud Aviation*, concl. Heumann, R.D.P. 1961, p. 655 et suiv.

⁴⁸³ CE, sect., 2 décembre 1966, *Société France Reconstruction* : Rec. p. 635.

qu'elle ait été défaillante dans l'exercice de ses missions d'intérêt général. Parce que les personnes publiques poursuivent une mission d'intérêt général, elles doivent être en mesure de maîtriser les interventions qui concernent l'exécution de services publics. Pour prévenir l'ingérence des personnes extérieures dans la gestion des affaires administratives, le juge a donc soumis l'indemnisation de l'appauvri à une seconde condition propre au droit administratif : les prestations doivent avoir été réalisées avec l'assentiment de la personne publique, à tout le moins celle-ci ne devra pas s'y être opposée.

Si ces conditions apparaissaient favorables à l'administration, le conseil d'Etat devait prendre en compte les nouvelles réalités juridiques et économiques de l'action administrative afin de parfaire ce système de responsabilité et atteindre les objectifs d'équité et de justice que la haute juridiction s'est assignée ⁴⁸⁴.

Section 3. L'adaptation de l'enrichissement sans cause aux situations péri-contractuelles

L'œuvre du conseil d'Etat ne s'est pas arrêtée là. Comme en d'autres matières, la haute juridiction a poursuivi l'élaboration de ce système de responsabilité afin de procéder à la "pondération des intérêts" en présence et définir une solution qui soit la plus équitable possible ⁴⁸⁵.

Le juge administratif a adapté le principe d'enrichissement sans cause afin de prendre en compte les évolutions des modes d'action de l'administration ainsi que les conséquences résultant d'une réglementation de plus en plus contraignante en matière d'achat public afin de sécuriser les relations de la personne publique avec les prestataires (§ 1). Le conseil d'Etat a rappelé que le caractère objectif de la responsabilité engagée sur le fondement quasi-contractuel qui n'emporte pas de jugement de valeur sur le comportement fautif du demandeur sous réserve qu'il n'ait pas conduit à vicier le consentement de la personne publique. L'indemnité d'enrichissement sans cause permettra ainsi de couvrir l'ensemble des dépenses qui ont été utiles à l'administration (§ 2). Les dommages résultant de l'absence d'un contrat valide, subis tant par l'entreprise au titre de son manque à gagner, que par la collectivité

⁴⁸⁴ J.P. GILLI, La responsabilité d'équité de la puissance publique, D. 1971, chr. p.373.

⁴⁸⁵ J. COMPERNOLLE, Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts, in Mélanges F. RIGAUX, Bruylant, 1993, p.495.

publique en raison des malfaçons affectant l'ouvrage livré seront également réparés sur le terrain quasi-délictuel (§ 3).

§ 1. La montée en puissance du phénomène contractualiste

La nécessité d'adapter la solution permettant d'indemniser la personne qui a procuré des biens ou des services utiles à la collectivité, est apparue d'autant nécessaire qu'à la conception d'un Etat libéral qui se borne à assurer des missions régaliennes, de justice et de police, a succédé celle de l'Etat Providence intervenant dans le domaine social et économique afin de répondre aux besoins de la population. Il s'est agi en effet d'organiser collectivement, la satisfaction d'un grand nombre de besoins essentiels. Des politiques publiques ont été mises en place dans de multiples domaines comme l'éducation, la santé, la culture, l'emploi et l'environnement. Pour ce faire les personnes publiques ont développé de nombreux services publics et pris en charge des activités qui relevaient traditionnellement de l'initiative privée. Ces nouvelles vocations ont influencé les modes d'action de l'administration. Les collectivités publiques ont externalisé certaines de leurs tâches à des prestataires publics ou privés. Elles ont également privilégié le recours au procédé contractuel afin de négocier les conditions d'une collaboration optimale avec les différents opérateurs économiques spécialisés et accroître l'efficacité de l'action publique.

Les actes de l'administration sont soumis à un formalisme juridique contraignant. Il ne suffit pas que la personne publique décide de recourir au service d'un prestataire extérieur pour remplir ses différentes missions, encore faut-il qu'elle respecte les règles qui régissent la passation des contrats. Il convenait en effet d'encadrer les compétences qui ont été déléguées aux établissements publics ou transférées aux collectivités territoriales mais aussi de soumettre les interventions des entreprises à une logique d'intérêt général. Les principes du droit public ont également évolué en raison de la poussée du libéralisme économique, et de la construction européenne ⁴⁸⁶. Dans les années 1990, les nouvelles exigences imposées en matière de commande publique sous l'influence du droit communautaire de la concurrence ont encore accru la probabilité que des irrégularités soit commises lors de la passation du contrat et entachent sa validité. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Henri

⁴⁸⁶ S. NICINSKI, Droit public des affaires, 2e éd., Montchrestien, p. 15.

SAVOIE sous l'arrêt "Citécable" rendu le 20 octobre 2000, "la réglementation qui régit cette matière est d'une grand complexité, trop grande sans doute, ce qui fragilise la sécurité des situations contractuelles" et la nullité des contrats n'est en général pas connue des cocontractants de l'administration lorsqu'ils engagent une action contentieuse et "ce n'est bien souvent qu'au fil de cette procédure que cette nullité apparaît"⁴⁸⁷.

De surcroît la nullité du contrat constitue de surcroît un moyen d'ordre public⁴⁸⁸ que le juge soulève d'office et le contentieux administratif s'est enrichi de nouvelles voies de droit permettant de contester la validité du contrat. Certains des engagements pris par les collectivités publiques dans le cadre notamment des opérations d'aménagement de l'espace public pèsent lourdement sur les dépenses publiques. La conclusion de contrats avec les personnes publiques représente également des enjeux financiers importants pour les sociétés privées⁴⁸⁹. Aussi la méconnaissance des règles de passation du contrat public donne lieu à des contestations de la part des contribuables, des sociétés concurrentes, ou des parties elles-mêmes qui tentent d'échapper à leurs obligations contractuelles. Si ces contentieux ont conduit à fragiliser la sécurité juridique des relations des personnes publiques avec leur prestataire, ils permettent avant tout de s'assurer que l'accord intervenu entre les parties a bel et bien, été passé de façon à préserver les divers intérêts en présence.

Monsieur Gabriel BAYLES a développé l'idée selon laquelle l'intérêt général doit l'emporter sur la nécessité de sanctionner la méconnaissance des formalités édictées dans l'intérêt de l'administration. Si "les actes peuvent être incontestablement irréguliers, ils contribuent à assurer la vie collective et la marche des services publics"⁴⁹⁰.

De sorte qu'il s'est agi pour le juge, de remédier à "l'imperfection" des actes pris par la collectivité publique, en vue de confier la réalisation de prestations nécessaires à l'accomplissement de missions de service public à un prestataire spécialisé, et de mettre fin à la situation irrégulière résultant de l'absence d'un accord valide, en l'indemnisant des dépenses qu'il a engagées.

⁴⁸⁷ H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable, RFDA, 2001, n°2, p. 359.

⁴⁸⁸ C.E. 29 Janvier 1982, n°19926, M. X.

⁴⁸⁹ F. LINDITCH, Le droit des marchés publics, 5e éd., Dalloz, Connaissance du Droit, p.1 : la commande publique représente plus de 10 % du Produit National Brut français.

⁴⁹⁰ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 203, n°175.

Si visionnaire soit-elle au regard de l'évolution plus récente du contentieux contractuel, l'approche de Monsieur BAYLE permettait à tout le moins, d'expliquer en 1973 la nécessité d'indemniser le prestataire en l'absence de contrat régulièrement conclu.

§ 2. Les limites : le maintien envers et contre tous d'une responsabilité objective

En l'absence de tout contrat signé ou lorsque l'application du contrat est écartée, le prestataire ne peut rechercher la responsabilité contractuelle de l'administration et le débat contentieux devra donc se placer sur le terrain extracontractuel.

Dans la décision "Société France Reconstruction" rendue le 2 décembre 1966, le conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour connaître du litige relatif à un "quasi-contrat" de fournitures contenant des clauses exorbitantes du droit commun, accepté par l'intendance militaire française en Allemagne et a reconnu le droit de la société à recevoir sur le terrain de l'enrichissement sans cause, l'indemnisation de ceux de ses débours utiles, à l'exclusion de tout bénéfice, qu'elle a engagés pour assurer des fournitures dont l'Etat a profité ⁴⁹¹.

Les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Fournier indiquent « qu'il convenait, dans les rapports entre responsabilité quasi-contractuelle et responsabilité quasi-délictuelle, de s'inspirer de la règle qui régit les rapports entre responsabilité contractuelle et délictuelle qui veut que la première absorbe la seconde » ⁴⁹².

L'exigence tenant à un accord donné même de façon imparfaite par la personne publique, explique que les prestations utiles ouvrent droit à une réparation du préjudice subi par l'appauvri sur le fondement quasi-contractuel ⁴⁹³. En l'absence de contrat valide, l'assentiment de la collectivité publique, tel qu'il résulte d'une demande informelle de prestations adressée au prestataire et insusceptible de créer des effets de droit par elle-même, témoigne néanmoins de la volonté de la collectivité publique de s'obliger à raison des prestations ainsi confiées.

⁴⁹¹ CE, sect., 2 décembre 1966, Société France Reconstruction : Rec. p. 635, Concl. Fournier.

⁴⁹² Conclusions du commissaire du gouvernement Bertrand Dacosta sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, B.J.C.P., 2008, n°59, p. 280.

⁴⁹³ F. MODERNE, les quasi-contrats administratifs, Sirey, 1995, p 68 et s.

Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Henri SAVOIE, "si la responsabilité contractuelle ne peut jouer en l'absence de contrat valide", le préjudice invoqué ne peut pas non plus être réglé "dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle puisqu'une relation bilatérale d'échange a existé entre l'administration et un tiers, alors même qu'il s'agit d'une relation non formalisée et donc de pur fait" et que "c'est la raison pour laquelle on parle alors de responsabilité quasi-contractuelle" ⁴⁹⁴.

L'assentiment de la personne publique est d'ailleurs présumé lorsque le contrat qu'elle a irrégulièrement conclu est annulé. Si les effets juridiques de l'accord passé avec le prestataire disparaissent rétroactivement, la volonté de la collectivité publique de confier la réalisation de prestations à l'entreprise subsiste.

Certains auteurs comprennent mal comment l'assentiment donné par la personne publique n'aurait pas été anéanti du fait de la nullité du contrat ; "le contrat nul n'ayant jamais existé, il n'y a plus lieu de tenir compte du consentement de la personne publique" ⁴⁹⁵. Cette critique ne paraît pas toutefois pas totalement fondée.

Le contrat constitue un accord de volontés, de s'obliger réciproquement au titre des engagements pris, tels qu'ils ont été consignés dans l'acte signé entre les parties, et notamment au versement d'une contrepartie financière déterminée, en échange du service rendu. L'annulation du contrat implique la disparition rétroactive de ses effets juridiques et par conséquent, de toute obligation fondée sur les stipulations contractuelles.

La nullité de l'accord intervenu entre les parties ne signifie pas pour autant que la personne publique n'ait pas voulu confier à un prestataire extérieur, la réalisation de prestations qui étaient nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Elle ne signifie pas, non plus, que la collectivité n'entendrait pas s'obliger envers l'entreprise qui lui a fourni les prestations demandées. L'administration les a bel et bien conservées et utilisées pour les besoins de ses services. La nullité du contrat implique en revanche que la personne publique n'a pu accepter les conditions de la collaboration, telles qu'elles étaient prévues au marché irrégulièrement

⁴⁹⁴ H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable, RFDA, 2001, p. 359.

⁴⁹⁵ B. PLESSIX, La Semaine Juridique, Edition Générale, n°23, 4 juin 2008, I 149.

passé. Il s'agirait alors de "redéfinir" les modalités de la relation d'échange entre la personne publique et son prestataire, en considérant les intérêts susceptibles d'avoir été lésés.

Comme le soulignait Monsieur le Professeur GUEZOU, si "la notion de quasi-contrat est complexe, de même que les justifications théoriques de la naissance de l'obligation", la théorie du quasi-contrat est une "manifestation de réalisme juridique" permettant une indemnisation dans les cas où l'équité et la justice le commandent ⁴⁹⁶.

La nature quasi-contractuelle de l'obligation d'enrichissement sans cause explique encore que cette responsabilité soit objective. En 1974, le conseil d'Etat a en effet précisé qu'elle permet d'indemniser "en tout état de cause" les dépenses utilement exposées par le prestataire ⁴⁹⁷. Le principe d'enrichissement sans cause n'emporte pas en principe de jugement de valeur sur les agissements des parties, qui n'ont pas respecté les règles de la commande publique.

La faute de la victime ne constitue généralement pas une cause exonératoire de responsabilité de l'administration. L'assentiment de la personne publique permet, dans une certaine mesure du moins, de couvrir l'imprudence fautive du prestataire qui a accepté de réaliser des prestations en l'absence de contrat ou de signer un contrat entaché d'irrégularité.

Dans certains cas (peu nombreux), l'entreprise a pu exécuter en toute bonne foi les prestations sans soupçonner l'irrégularité entachant l'accord passé. L'absence de transmission préalable au contrôle de légalité de la décision du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat a pu par le passé surprendre le prestataire, au regard de son retentissement sur la validité du contrat ⁴⁹⁸. Tel n'est nullement le cas lorsque la société ne pouvait ignorer l'absence de mise en concurrence dont elle a bénéficié.

La haute juridiction a confirmé en 2008 le caractère objectif de la responsabilité quasi-contractuelle. La plupart des fautes commises par le demandeur lors de la formation de l'accord restent "sans incidence" sur le droit à indemnisation des dépenses qui ont été utilement exposées par l'entreprise au profit de l'administration. Leur montant ne pourra être

⁴⁹⁶ O. GUEZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Ed. Le Moniteur, 2015, p. 264.

⁴⁹⁷ CE, 19 avril 1974, n°82518, entreprise Segrette.

⁴⁹⁸ CE, 10 juin 1996, n° 176873, Préfet de la Côte d'Or.

réduit en raison de la faute propre de la société, qui a exécuté des prestations sans avoir conclu un contrat valide.

Ce principe sera toutefois écarté lorsque la faute du demandeur est de nature à vicier le consentement donné par la collectivité publique. Les manœuvres dolosives exercées par le prestataire et destinées à tromper la personne publique ont pour effet d'anéantir l'assentiment qu'elle a donné et font obstacle à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause ⁴⁹⁹. Le fait d'avoir vicié le consentement de l'administration prive donc l'entreprise de toute possibilité de réclamer l'indemnisation des prestations fournies, tant sur le terrain contractuel que sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Pour sa part, l'administration a commis une illégalité en passant commande au mépris des règles de passation du droit des contrats publics. Si les bons de commande ont été signés soit par le maire, soit par d'autres agents de la collectivité en l'absence de toute autorisation donnée par le conseil municipal, il peut être reproché à la commune d'avoir commis une faute qui "présente un lien avec le service ou n'est pas dépourvue de tout lien avec le service ⁵⁰⁰. Le conseil d'Etat a considéré qu'une telle faute de service engageait la responsabilité de la personne publique à l'égard du prestataire, et non celle de l'agent qui avait commis l'irrégularité entachant la validité de l'accord passé ⁵⁰¹.

Alors que l'entreprise ne saurait demander à l'administration de respecter ses engagements contractuels, la sanction d'enrichissement joue comme un rappel à l'ordre et oblige la collectivité publique à indemniser le prestataire à hauteur du montant des dépenses qu'il a utilement engagées à son profit.

L'équilibre de la relation d'échange de l'administration et de l'entreprise n'est nullement apprécié au regard des engagements que les parties ont pu prendre de façon prévisionnelle. L'action en enrichissement sans cause permettra de définir, ou de redéfinir, l'équilibre de cette relation de fait en fonction de l'utilité des dépenses effectivement exposées par l'entreprise.

⁴⁹⁹ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B (TÊTE).

⁵⁰⁰ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

⁵⁰¹ CE, 12 juillet 1955, Bizet, Lebon, p. 415.

Si ce principe est éminemment protecteur des deniers publics et garant de l'intérêt général, il ne privera pas l'entreprise d'obtenir une indemnité permettant de couvrir l'essentiel des dépenses qu'elle a effectivement exposées pour délivrer des prestations utiles à la personne publique. Les achats de fournitures et de matériaux, le coût de la main d'œuvre, la part des frais généraux et des investissements qui ont été nécessaires à l'exécution du service rendu sont en effet considérées utiles à la collectivité publique ⁵⁰².

Ce principe n'exclut nullement d'indemniser les dépenses utilement exposées à la suite d'un ordre donné par la personne publique au titre de son pouvoir de modification unilatérale du contrat, ou en raison d'aléas techniques survenus lors de l'exécution des prestations. L'indemnité d'enrichissement sans cause pourrait même excéder le montant du marché lorsque l'entreprise a engagé des dépenses qui n'avaient pas été prévues au titre de l'exécution du contrat. Il en va ainsi lorsque la personne publique a décidé d'apporter des modifications au projet initial. Tel est également le cas lorsque l'entreprise s'est trouvée confrontée à des difficultés matérielles et techniques l'obligeant à réaliser des travaux supplémentaires indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage ⁵⁰³. L'indemnité accordée sur le fondement quasi-contractuel permet également de compenser les dépenses utiles en résultant.

La formulation de la décision "Segrette" ⁵⁰⁴, puis celle de l'arrêt "Citécable" rappellent que le remboursement à l'entreprise de ses dépenses utiles à la collectivité, peut lui assurer une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procuré ⁵⁰⁵.

Comme le souligne le Professeur GUEZOU, "cette solution est conforme à la logique de l'enrichissement sans cause qui a pour objectif, pour des raisons supérieures d'équité, de permettre le remboursement des dépenses utiles et de toutes celles-ci" ⁵⁰⁶.

⁵⁰² CE, 19 avril 1974, n°82518, entreprise Segrette.

⁵⁰³ CE, 26 mars 2008, n°270772, société SPIE Batignolles.

⁵⁰⁴ CE, 19 avril 1974, n°82518, entreprise Segrette.

⁵⁰⁵ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable : "le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer, en tout état de cause, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que dans le cas où la nullité du contrat résulte, comme en l'espèce, d'une faute de l'administration, il peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et le cas échéant, demander à ce titre, le paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat si toutefois le remboursement à l'entreprise de ses dépenses utiles ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée".

⁵⁰⁶ O. GUEZOU, Traité de contentieux de la commande publique, Ed. Le Moniteur, 2015, p. 272.

En revanche le prestataire ne saurait prétendre être indemnisée du bénéfice qu'il escomptait réaliser en exécutant le marché passé avec l'administration, du moins sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle. Il en va également ainsi des frais engagés pour le financement de l'exécution du marché qui ne sont pas considérés utiles à la personne publique⁵⁰⁷. Le conseil d'Etat a fort logiquement retenu une solution différente, s'agissant du "coût de financement" du déficit d'exploitation supporté dans le cadre de la gestion déléguée d'un service public⁵⁰⁸.

L'indemnité d'enrichissement sans cause permettra donc de compenser la quasi-totalité des dépenses exposées par le prestataire. L'équilibre entre les situations des parties sera rétabli de façon objective et ce, à double titre. Sauf à ce que les agissements du prestataire aient été de nature à vicier le consentement de la personne publique, les fautes qu'il a commises lors de l'accord passé avec l'administration ne peuvent tout d'abord conduire à limiter le droit à réparation des dépenses engagées au profit de l'administration. L'examen de l'utilité réelle des dépenses exposées permettra ensuite de déjouer les calculs destinés à servir des intérêts particuliers des parties, qu'il s'agisse du profit que l'entreprise escomptait retirer du marché passé, ou des économies de dépenses que l'administration cherchait à réaliser en contestant les sommes réclamées.

§ 3. Un correctif : la réparation complémentaire des dommages résultant des comportements fautifs des parties

L'impossibilité d'indemniser le manque à gagner subi par l'entreprise apparaîtrait préjudiciable aux divers intérêts en présence. L'administration a besoin de recourir aux services de prestataires extérieurs pour satisfaire les besoins de la population et l'altruisme n'apparaît pas une caractéristique de l'activité des opérateurs économiques privés, qui escomptent retirer un profit du travail qu'ils ont accompli. Aussi les entreprises peuvent-elles hésiter à proposer leurs services lorsque la sécurité juridique et financière de leur collaboration n'est pas suffisamment garantie.

⁵⁰⁷ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁵⁰⁸ CE, 7 décembre 2012, n°351752, Commune de Castres.

A retenir les hypothèses les plus pessimistes, il est à craindre que les seules sociétés qui ne présenteraient pas les meilleures garanties financières et techniques pour exécuter le marché ne présentent leur candidature. La qualité du service rendu à la population pourrait alors en pâtir, de même que les deniers publics.

Qui plus est, le principe de bonne foi, voire de loyauté, récemment rappelé dans le cadre des relations contractuelles, pourrait encore justifier d'indemniser l'entreprise du bénéfice dont elle a été privé du fait de l'illégalité commise par la personne publique.

En 1974, le conseil d'Etat a admis d'allouer une indemnité complémentaire, en sus des dépenses utilement exposées par l'entreprise, au titre du dommage imputable à la faute de l'administration. Lorsque la nullité du contrat résulte comme c'est généralement le cas, d'une faute de la personne publique, l'entreprise peut également réclamer la perte de son bénéfice ainsi que les autres débours non utiles à l'administration ⁵⁰⁹.

Le juge a combiné la sanction d'enrichissement sans cause avec le fondement de responsabilité quasi-délictuelle. Ce dernier ne peut être invoqué que dans la mesure où le remboursement des dépenses utiles n'assure pas déjà à l'entreprise, une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée.

Au titre du dommage causé par la faute de la collectivité publique, le juge examine la part de responsabilité du prestataire dans l'irrégularité commise lors de la formation de l'accord passé. Le cas échéant il opérera un partage de responsabilités, pour déterminer le quantum de l'indemnité allouée sur le fondement quasi-délictuel ⁵¹⁰.

Cette solution vaut également lorsque le prestataire a exécuté des prestations au profit de l'administration, en l'absence de tout contrat ⁵¹¹.

⁵⁰⁹ CE, 19 avril 1974, n°82518, Entreprise Segrette.

⁵¹⁰ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Société SPIE Batignolles.

⁵¹¹ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris ; CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société H. Chevalier.

L'originalité de cette solution tient non seulement au caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause qui ne peut être intentée qu'en l'absence de toute autre voie ⁵¹² mais également au fait que ce soit la responsabilité quasi-délictuelle qui présente un caractère subsidiaire par rapport au fondement de responsabilité quasi-contractuelle.

Les deux fondements de responsabilité, soit quasi-délictuel, soit de l'enrichissement sans cause, remplissent en réalité une fonction différente dans l'ordre juridique. Si le premier tend à indemniser intégralement le préjudice subi, le comportement fautif du prestataire conduit à exonérer la responsabilité de la puissance publique. Sur le fondement quasi-contractuel, le prestataire peut en revanche obtenir exclusivement le remboursement de son appauvrissement, tel qu'il résulte des dépenses utilement engagées au profit de l'administration. Comme le souligne le commissaire du gouvernement DACOSTA dans les conclusions sous l'arrêt Decaux du 10 avril 2008, les deux responsabilités ne sont donc pas « substituables » ⁵¹³.

Monsieur le Professeur Paillet a relevé les difficultés que soulevait cette articulation entre les fondements quasi-contractuel et quasi-délictuel de responsabilité, et notamment celle tenant "au plafonnement de l'indemnité en fonction du contrat initial conclu". Le contrat ayant été déclaré nul, il paraît surprenant que celui-ci puisse encore être invoqué pour limiter le préjudice à indemniser. Pour autant, l'auteur explique qu' "en réalité, la logique de ce plafonnement réside dans l'idée que le préjudice réparable ne peut excéder le bénéfice que le cocontractant avait entendu réaliser en passant le contrat, ce qui justifie que, même nul, le contrat serve de référence pour la mesure du préjudice ⁵¹⁴.

La combinaison de ces deux fondements de responsabilité répond à un souci d'équité. La personne publique a recouru de façon irrégulière au service de l'entreprise afin qu'elle réalise des prestations nécessaires à l'accomplissement des services publics. Il serait injuste que cette dernière en subisse les conséquences dommageables. La demande en enrichissement sans

⁵¹² CE, 27 juillet 1984, n°34860, Commune de la Teste du Buch.

⁵¹³ Conclusion B. DACOSTA sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, B.J.C.P., 2008, n°59, p. 280.

⁵¹⁴ M. PAILLET, Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle, Sur la "tyrannie" du principe de primauté de la responsabilité contractuelle, Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Coll. Mélanges, 2006, vol. I, p. 571.

cause permettra de garantir l'indemnisation du montant des dépenses que le prestataire a utilement engagées au profit de la personne publique. Les agissements fautifs des parties lors de la passation de l'accord ne seront sanctionnés qu'au titre d'une indemnisation complémentaire, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle. Toutefois celle-ci ne saurait être accordée lorsque l'indemnité d'enrichissement sans cause permet déjà de rétablir le déséquilibre financier entre les situations des parties, tel qu'il résulte de l'ensemble des dépenses exposées par l'entreprise au titre de l'exécution du contrat ainsi que du profit qu'il escomptait en retirer.

Comme le souligne Monsieur le Professeur GUEZOU, il est "cohérent de considérer que l'entreprise ne peut avoir subi un préjudice au-delà de ce qu'elle aurait perçu en application du contrat ⁵¹⁵.

Cette solution permettra d'ajuster l'indemnité accordée, au dommage subi par l'entreprise de façon à ce que le prestataire ne se trouve ni appauvri, ni enrichi au titre du service rendu à l'administration.

Lorsque le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause est inférieur à celui que l'entreprise était en droit d'obtenir au titre de l'exécution du contrat, la personne publique peut être condamnée à réparer la perte de bénéfice subie et à rembourser les autres dépenses supportées par le prestataire, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant des propres fautes de l'entreprise. Au final l'entreprise qui a fait preuve de bonne foi dans sa relation avec la collectivité publique, pourra obtenir l'indemnisation des sommes qu'elle aurait perçues si elle avait signé un contrat valide.

Comme le souligne Madame Muriel DREIFUSS, l'articulation des deux fondements de responsabilité « permet de préserver l'équité en rétablissant un équilibre économique rompu par la nullité, et de participer à la moralisation de la conclusion des contrats publics en ne cautionnant pas les illégalités » ⁵¹⁶.

⁵¹⁵ O. GUEZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Ed. Le Moniteur, 2015, p. 272.

⁵¹⁶ M. DREIFUSS, *Réflexions sur la responsabilité extracontractuelle consécutive à la nullité d'un contrat administratif*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 11 mai 2009, n° 20.

Dans le règlement des sommes dues à chacune des parties dans le cadre de leur collaboration, le conseil d'Etat a pris en compte les dommages également subis par la personne publique du fait des malfaçons qui affectent l'ouvrage livré par l'entreprise. En l'absence de contrat valide, le maître d'ouvrage ne peut nullement faire valoir ses droits au titre des différentes responsabilités, soit contractuelles, soit post-contractuelles, et notamment de la garantie décennale ⁵¹⁷.

Aussi la haute juridiction a-t-elle décidé d'y remédier en admettant que la responsabilité quasi-délictuelle des constructeurs puisse être engagée afin d'indemniser la personne publique des préjudices subis à la suite de la livraison d'un ouvrage non conforme à sa destination pour avoir été construit en méconnaissance des règles de l'art » ⁵¹⁸. Tant le concepteur que l'entreprise qui a réalisé les travaux, pourront être condamnés à indemniser la collectivité publique.

Le juge administratif ne sanctionne pas l'ancien cocontractant au titre des fautes qu'il a commises en ne respectant pas les stipulations prévues au contrat mais exclusivement les manquements aux règles de son art ⁵¹⁹.

Un partage de responsabilités sera opéré entre les différentes sociétés qui ont participé à l'exécution des travaux, mais également entre le défendeur et le maître d'ouvrage ⁵²⁰. Cela implique que le juge administratif procède à l'examen concret des conditions dans lesquelles les travaux ont été réalisés afin de déterminer la part de responsabilité imputable à chacun des intervenants au chantier.

L'indemnité accordée à la personne publique ne se limite aux seuls travaux de réparation mais la société devra également prendre en charge le montant des travaux à accomplir pour remédier à la malfaçon qui lui est imputable ⁵²¹ ainsi que les autres frais induits par la survenance des désordres ⁵²².

⁵¹⁷ CE, 29 janvier 1982, n° 19926, M. X c. Commune de Moussy-le-Neuf.

⁵¹⁸ CE, 22 février 2008, n° 286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

⁵¹⁹ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM Jean-Paul et Bruno A.

⁵²⁰ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁵²¹ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁵²² CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

Le système de responsabilité progressivement élaboré montre le pragmatisme du juge administratif pour remédier à l'imperfection de l'accord passé avec le prestataire. Il permet désormais de prendre en compte toutes les conséquences de l'inexistence d'un contrat et de sécuriser les relations de l'administration avec ses prestataires. Il garantit tout à la fois, la préservation des deniers publics en garantissant notamment la réparation des dommages subis au titre des malfaçons affectant l'ouvrage, mais également en assurant une juste indemnisation du prestataire à hauteur des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité et en prévoyant une indemnité complémentaire afin de compenser le manque à gagner subi par l'entreprise à proportion de la part de responsabilité qui lui est imputable dans le non respect de la réglementation de la commande publique.

CHAPITRE II.

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION EN ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

La théorie de l'enrichissement sans cause trouve à s'appliquer lorsque les conditions tenant à un enrichissement de la personne publique, à un appauvrissement du prestataire ainsi qu'à l'existence d'un lien entre cet enrichissement et cet appauvrissement sont remplies. Ces éléments permettent d'établir le déplacement de valeur opéré au profit de la collectivité publique à la suite des prestations exécutées par le demandeur sans qu'aucun titre juridique ne puisse le justifier. Toutefois l'appauvrissement dont se plaint le demandeur peut trouver une contrepartie dans le profit personnel qu'il escomptait retirer de l'exécution de prestations au profit de la personne publique en l'absence de tout contrat signé (section 1).

La mise en œuvre du principe d'enrichissement sans cause est soumise en droit administratif, à l'exigence de l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation des prestations. Si celui-ci est présumé lorsqu'un contrat a été irrégulièrement conclu, le juge a admis que l'accord informel soit donné de façon plus ou moins implicite lorsqu'aucun contrat n'a été signé. Si l'assentiment permet de couvrir l'imprudence du prestataire qui a exécuté des prestations en l'absence de contrat régulièrement passé, la faute commise de nature à vicier le consentement de l'administration anéantit l'accord imparfaitement donné par la collectivité et fait obstacle à l'exercice de l'action (section 2).

En raison de son caractère subsidiaire, l'action en enrichissement sans cause est rejetée lorsque le demandeur dispose d'une autre voie de droit pour obtenir la réparation de son préjudice. Seule l'insolvabilité avérée de son débiteur direct peut lui permettre d'invoquer l'enrichissement qu'il a procuré de façon indirecte à la personne publique. Le juge a également admis d'assouplir les règles de procédure afin d'accueillir la nouvelle demande en

enrichissement sans cause, lorsque le débat contentieux engagé sur le fondement contractuel soulève un moyen tiré de l'irrégularité entachant la validité du contrat (section 3).

Section 1. Un déplacement de valeur injustifié

L'exercice de l'action en enrichissement est soumis à des conditions dites "matérielles" qui permettent de vérifier l'existence d'un déplacement de valeur opéré entre les patrimoines des parties. Il s'agit ainsi de s'assurer de la réalité de l'appauvrissement subi par le demandeur, de l'enrichissement utile procuré à la personne publique ainsi que du lien de corrélation entre ces deux situations.

Ces conditions renvoient à la notion de cause de l'enrichissement, conçue comme un titre juridique qui légitime le déplacement de valeur opéré au profit de l'un de cocontractants, mais aussi une contrepartie, financière voire matérielle, qui fait, ou non, défaut dans la relation d'échange entre la personne publique et son prestataire (§ 1).

De même l'appauvrissement n'apparaîtra pas sans cause, lorsque l'entreprise a cherché à obtenir un avantage personnel en effectuant les prestations en l'absence de tout contrat régulièrement conclu. Aussi le juge examine-t-il dans quelle mesure l'intervention du prestataire aurait été motivée par la recherche d'un profit, qui serait étranger à la seule marge bénéficiaire qu'il escomptait réaliser en exécutant les prestations demandées (§ 2).

§ 1. Les conditions matérielles de la sanction d'enrichissement sans cause.

Comme toute demande indemnitaire, celle présentée sur le fondement de l'enrichissement sans cause présentée par le demandeur devra établir la réalité du préjudice invoqué ainsi que l'existence d'un lien avec la situation d'enrichissement reprochée à l'administration.

Dans le cadre de cette action, il ne s'agit nullement pour le demandeur de critiquer la légalité d'un acte ou le caractère fautif des agissements de la personne publique, mais bel et bien la situation d'enrichissement de l'administration, à la suite des prestations qu'il lui a fournies sans qu'elle ne lui en ait payé le prix.

Trois conditions doivent être remplies pour caractériser le transfert de valeur opéré au profit de la collectivité publique ouvrant droit à indemnisation : un appauvrissement du prestataire (A), un enrichissement procuré à la collectivité publique (B), ainsi que l'existence d'un lien de corrélation entre les deux (C). Ces conditions révèlent l'aspect matériel de la cause de l'obligation pesant sur la personne publique, la contrepartie, dont l'absence justifie la mise en œuvre de l'action en enrichissement sans cause (D).

A. Le préjudice tenant à un appauvrissement du prestataire

Première des conditions requise à l'action en enrichissement sans cause, l'appauvrissement du demandeur. Ce dernier ne saurait en effet réclamer une indemnisation au titre de l'avantage qu'il a procuré à la personne publique lorsqu'il ne justifie d'aucun préjudice matériel en résultant.

Celui-ci doit correspondre à « une dépense effective ou à une perte de valeur (de son) patrimoine »⁵²³. Le préjudice du demandeur est donc apprécié au regard des dépenses qu'il a exposées pour exécuter des prestations au profit de l'administration et pour lesquelles, il n'a perçu aucune contrepartie financière. Les charges qu'il a ainsi supportées se rapportent aux achats de matériaux, aux coûts de main d'œuvre, aux frais généraux de l'entreprise, aux investissements réalisés qui ont été nécessaires à l'exécution des prestations fournies, ou encore aux frais exposés pour le financement de travaux.

Le prestataire ne saurait invoquer un quelconque appauvrissement lorsque l'exécution du marché irrégulièrement conclu, n'a pas été déficitaire. Il en va ainsi lorsque la société titulaire d'un marché de fourniture de charbon prévu pour une durée de dix ans a été payée des livraisons de combustible qu'elle a effectuées durant six années. Si le maire a résilié la convention, le fournisseur n'a pu invoquer les conséquences dommageables de la résiliation du contrat passé dans des conditions irrégulières. Mais surtout la société n'a pas établi que "l'exécution du marché, pendant six ans, n'aurait pas été bénéficiaire pour elle"⁵²⁴.

⁵²³ CE, 14 octobre 1966, *Ministre de la Construction c. Ville de Bordeaux*, Rec. p. 635.

⁵²⁴ CAA Paris, 3 avril 2007, n° 06PA01701, *Commune d'Alès*.

L'entreprise n'aura pas davantage subi d'appauvrissement pour la part des travaux qu'elle a sous-traités à une autre société, et qui avaient été agréés au paiement direct par la personne publique. C'est en effet le sous-traitant qui a engagé les dépenses nécessaires à la réalisation de ces travaux, l'entreprise principale n'a supporté aucune charge financière au titre de ces travaux dans la mesure où ils ont été directement réglés au sous-traitant par la collectivité publique ⁵²⁵.

Comme les dépenses supportées pour l'achat de matériels nécessaires à l'exécution du contrat ne peuvent être réclamées par le demandeur lorsqu'il a eu la possibilité de reprendre ces matériels et de les utiliser dans le cadre d'autres marchés. C'est ainsi que le Commissaire du gouvernement Bertrand DACOSTA a proposé de refuser toute indemnité d'enrichissement sans cause au titre des mobiliers urbains installés sur le territoire du Département des Alpes maritimes qui avaient été démontés par l'ancien titulaire et réutilisés dans le cadre d'autres contrats. Les dépenses correspondantes ayant été finalement amorties, elles ne correspondaient à aucun appauvrissement pour la Société Decaux ⁵²⁶.

B. L'enrichissement procuré à la personne publique

La seconde condition d'exercice de l'action concerne l'existence d'un enrichissement procuré à la personne publique. Celui-ci résulte a fortiori de l'absence de contrepartie financière versée au prestataire en échange du service rendu. Pourtant, dans certaines hypothèses, la personne publique n'a bénéficié d'aucun transfert de valeur (1). De plus il appartiendra au demandeur de démontrer que la personne publique a « tiré profit » ⁵²⁷ des prestations qu'il lui a fournies (2). Ce profit s'entend comme un « gain, un accroissement de valeur (de son) patrimoine et des revenus de toute nature que cette augmentation de valeur lui a permis de percevoir » ⁵²⁸ (3).

⁵²⁵ CAA Versailles, 24 février 2005, n° 02VE02976, Département des Yvelines.

⁵²⁶ Conclusions B. DACOSTA sur CE, 10 avril 2008, n° 244950, Société Decaux, J.C.P.A. 5 mai 2008, p.24.

⁵²⁷ CE, 19 avril 1944, Commune de Vayres, AJDA 1946, p. 424 ; CE, 17 mai 1963, Commune de Monein, Rec. 305.

⁵²⁸ CE, 14 octobre 1966, Ministre de la Construction c. Ville de Bordeaux, Rec. p. 635.

1. L'absence d'enrichissement procuré à la collectivité publique malgré l'appauvrissement subi par le prestataire

Le défaut d'une contrepartie financière perçue par le prestataire, ne suffit pas à établir le transfert de valeur dont a bénéficié l'administration. En effet, si la société requérante n'a pas été payée des fournitures livrées à la République du Togo, la collectivité n'a pourtant bénéficié d'aucun enrichissement dans la mesure où elle avait réglé la somme correspondante au titulaire du marché de fournitures ⁵²⁹.

Autre illustration. La société concessionnaire du port de Sausset-les-Pins avait signé une convention irrégulière, prévoyant de mettre à disposition de la commune, 123 postes d'amarrage en vue de leur réservation à un usage public. Elle a soulevé le moyen tiré de l'enrichissement sans cause de la commune afin d'obtenir le paiement des redevances d'usage annuelles qu'elle n'avait pas perçues. Toutefois le contrat ayant été annulé, le juge a relevé qu'il n'incombait nullement à la collectivité de procéder au recouvrement forcé de ces redevances pour en assurer le reversement au concessionnaire. Qui plus est, la commune ne pouvait "être regardée comme ayant bénéficié d'un enrichissement sans cause", celle-ci n'ayant nullement perçu les redevances litigieuses ⁵³⁰.

2. L'utilité du service rendu

Le demandeur ne saurait se contenter d'invoquer le transfert de valeur dont a bénéficié la personne publique en raison des prestations qu'il a délivrées, encore faut-il qu'il établisse l'utilité du service rendu. C'est ainsi que le juge a considéré que la société n'avait procuré aucun enrichissement à la maison d'arrêt de Metz en lui livrant des machines pour l'équipement d'une laverie destinée aux détenus. Alors que le projet de convention qu'elle avait soumis à l'administration n'avait pas été suivi par la conclusion d'un contrat, les machines avaient été laissées dans les locaux de l'administration et n'avaient en réalité jamais été utilisées ⁵³¹.

⁵²⁹ CE, 13 janvier 1965, Société Ets Raoul, Duval et Cie, RDP 1965, 1216.

⁵³⁰ CAA Lyon, 4 octobre 1999, n° 95LY01163, Société civile du Port de Sausset-les-Pins.

⁵³¹ CAA Nancy, 26 mars 2015, n° 13NC01105, société France Laverie Service.

De la même façon que le département ne pouvait conclure une transaction afin d'attribuer une indemnité de "dédommagement" au titre des dépenses supportées par une société d'économie mixte "de sécurité active et de télématique" en l'absence de toute convention passée avec la collectivité territoriale, pour des prestations de surveillance et de gardiennage. Il ne ressortait en effet nullement des pièces du dossier que l'exécution de telles prestations ait été "réellement utile" pour le département ; non seulement la société "était déjà concessionnaire, sur le même site, d'un service de surveillance pour le compte d'une autre personne publique" mais "d'autres services ou organismes de sécurité y effectuaient les mêmes missions, au même moment" ⁵³².

Si la réalité des prestations effectuées par une société à la suite du démarchage de la région, concernant le projet de développement d'une activité économique liée au chêne n'était discutée, leur utilité l'a été en revanache, au regard de l'état d'avancement de l'élaboration du programme. Le juge a en effet considéré la "qualification des membres du groupe de travail (déjà) constitué par la collectivité pour définir le cahier des charges du futur prestataire" pour rejeter la demande d'indemnisation dès lors que la région n'avait pas retiré un profit de l'intervention du demandeur ⁵³³. L'obligation d'indemniser le prestataire appauvri trouve une cause dans l'utilité du service rendu.

Le fait que les fournitures livrées aient déjà été consommées par la collectivité publique ne suffira nullement à considérer qu'elles aient été utiles à la commune. Tel est le cas lorsque les commandes irrégulièrement passées par une commune de Guadeloupe ont donné lieu à une "surfacturation des marchandises (...), disponibles sur le marché à des prix très inférieurs à ceux sur lesquels le maire a marqué son accord". En l'espèce, le maire avait signé au cours de l'année 2006 pas moins de 11 bons de commandes, en l'absence de toute information et autorisation du conseil municipal et sans qu'une mise en concurrence n'ait été organisée. Le juge a précisé le montant de chacun des bons de commande, certains révélait le caractère quelque peu somptuaire de certaines dépenses ⁵³⁴ effectuées par une commune de 8000

⁵³² CE, 29 décembre 1997, n°154320, Société d'Economie Mixte de Sécurité Active et de Télématique.

⁵³³ CAA Lyon, 5 janvier 2012, n°10LY02138, Société ALEX.

⁵³⁴ La livraison de 9 tampons " Marianne ", pour un montant de 1 845 euros HT, de 5 mâts, pour un montant de 21 350 euros HT, de 60 pavillons, pour un montant de 35 850 euros HT, de 200 guirlandes, pour un montant de 39 000 euros HT, de 150 oriflammes, pour un montant de 58 250 euros HT, de sacs poubelles, bombes insecticides, éponges et alcool à brûler pour un montant de 167 910 euros HT, de chaussures et bottes de sécurité, de t-shirts, de polos et de combinaisons pour un montant de 26 970 euros HT, de sets sanitaires, poubelles bancs, rayonnages et corbeilles pour un montant HT de 34 255 euros

habitants. Mais surtout le juge constate le caractère "manifestement excessif" des prix facturés, en examinant chacun d'entre eux, et notamment au regard des 2,95 euros H.T. qu'a coûté le sac poubelle à l'unité, ou des 11,60 euros H.T. facturé pour le litre d'alcool à brûler. Aussi la cour a-t-elle considéré que les achats décidés par le maire "ne peuvent pas être regardés, dans ces conditions, comme ayant été utiles à la commune" ⁵³⁵.

3. Une économie de dépense

L'enrichissement caractérisé par un "accroissement de valeur du patrimoine" résulte fort logiquement de l'économie de dépense réalisée, la personne publique n'ayant nullement payé le prix des prestations qui lui ont été délivrées ou supporté les charges d'exploitation du service rendu à la population.

L'enrichissement naît des avantages tant matériels qu'immatériels dont a bénéficié la personne publique, qui peuvent être chiffrés. Procurent un avantage d'ordre matériel la livraison de fournitures, l'exécution de prestations ou de travaux, y compris ceux réalisés à la suite de sujétions imprévues qui constituent un élément du coût de l'ouvrage ⁵³⁶. Le patrimoine de la personne publique s'enrichit aussi à raison des « biens nécessaires à l'exploitation d'un service public concédé », qui font retour à l'administration ⁵³⁷.

L'enrichissement peut encore résulter d'un avantage immatériel. Il en va ainsi de l'aide financière que la société titulaire d'un marché irrégulier de fourniture de charbon, a alloué pour l'achat d'un matériel utile aux habitants de la commune, une chaudière à charbon ⁵³⁸. De même le déficit d'exploitation supporté par le concessionnaire, a contribué à enrichir la collectivité dans la mesure où il a été « nécessaire à la bonne exécution du service public dans le cadre d'une gestion normale" ⁵³⁹.

HT, de jerricans, brosses, masques et présentoirs à outils pour un montant de 14 590 euros HT, d'arceaux de parking, poteaux, panneaux de signalisation pour un montant de 66 785 euros HT.

⁵³⁵ CAA Bordeaux, 4 février 2016, n° 14BX01313.

⁵³⁶ CAA Marseille, 30 juillet 2007, n°05MA02555, Commune de Menton.

⁵³⁷ CE, 16 novembre 2005, n° 262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY.

⁵³⁸ CAA Paris, 3 avril 2007, n° 06PA01701, Commune d'Alès.

⁵³⁹ CE, 16 novembre 2005, n° 262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY

Certaines formes d'enrichissement n'ont pas été prises en compte en droit administratif. Tel est le cas de la plus-value donnée à l'ouvrage⁵⁴⁰. De même le caractère ou non rentable de l'ouvrage reste sans incidence sur le montant de l'indemnité, celle-ci étant calculée au regard des seules dépenses utilement exposées pour sa construction⁵⁴¹. Si les travaux réalisés ont permis d'augmenter la plus-value ou la rentabilité de l'ouvrage, celles-ci ne correspondent pourtant à aucune dépense supplémentaire engagée par le demandeur. Et ce dernier ne saurait prétendre obtenir davantage que la compensation de la perte de valeur de son patrimoine, à l'inverse de la solution retenue en droit privé, qui prévoit d'indemniser le prestataire à hauteur de la plus petite valeur, telle qu'elle résulte soit de l'enrichissement, soit de l'appauvrissement.

C. Un lien de corrélation entre l'appauvrissement subi et l'enrichissement procuré

La troisième condition tenant à un lien de "corrélation"⁵⁴² suppose qu'un même fait doit avoir provoqué à la fois l'appauvrissement du demandeur et l'enrichissement de la personne publique. Dans le cadre de l'action intentée par le prestataire sans titre de l'administration, cette condition n'est généralement pas discutée. Elle le sera en revanche lorsque le demandeur appauvri a fourni des prestations à un tiers, qui ont indirectement permis d'enrichir la personne publique, comme c'est le cas du sous-traitant du prestataire de l'administration. La condition tenant à un lien de corrélation renvoie donc davantage à la question d'un lien direct ou indirect, entre l'enrichissement et l'appauvrissement. La jurisprudence civile a admis de longue date que ce lien puisse être indirect, du moins dans certaines hypothèses (1) et le juge administratif s'est largement inspiré de cette solution (2).

1. L'acceptation d'un lien de corrélation indirect entre l'enrichissement et l'appauvrissement par le juge civil

L'acceptation d'un lien indirect en droit civil, est soumise à l'existence d'un obstacle de fait, l'inefficacité des actions dirigées contre le débiteur direct, en raison de son insolvabilité.

⁵⁴⁰ CE 29 mars 1944, Hospices civils de Méru, Rec. p. 432.

⁵⁴¹ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

⁵⁴² Selon la formule consacrée par le conseil d'Etat dans l'arrêt "Ville de Bordeaux" du 14 octobre 1966, Rec. p. 635.

Dès 1892, la jurisprudence civile a admis que l'avantage procuré à l'enrichi ne provienne pas directement du patrimoine de l'appauvri. Le célèbre arrêt Bourdier consacre en effet la possibilité pour le vendeur d'engrais qui n'a pas été payé par l'exploitant agricole, d'intenter une action de in rem verso contre non pas le fermier qui a acheté les graines, mais le propriétaire des terres qui a bénéficié d'une meilleure récolte ⁵⁴³. Trois ans plus tard, la Cour de cassation devait préciser que le demandeur ne peut introduire une action de in rem verso lorsqu'il a la possibilité de former une action contractuelle contre son débiteur direct solvable ⁵⁴⁴.

En raison de son caractère subsidiaire, l'action de in rem verso est irrecevable lorsque l'appauvri dispose d'une autre voie de droit pour obtenir la réparation de son préjudice. Il doit en effet intenter les différentes actions qui sont ouvertes contre son débiteur direct. Ce n'est que si l'insolvabilité de ce dernier est avérée que l'appauvri peut former une action de in rem verso contre le tiers enrichi.

Ainsi dans le cas où un entrepreneur a réalisé des travaux pour le compte de l'acheteur d'un immeuble qui, en raison de son insolvabilité, ne paie ni l'entrepreneur ni le vendeur de l'immeuble, l'entreprise peut intenter une action de in rem verso contre le vendeur de l'immeuble qui a obtenu la résolution de la vente et récupéré l'immeuble. Le juge civil admet en effet que « l'insolvabilité avérée du débiteur contractuel qui rend vaine toute condamnation obtenue contre lui fondée sur le rapport contractuel ne fait pas obstacle à l'exercice par l'appauvri d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause contre celui qui s'est enrichi au détriment du patrimoine de l'appauvri » ⁵⁴⁵.

2. La solution retenue par le juge administratif

En droit administratif, l'admission d'un lien indirect s'est faite plus tardivement et concerne exclusivement la situation du tiers appauvri.

⁵⁴³ Cass. civ., 15 juin 1892, Patureau-Miran c. Bourdier : DP 1892, 1, p. 596.

⁵⁴⁴ Cass. civ., 18 octobre 1898 : DP 1899, 1, p. 105.

⁵⁴⁵ Cour d'Appel de Lyon, 3^e ch. Civ., 17 mars 2005 ; décision déférée à la Cour : Jugement du Tribunal de Commerce de SAINT-ETIENNE du 21 mars 2003 - N° rôle : 2000/1285 N° R.G. : 03/02417, Monsieur Tayeb X.

Comme le montre M. Gabriel BAYLES, « la substitution de l'administration enrichie à l'administration contractante est absolument exclue »⁵⁴⁶. Le Conseil d'Etat a en effet considéré que les travaux devaient être effectués « pour le compte » de la personne publique enrichie⁵⁴⁷. Il a également rejeté l'action en enrichissement sans cause dirigée contre le département lorsque les prestations invoquées avaient été réalisées pour le compte de l'Etat. La société ayant conclu un contrat avec l'Etat, elle avait la possibilité d'agir directement contre l'Etat sur un fondement contractuel. Elle ne pouvait donc invoquer l'enrichissement indirect procuré au département⁵⁴⁸, ni même craindre l'insolvabilité de son débiteur direct.

Toute autre est la situation de la tierce société qui n'a pas été payée par son débiteur direct et subit un appauvrissement du fait des prestations qu'elle a livrées à la personne publique. Le juge administratif a admis de l'indemniser sur le fondement de l'enrichissement sans cause, lorsque son débiteur direct est effectivement insolvable.

Cette solution a été précisée par le conseil d'Etat en 1976, à l'occasion d'une action formée par une collectivité publique appauvrie. Le juge a annulé le titre de recettes émis par le maire de Villeurbanne à l'encontre de la Commune de Vaulx-en-Velin. Celui-ci était fondé sur l'enrichissement procuré par l'encaissement indu de la redevance d'assainissement auprès d'une société. La commune de Villeurbanne n'avait pourtant pas exercé de poursuites contre la société pour obtenir le paiement de la taxe d'assainissement. Elle ne pouvait donc « invoquer la créance qu'à la condition de s'être trouvée, du fait, notamment, de l'insolvabilité du débiteur de la redevance, dans l'impossibilité d'en recouvrer le montant sur celui-ci »⁵⁴⁹.

Cette jurisprudence a reçu un large écho dans les situations d'appauvrissement subi par la société sous-traitante du cocontractant de l'administration, qui n'avait pas été agréée et admise au paiement direct par la personne publique.

Toutefois la négligence de l'appauvri, consistant à n'avoir pas produit sa créance auprès du syndic chargé de la liquidation de son débiteur direct, l'empêche d'invoquer l'insolvabilité de

⁵⁴⁶ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 148, n°118.

⁵⁴⁷ CE, 19 avril 1944, Commune de Vayres, AJDA 1946, p. 424.

⁵⁴⁸ CE, 30 janvier 1935, Dames Blot, Rec. p. 133.

⁵⁴⁹ CE, 18 juin 1976, n° 92181, Ville de Vaulx-en-Velin.

ce dernier qui n'est alors "nullement avérée", afin de réclamer à la personne publique le remboursement des dépenses qui ne lui ont pas été payées. Le Conseil d'Etat a en effet relevé « qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société Basset et Pujol ait poursuivi, dans le cadre de cette procédure, le recouvrement de la créance résultant de l'exécution du contrat qui la liait à la société SCTP »⁵⁵⁰.

De même, l'action en enrichissement n'est recevable qu'à la condition que les différentes voies de droit ouvertes à l'appauvri soient parvenues à leur terme et que le demandeur n'ait pu obtenir « entière satisfaction »⁵⁵¹.

Ainsi il ne suffit pas que le demandeur ait engagé les autres voies de droit prévues par le droit positif, encore faut-il qu'il ait attendu l'issue de ces procédures, pour tenter l'action en enrichissement sans cause de l'association. Dès lors les caisses de retraite qui n'avaient pas attendu la clôture de la procédure de mise en liquidation judiciaire de l'association à qui elles avaient accordé un prêt pour la construction d'une maison de retraite entrée par la suite dans le patrimoine d'un syndicat intercommunal, ne pouvaient invoquer l'enrichissement sans cause indirectement procuré à la collectivité⁵⁵².

La commune « demeure débitrice du montant des travaux exécutés en sous-traitance par la (société requérante) vis-à-vis de la masse des créanciers » de l'entreprise titulaire »⁵⁵³.

Nombre des demandes présentées par les sociétés sous-traitantes sont néanmoins écartées sans que le juge n'ait à examiner la réalité de l'insolvabilité du débiteur direct, la condition de l'enrichissement de la personne publique n'étant pas remplie. Soit qu'elle ait déjà payé les prestations à son cocontractant⁵⁵⁴, soit qu'elle « demeure débitrice du montant des travaux exécutés en sous-traitance par la (société requérante) vis-à-vis de la masse des créanciers » de l'entreprise titulaire »⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ CE, 2 juillet 1982, n°26393, Société Basset et Pujol.

⁵⁵¹ CAA Paris, 6 juin 1991, n° 89PA00704, Caisse générale interprofessionnelle de retraite pour salariés.

⁵⁵² CE, 23 novembre 1994, n°128606, Caisse nationale de prévoyance du bâtiment ; CAA Paris, 6 juin 1991, n° 89PA00704, Caisse générale interprofessionnelle de retraite pour salariés.

⁵⁵³ CE, 23 avril 1986, n°61755, Société Hélios Paysage.

⁵⁵⁴ CE, 13 janvier 1965, Société Ets Raoul, Duval et Cie, RDP 1965, 1216.

⁵⁵⁵ CE, 23 avril 1986, n°61755, Société Hélios Paysage.

D. La cause de l'enrichissement, ou de l'appauvrissement, résultant de l'absence de contrepartie financière

Les conditions matérielles d'exercice de l'action sanctionnant l'enrichissement procuré de façon injustifiée, renvoient à la notion de cause, conçue cette fois, non pas comme le titre juridique qui permettrait de légitimer le déplacement de valeur opéré entre les patrimoines des parties, mais comme une contrepartie.

Le défaut de contrepartie a engendré un transfert de valeur qui caractérise un déséquilibre dans la relation d'échange entre l'administration et son prestataire. Le demandeur s'est appauvri du fait que la personne publique ne lui a pas payé le prix des prestations fournies, qui aurait permis de compenser les dépenses exposées pour les réaliser, comme la collectivité publique s'est enrichie en bénéficiant du service rendu sans en supporter les dépenses correspondantes.

La doctrine a qualifié de « subjectif » ou de « matériel »⁵⁵⁶ ce second aspect de la cause, qui constitue la "contrepartie, soit de l'appauvrissement, soit de l'enrichissement, et dont la présence a pour effet de les neutraliser »⁵⁵⁷.

La notion de cause de l'enrichissement sans titre peut être ainsi rapprochée de celle du contrat, conçue comme la cause de l'obligation⁵⁵⁸. Cette dernière englobant tant la contreprestation prévue par les clauses contractuelles que le motif déterminant d'une libéralité. Le juge examine la réciprocité et l'équivalence des obligations contractuelles. Lorsque le marché porte sur des travaux qui ont déjà été prévus par un précédent contrat, il est annulé pour être dépourvu de cause⁵⁵⁹. Tant la prestation attendue du prestataire que la contrepartie financière promise en échange par la personne publique apparaissant inutiles.

Selon M. Adhémar ESMEIN, la cause de l'enrichissement envisagée comme contreprestation « dérive de la notion de cause du contrat interprétée objectivement »⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 162, n°133.

⁵⁵⁷ A. ROUAST, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile : RTD civ. 1922, p. 35 et suiv.

⁵⁵⁸ G. RIPERT, La règle morale, 4e éd., L.G.D.J., 1949, p. 254, n°139.

⁵⁵⁹ CE, 26 septembre 2007, n° 259809, Office Public Départemental des HLM du Gard.

⁵⁶⁰ Cf G. RIPERT, La règle morale, 4e éd., L.G.D.J., 1949, p. 254, n°139.

Pour constater l'existence d'une situation d'enrichissement sans cause, le juge examine les prestations utiles dont a bénéficié la personne publique sans verser de contrepartie financière. Tel est le cas lorsque l'établissement public « a utilisé sans contrepartie le savoir-faire mis en œuvre » par la société informatique qui lui a fourni des prestations pour lesquelles elle n'a pas perçu de rémunération ⁵⁶¹. De la même façon, la société requérante a droit « sur le fondement de l'enrichissement sans cause au versement d'une indemnité correspondant à la contrepartie du service de transport gratuit qu'elle a assuré » ⁵⁶².

S'agissant du prestataire, son préjudice est apprécié au regard des dépenses qu'il a effectivement supportées pour rendre un service utile à la personne publique. S'il n'a nullement reçu de contrepartie financière directe de la collectivité publique, son appauvrissement peut toutefois trouver une cause dans l'intérêt personnel qu'il a poursuivi en réalisant des prestations au profit de l'administration.

§ 2. L'exclusion de l'action en raison de l'avantage personnel recherché par l'appauvri

L'avantage personnel que le particulier escompte retirer de l'exécution des prestations peut apparaître comme la compensation des dépenses qu'il a engagées au profit du tiers enrichi. De sorte qu'il est susceptible de priver le demandeur appauvri de toute indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause, comme c'est le cas en droit privé (A) mais également en droit administratif (B).

A. L'avantage personnel, la cause de l'appauvrissement du demandeur à l'action de in rem verso

La doctrine a relevé cette cause d'appauvrissement, la distinguant soit de l'intention libérale consentie par le quasi-cocontractant, soit de la contreprestation fournie par la personne

⁵⁶¹ CE, 17 juin 2009, n° 299292, Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés.

⁵⁶² CE, 24 juin 1987, n° 74118, Bureau d'Aide Sociale de la Ville de Briançon.

enrichie ⁵⁶³. Dans le « poids des deux plateaux de la balance » ⁵⁶⁴ permettant de mesurer le déséquilibre entre les situations des parties, sont appréciés non seulement un élément objectif, le déplacement de valeur opéré entre les patrimoines, tel qu'il résulte des prestations fournies par l'appauvri et de l'absence de contreprestation de la personne enrichie mais également une composante plus subjective voire « psychologique » ⁵⁶⁵, l'intérêt personnel poursuivi par l'appauvri qui escomptait retirer un avantage des prestations qu'il a effectuées.

L'intérêt personnel fait obstacle à l'action de in rem verso ⁵⁶⁶ et a été retenu dans le cadre de relations très diverses, commerciales, s'agissant notamment des généalogistes informant un héritier d'une succession ⁵⁶⁷, mais aussi familiales, lorsque le concubin engage des frais d'amélioration de l'habitation de sa compagne ⁵⁶⁸, ou encore d'habitation, dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'une promesse de vente d'un immeuble réalise des travaux avant que n'intervienne la vente qui n'aura finalement pas lieu ⁵⁶⁹.

B. Un principe également retenu par le juge administratif

Le juge administratif a également considéré que l'enrichissement invoqué n'est pas dépourvu de cause lorsque les dépenses ont été exposées dans l'intérêt du demandeur tout en enrichissant un tiers ⁵⁷⁰.

L'avantage personnel escompté par le prestataire doit être toutefois distingué en droit administratif, selon qu'il correspond à la rémunération du travail fourni attendue par l'entreprise (1) ou à l'intérêt particulier qui a motivé son intervention en l'absence de contrat régulièrement conclu (2).

⁵⁶³ A. ROUAST, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile : RTD civ. 1922, p. 35.

⁵⁶⁴ Selon la formule de M. ROUAST, préc.

⁵⁶⁵ G. RIPERT, La règle morale, 4e éd., L.G.D.J., 1949, p. 254, n°139.

⁵⁶⁶ Cass. req., 22 juin 1927 : S. 1927, 1, p. 338 ; Cass. req., 22 juin 1927 : S. 1927, 1, p. 338 ; Cass. Req. 28 mars 1939 : DC 1942, p. 119 ; S. 1939, 1, p. 265, note AUDIAT.

⁵⁶⁷ Cass. 1re civ., 26 juin 1990 : Juris-Data n° 1990-001866.

⁵⁶⁸ CA Pau, 19 avr. 1983 : Juris-Data n° 1983-042112.

⁵⁶⁹ CA Pau, 30 avr. 1986 : Juris-Data n° 1986-041332.

⁵⁷⁰ CE, 4 mai 1951, Vincent : Rec. p. 245.

1. La rémunération du travail fourni par l'entreprise

Contrairement à l'action des personnes publiques, l'intervention d'un prestataire privé n'est pas exclusivement motivée par la satisfaction de l'intérêt général. L'entreprise escompte en effet retirer un profit de l'exécution du marché passé avec l'administration. Son offre de prix intègre non seulement les dépenses nécessaires à l'exécution des prestations mais aussi sa marge bénéficiaire. Son bénéfice apparaît comme la rémunération du travail qu'elle a fourni et constitue un des éléments de l'équilibre contractuel.

En l'absence de contrat régulièrement conclu, l'entreprise est indemnisée des seules dépenses qu'elle a utilement exposées au profit de la personne publique. Ce principe exclut donc l'indemnisation de toute marge bénéficiaire que le quasi-cocontractant escomptait retirer de la réalisation des prestations, qui ne présente aucune utilité pour la personne publique ⁵⁷¹.

Si le bénéfice escompté par le quasi-cocontractant ne donne lieu à aucune indemnisation, il ne constitue pas pour autant un avantage personnel susceptible de faire obstacle à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause. Le juge admet en effet d'indemniser les dépenses utilement engagées par l'entreprise en vertu d'un contrat entaché de nullité, dont "l'entreprise entendait retirer un bénéfice" ⁵⁷².

2. Le but particulier ayant motivé l'intervention sans titre de l'entreprise

Le demandeur ne saurait en revanche invoquer l'enrichissement dont la personne publique "aurait bénéficié sans cause » lorsqu'en l'absence de tout contrat signé, il a exécuté des prestations au profit de la collectivité publique dans le but d'obtenir un avantage personnel. Un groupement d'entreprises titulaire d'un marché de travaux pour la construction d'une autoroute urbaine, avait proposé à la ville de Nice d'effectuer des études portant sur les solutions techniques et financières d'achèvement de l'ouvrage, par la construction d'une route permettant son raccordement à une autoroute préexistante. Cette proposition n'était soumise à aucune contrepartie financière à la charge de la commune. Le maire avait accepté cette offre par simple courrier. Après que le conseil municipal ait renoncé au projet de réalisation d'un

⁵⁷¹ CE, sect., 2 déc. 1966, Sté France Reconstruction : Rec. p. 635.

⁵⁷² CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

ouvrage d'art à péage pour préserver le caractère de desserte locale de cet équipement, la société mandataire du groupement a réclamé le paiement des études qu'elle s'était proposé d'effectuer. La cour a refusé d'indemniser le groupement, considérant que les "études réalisées comportaient une cause juridique" dès lors que les entreprises "escomptaient obtenir de la commune l'attribution ultérieure de la concession" des travaux puis de l'exploitation de la voie à péage. De même que cette proposition comportait "l'acceptation d'un risque commercial" dans la mesure où la réalisation d'une voie à péage, comme le choix du concessionnaire n'avaient pas fait l'objet d'une délibération du conseil municipal ⁵⁷³.

Lorsque les prestations ont été réalisées sans qu'un contrat n'ait été préalablement conclu, le juge examine si le demandeur a « entendu retirer profit de cette situation ». Si la société a fait preuve d'imprudence en effectuant des prestations supplémentaires sans qu'aucun avenant modifiant le marché initial n'ait été signé, elle est toutefois en droit de réclamer "la totalité des dépenses utilement exposées au profit de l'établissement public sur le fondement de l'enrichissement sans cause » dans la mesure où elle n'a pas « entendu retirer profit de cette situation » ⁵⁷⁴.

La même appréciation a été portée concernant l'entreprise qui avait exécuté et achevé les travaux avant même que le marché ne lui ait été notifié. En outre le contrat invoqué ne comportait nullement "l'expression d'un accord de volonté sur la chose et sur le prix par un représentant du maître d'ouvrage habilité pour engager contractuellement l'administration », l'entreprise n'ayant adressé son devis que postérieurement à la réalisation des travaux ⁵⁷⁵.

L'obstacle tenant à un avantage personnel escompté par le demandeur suppose donc que le juge examine le motif pour lequel la société a réalisé des prestations au profit de la personne publique en l'absence de contrat.

La recherche d'un intérêt personnel par le quasi-cocontractant, pourrait être rapprochée de la cause subjective du contrat, conçue le « mobile » principal et déterminant pour lequel les

⁵⁷³ CAA Marseille, 28 août 2003, n° 97MA00884, Société Niçoise des Tunnels de Saint Augustin ; P. DELELIS, Contrats et marchés publics, janvier 2004, comm. 10.

⁵⁷⁴ CAA Versailles, 18 décembre 2007, n° 06VE00692, Société Bodin.

⁵⁷⁵ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société H. Chevalier.

parties ont conclu le contrat. Le juge apprécie en effet celle-ci au regard du respect des lois, des bonnes mœurs et de l'ordre public. Cet aspect de la cause correspond davantage à des considérations d'ordre moral, permettant de sanctionner par le prononcé de la nullité les « pratiques contractuelles » qui tendent à se soustraire aux règles de droit applicables et à l'ordre public ⁵⁷⁶.

Est ainsi fondée sur une "cause illicite en raison de son objet", la convention par laquelle la ville de Quimper a acquis, à titre gratuit, auprès des consorts X, certaines parcelles en contrepartie de l'engagement pris par la ville de modifier les dispositions du règlement du plan d'occupation des sols relatives au classement d'autres parcelles leur appartenant. Le juge d'appel a prononcé la nullité de cet accord, tout en précisant que la ville de Quimper ne pouvait s'engager par la voie contractuelle à modifier la réglementation d'urbanisme qui relève de son pouvoir de décision unilatéral ⁵⁷⁷. Pour leur part, les consorts X entendaient bel et bien retirer un avantage personnel de la cession gratuite de leur bien à la ville.

A tout le moins, l'avantage personnel escompté par l'entreprise permettra de douter de l'utilité générale des prestations ainsi réalisées.

Section 2. L'acceptation de l'intervention du prestataire par la personne publique

Quelque peu délaissée ces dernières années dès lors que la situation d'enrichissement sans cause résulte dans la plupart des cas de l'annulation d'un contrat irrégulier dont la conclusion présume de l'accord des parties, l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation des prestations sans cause n'en constitue pas moins une condition essentielle de la sanction d'enrichissement sans titre (§ 1).

Si elle permet de couvrir l'imprudence du prestataire qui est intervenu au profit sans qu'un contrat n'ait été régulièrement conclu, l'action en enrichissement est en revanche écartée lorsque les agissements fautifs du prestataire ont conduit à vicier le consentement de la personne publique (§ 2).

⁵⁷⁶ F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Thèse, Dalloz, 2008, p. 226.

⁵⁷⁷ CAA Nantes, 22 octobre 2010, n°09NT01108, M. Jean X.

§ 1. L'exigence d'un assentiment donné par la personne publique

En la qualifiant d'élément « quasi consensuel »⁵⁷⁸, Monsieur Gabriel Bayles ne pouvait pas mieux définir la condition d'exercice de l'action en enrichissement sans cause tenant à l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation de prestations.

Elle constitue la condition essentielle permettant de justifier des sommes mises à la charge de la personne publique en l'absence de tout acte juridique le prévoyant (A) et le juge admet que l'assentiment puisse revêtir des formes très diverses (B).

A. L'élément spécifique de l'obligation d'enrichissement sans cause en droit administratif

La condition de l'assentiment de la personne publique est déterminante dans la reconnaissance du droit à indemnisation du prestataire sans cause. Elle apparaît comme une spécificité du droit administratif dans la mise en œuvre du principe d'enrichissement sans cause. L'exercice de l'action de in rem verso n'est en effet nullement soumis à l'acceptation de l'intervention de l'appauvri par la personne enrichie.

Toutefois la volonté de l'enrichi n'est pas totalement étrangère à l'action de in rem verso, personne ne pouvant être contraint à un profit auquel il n'a pas consenti. Si aucune répétition n'est accordée lorsque l'appauvrissement a été subi dans un intérêt exclusivement personnel, l'action de in rem verso est néanmoins admise dans le cas où l'appauvri a agi à la fois pour son compte personnel mais également dans l'intérêt d'un tiers. Dès lors le juge civil est conduit à rechercher le motif déterminant de l'appauvrissement. Pour ce faire il apprécie l'utilité des prestations au regard de la volonté de l'enrichi de conserver l'avantage qu'elles lui ont procuré. C'est ainsi qu'un garagiste a été débouté de sa demande de paiement des

⁵⁷⁸ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., p.121, n°97.

travaux d'amélioration dès que la voiture lui avait été confiée exclusivement pour des travaux de réparation ⁵⁷⁹.

L'assentiment donné à la réalisation des prestations permet tout d'abord de préserver les deniers publics des immixtions des particuliers dans les affaires administratives. Comme l'explique Monsieur Gabriel BAYLES, c'est « parce que des intérêts supérieurs sont en jeu, (qu')il est normal que l'administration gardienne de l'intérêt général ait son mot à dire chaque fois qu'un particulier prétend l'avoir servie sans qu'un titre juridique l'y habilite expressément » ⁵⁸⁰. Cela vaut pour les initiatives spontanées des particuliers mais également lorsque l'entreprise qui travaille pour le compte de la personne publique étend sa mission bien au-delà de ce que prévoyait le contrat ⁵⁸¹.

Cette condition joue également comme une sanction, rappelant à la personne publique qu'elle ne saurait échapper à son obligation de dédommager le prestataire qui a reçu une demande d'intervention informelle de la part des services de la collectivité. Celle-ci révèle en effet très souvent un défaut dans l'organisation des procédures d'achat de la collectivité publique.

Cette exigence contribue encore à corriger les effets des manquements aux règles qui régissent la formation du contrat. Elle justifie tout d'abord l'obligation de la personne publique d'indemniser l'entreprise des prestations utiles qu'il lui a fournies. Si leur collaboration n'a pas été entérinée par la conclusion d'un contrat régulier, la simple demande de prestations adressée par l'administration témoigne néanmoins de sa volonté d'en confier la réalisation au demandeur. Il en va également ainsi lorsque la personne publique ne s'est pas opposée à l'intervention du prestataire dont elle avait connaissance. Cette condition permet également de neutraliser l'imprudence commise par le prestataire qui, de bonne foi a accepté d'exécuter des prestations en l'absence de contrat régulier.

⁵⁷⁹ C. P. FILIOS, L'enrichissement sans cause en droit privé français, Analyse interne et vues comparatives, Thèse, 1999, BRUYLANT, p. 545 ; Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juin 1968, JCP 1969, éd. G, II, 15724, note Prieur.

⁵⁸⁰ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p.121, n°97.

⁵⁸¹ CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne- Billancourt, n°281796.

B. Les diverses formes de l'assentiment

L'assentiment de la personne publique constitue une condition de pur fait, qui n'est soumise à aucun formalisme. Aussi le juge procède-t-il à un examen des éléments de preuve rapportés par le demandeur (1). L'assentiment peut avoir été donné de façon expresse (2) ou implicite (3). Il sera présumé dans les cas où l'administration a bel et bien été informée de la réalisation des prestations et n'a nullement exprimé son opposition à l'intervention du prestataire (4).

1. Les éléments d'information révélant l'accord imparfaitement donné par la personne publique

Il appartient au demandeur d'établir par quelque moyen que ce soit, que l'administration a donné son accord à la réalisation des prestations et ce, malgré l'absence de tout contrat régulièrement conclu. Pour vérifier la réalité de l'accord donné par la collectivité, le juge procède à une analyse des faits, tels qu'ils ressortent des moyens présentés par les parties et des pièces produites.

Soit figure dans les pièces du dossier, une demande expresse de la personne publique de réaliser les prestations litigieuses⁵⁸². Soit "il ressort" des éléments du dossier que les travaux ont été effectués avec l'assentiment de la commune⁵⁸³.

Dans cette dernière hypothèse, le juge ne saurait préciser la forme précise que revêt l'accord donné par l'administration. Celui-ci n'existe pas formellement mais résulte d'une somme d'informations figurant au dossier. Le juge a par exemple pris en compte le fait que la commune ait assuré le règlement des prestations litigieuses pendant plus d'un an, avant d'en avoir contesté le montant⁵⁸⁴. De même la circonstance tenant à ce que « l'administration a

⁵⁸² CAA Paris, 20 mars 2007, n°04PA04003, Société GETRONICS : « il ressort des pièces du dossier que lesdites prestations ont été effectuées à la demande expresse des services du ministère de l'intérieur et de la préfecture de police dans l'attente de la passation d'un nouveau marché ».

⁵⁸³ CAA Nancy, 15 juin 2000, n° 96NC01397, Commune de Mondelande : « en l'absence de lien contractuel, ce dernier n'a pas droit au versement d'honoraires calculés conformément aux textes régissant ce type de contrats, il est cependant en droit de prétendre, pour des travaux qu'il a effectués avec l'assentiment de l'administration, au versement d'indemnités dans la mesure où les prestations qu'il a fournies ont été utiles à la Commune ».

⁵⁸⁴ CE, 25 octobre 2004, n°249090, Commune du Castellet.

été préalablement informée » des prestations réalisées et que, « loin de les interdire, elle s'est efforcée d'en contrôler l'exécution »⁵⁸⁵ révélera encore l'intention de la personne publique de bénéficier des travaux effectués.

L'assentiment donné par l'administration prend ainsi des formes très variées et la jurisprudence a progressivement admis qu'il puisse être formulé de façon implicite.

2. La demande explicite de prestations

L'assentiment de l'administration peut résulter d'une demande explicite de la personne publique de réaliser des prestations, formulée par écrit sous diverses formes.

Il en va ainsi des bons de commande émis par la collectivité territoriale de Corse, correspondant à des achats sur facture dont le montant total dépasse le seuil des 300 000 francs, fixé par le code des marchés publics en vigueur à l'époque des faits⁵⁸⁶ ou par un établissement hospitalier pour la fourniture de matériels informatiques après la date d'expiration du marché⁵⁸⁷.

Comme le courrier « électronique du service du personnel de la commune, adressé à l'entreprise, dans lequel il lui était demandé une intervention urgente en vue de réaliser les traitements nécessaires pour établir la DADS » attestera également de l'assentiment donné par la commune à la réalisation de prestations informatiques supplémentaires, non prévues au marché⁵⁸⁸.

L'assentiment de la personne publique peut encore résulter des dispositions même d'un contrat devenu caduc. Tel est le cas lorsque la société a réalisé les travaux d'aménagement des espaces extérieurs de la ZAC prévus à la convention de vente conclue avec un

⁵⁸⁵ CE, 14 avril 1961, *Ministre de la reconstruction c. Société Sud Aviation*, R.D.P. 1961, 655.

⁵⁸⁶ CAA Marseille, 30 mars 2004, n° 02MA00706, *S.A. Carlson Wagonlit Travel* : « Considérant qu'il résulte de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que les prestations (...) ont été expressément commandées par la Collectivité territoriale de Corse, à laquelle elles ont été utiles, au-delà du seuil fixé par l'article 321 du code des marchés publics ».

⁵⁸⁷ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, *Société BULL SA*.

⁵⁸⁸ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, *SAS A-DLB INFORMATIQUE*.

établissement public d'aménagement. Si celle-ci n'a pu toutefois être exécutée en raison d'une clause suspensive relative à un permis de construire qui n'a pas été obtenu, le juge a reconnu l'assentiment donné par l'établissement public dès lors que ce dernier avait lui-même défini dans le contrat la réalisation de ces travaux préalablement à la date à laquelle la condition suspensive de la convention devait être satisfaite, et avait approuvé les projets d'aménagement proposés par la société ⁵⁸⁹.

Point n'est besoin que la lettre de commande ait été adressée par l'autorité habilitée à engager la personne publique pour que la jurisprudence admette qu'elle puisse engager sa responsabilité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. L'accord peut par exemple émaner d'une direction qui dépend de l'établissement hospitalier et ce, alors même qu'elle a commandé de façon parfaitement irrégulière à quatorze reprises, des études à un architecte afin de s'assurer de la faisabilité de projets de travaux ⁵⁹⁰.

Le juge a également admis que l'accord donné par la commune à la réalisation de prestations complémentaires au contrat, ressortait d'une lettre simple adressée par l'association agissant pour le compte de la collectivité ⁵⁹¹.

Le juge prendra toutefois le soin de vérifier que les bons de commande qui ont été par exemple présentés par le demandeur à l'appui de sa requête, aient été émis de façon certaine par la collectivité en examinant la lisibilité de la signature et du cachet apposé⁵⁹².

3. Un accord implicitement donné

⁵⁸⁹ CE, 29 décembre 2006, n° 281481, Etablissement public d'aménagement de Saint-Quentin-en-Yvelines.

⁵⁹⁰ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

⁵⁹¹ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt.

⁵⁹² CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 98BX01766, Entreprise Transports Mooland-Osmann : « qu'il résulte de l'instruction et notamment des pièces produites en appel par les sociétés requérantes qu'un grand nombre de factures sont assorties d'un bon de commande ; que les bons de commande qui portent lisiblement la signature et le cachet de la commune de Saint-Paul émanent de manière certaine de cette commune ».

L'assentiment donné par la collectivité peut être simplement tacite. Il pourra ainsi résulter du recours pur et simple au prestataire. A la suite de l'annulation du marché de mobilier urbain, l'ex titulaire a poursuivi irrégulièrement l'exécution des prestations durant plus de deux ans. Le juge a considéré que « le département a lui-même consenti à ce suivi d'exécution en continuant notamment de recourir, pour ses campagnes d'information, aux services de la Société et aux mobiliers urbains installés par celle-ci »⁵⁹³ pour accorder une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Le juge reconnaît en revanche plus difficilement l'existence d'un contrat oral conclu par la personne publique. Ainsi l'attestation fournie par l'ancien responsable des services techniques d'un hôpital n'a suffi pas à démontrer que l'entreprise aurait effectivement bénéficié d'un contrat verbal de l'hôpital lui confiant la réalisation de travaux de réfection d'un logement de fonction⁵⁹⁴.

Comme le titulaire d'un marché de prestations informatiques ne saurait pas se prévaloir de l'assentiment donné par la collectivité, pour les prestations supplémentaires qui ont été réalisées « dans un cadre informel où la (société) intervenait en l'absence d'ordre de service formalisé, à la demande des responsables de l'administration de la commune »⁵⁹⁵.

Autre exemple encore : pour demander le paiement des prestations exécutées après l'expiration du marché, l'ancien titulaire avait invoqué le contrat verbal conclu avec le ministère de la culture. Si l'administration avait régularisé cette situation en concluant un nouveau contrat couvrant une partie des prestations réalisées, le demandeur appauvri l'avait signé sous réserve de ce que le montant prévu ne constituait qu'un acompte et qu'un avenant interviendrait ultérieurement pour fixer sa rémunération définitive. Or aucun avenant au marché n'a jamais été conclu. Le juge a refusé d'examiner cette demande sur le fondement de l'enrichissement sans cause dès lors que le demandeur n'avait pas établi l'existence d'un contrat verbal prévoyant une rémunération supérieure. Qui plus est, il a considéré que

⁵⁹³ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁵⁹⁴ CAA Versailles, 11 septembre 2007, n° 05VE01728, Société Fasani : « Considérant qu'il ne résulte pas davantage de cette seule attestation que les travaux de peinture dans le logement de fonction, à supposer qu'ils aient été effectivement réalisés, l'auraient été à la demande du centre hospitalier où, tout au moins, avec son accord ; que la SOCIÉTÉ FASANI n'est, dès lors, pas fondée à demander la condamnation du centre hospitalier d'Argenteuil à l'indemniser des dépenses exposées par elle et qui auraient été utiles à celui-ci ».

⁵⁹⁵ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, SAS A-DLB INFORMATIQUE.

l'administration avait implicitement refusé la réalisation des prestations litigieuses, en ne les intégrant pas au marché de régularisation ⁵⁹⁶.

En l'absence de toute justification écrite, le juge vérifiera le degré de la bonne foi du demandeur, pour déterminer s'il pouvait ou non déceler l'incompétence du donneur d'ordre. Aucun assentiment de la personne publique ne saurait donc résulter de l'accord verbal donné par une autorité lorsque le prestataire ne pouvait « ignorer qu'elle n'avait aucune compétence » pour lui adresser une commande. Alors que l'entreprise avait conclu un marché de travaux d'enrobées avec le département de Corse du sud, elle a réalisé des travaux supplémentaires à la demande orale du maire d'une commune, également vice-président du Conseil général. Toutefois ce dernier ne bénéficiait d'aucune délégation du président de l'assemblée délibérante en matière de travaux publics et la demande verbale ne pouvait donc constituer un ordre de service émanant du maître d'ouvrage ⁵⁹⁷.

L'entreprise ne peut davantage prétendre que le fait que les travaux aient été validés par un contrôleur de travaux public de l'Etat, permettrait d'établir l'assentiment donné par le département dès lors que le contrôleur n'était nullement habilité à représenter le maître d'ouvrage au titre de la maîtrise d'oeuvre du chantier ⁵⁹⁸.

De même que le fait d'avoir effectué des travaux de terrassement sur le territoire de la commune à la demande de la Société des Eaux qui est le cocontractant de la collectivité, ne présume d'aucun assentiment tacite donné par la commune à la réalisation de ces travaux ⁵⁹⁹.

Enfin le courrier de la commune, informant l'entreprise de son intention de lui confier la réalisation de prestations ne permettra nullement d'établir l'assentiment tacite de la personne publique. Postérieurement à l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre concernant la première tranche d'un programme de réhabilitation, le maire a informé le titulaire par courrier de ce qu'il envisageait de lui confier également la seconde partie du programme et l'invitait à fournir les différentes pièces nécessaires à l'établissement d'un contrat. Toutefois aucun autre marché n'a été conclu et le maître d'œuvre n'a pu obtenir le remboursement des

⁵⁹⁶ CAA Paris, 28 décembre 1993, n° 91PA00599, M. X.

⁵⁹⁷ CAA Marseille, 24 janvier 2005, n° 01MA00321, Société Corsovia.

⁵⁹⁸ CAA Marseille, 24 janvier 2005, n° 01MA00321, Société Corsovia.

⁵⁹⁹ CAA Lyon, 30 décembre 2003, n° 00LY01162, Entreprise Degut Terrassement.

dépenses exposées pour la seconde partie du programme ; le courrier du maire invoqué par le demandeur ne suffisant ni à démontrer un quelconque assentiment de la commune, ni de ce qu'elle aurait incité le requérant à débiter les prestations litigieuses ⁶⁰⁰.

4. La présomption de l'accord donné par l'administration

L'assentiment peut être également présumé. Il correspond alors à l'hypothèse selon laquelle la collectivité aurait été informée de la réalisation des prestations et ce, préalablement à leur exécution.

Pour autant il ne suffit pas que la société ait proposé ses services à la collectivité, encore faut-il que l'administration ait manifesté d'une quelconque façon son accord. C'est ainsi que le juge a refusé de considérer que la commune avait donné son assentiment dès lors que si le prestataire avait produit le courrier concernant le service complémentaire qu'il se proposait de rendre dans le cadre de gestion de la patinoire et de la piscine, il n'avait fourni aucun élément justifiant de l'accord donné par l'association qui agissait pour le compte de la collectivité ⁶⁰¹.

L'assentiment sera présumé dans les cas où la personne publique ne s'est pas opposée à la réalisation des prestations dont elle avait connaissance. S'agissant des prestations supplémentaires effectuées en l'absence de tout ordre de service, par la société chargée du traitement et de la collecte des déchets, le juge a en effet relevé que la communauté de communes en avait été informée et ne s'y est pas opposée pour considérer qu'elle avait "donné son consentement à la réalisation des prestations supplémentaires" qui avaient été nécessaires à la bonne exécution du service ⁶⁰².

Autre exemple : si un marché de transport et de traitement des matériaux récupérés était en cours d'exécution, le montant annuel prévu au marché avait été atteint dès la fin du 3^e

⁶⁰⁰ CAA Lyon, 3 juillet 2003, n° 98LY00357, M. Robert X.

⁶⁰¹ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt : « la société Mayday Sécurité s'est bornée à produire un courrier qu'elle avait adressé à l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt le 6 décembre 1993 lui proposant ce service supplémentaire sans fournir aucun élément justifiant de l'accord de cette dernière ; qu'ainsi en jugeant que ces prestations avaient été réalisées, avec l'assentiment de l'association, par la société Mayday Sécurité, la cour a dénaturé les pièces du dossier ».

⁶⁰² CE, 18 novembre 2011, n°342642, Communauté de communes de Verdun.

trimestre de l'année et les factures du 4^e trimestre n'avaient donc pu être honorées par le syndicat intercommunal. Pour autant aucun avenant n'a été conclu et aucune décision de poursuivre l'exécution du marché n'a été prise par la collectivité. Le juge a toutefois admis d'indemniser le titulaire sur le fondement de l'enrichissement sans cause dans la mesure où l'établissement public ne s'était pas opposée à la poursuite des prestations et avait même reconduit le marché pour l'année suivante ⁶⁰³.

De même il a été jugé qu'une université avait consenti à la réalisation des travaux de remise en état des ouvertures de portes dans la mesure où elle ne s'était nullement opposée à leur exécution qui avait duré deux mois sans qu'aucun bon de commande régulier n'ait été adressé à l'artisan. Seuls des bons de travail irréguliers, pour n'avoir pas été signés ou signés par une personne incompétente, et destinés aux seuls services techniques de l'université avaient en effet prévu ces travaux ⁶⁰⁴.

En revanche lorsque la collectivité publique avait prévenu la société de ce que tout commencement d'exécution se ferait à ses risques et périls, le juge n'admet nullement que la personne publique aurait consenti à la réalisation des prestations que l'entreprise a néanmoins effectuées ⁶⁰⁵.

L'assentiment de l'administration se présume encore lorsque « loin de les interdire, (la personne publique) s'est efforcée d'en contrôler l'exécution » ⁶⁰⁶.

Le juge a également reconnu l'assentiment de la collectivité publique dans le cas où elle avait pris possession de l'ouvrage et en avait assumé le coût d'achèvement ⁶⁰⁷.

Certaines circonstances, comme l'urgence ou le caractère indispensable des prestations à réaliser permettent de présumer de l'accord donné par l'administration. De simples lettres d'intention de commande, confirmés d'ailleurs par des certificats administratifs, suffiront

⁶⁰³ CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec.

⁶⁰⁴ CAA Lyon, 30 décembre 2003, n° 98LY01142, M. Lucien X.

⁶⁰⁵ CE, 1er mars 1928, Bringer, Rec.386.

⁶⁰⁶ CE, 14 avril 1961, Ministre de la reconstruction c. Société Sud Aviation, R.D.P. 1961, 655.

⁶⁰⁷ Conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas, sous CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne Tête, p. 7.

alors à établir l'assentiment de la personne publique donné aux travaux qui ont été effectués afin de remédier aux dégâts occasionnés par plusieurs inondations ⁶⁰⁸.

De la même façon, le demandeur pourra prétendre à l'indemnisation des prestations exécutées lorsqu'il établit qu'elles étaient indispensables, soit pour des raisons de sécurité ⁶⁰⁹, soit à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ⁶¹⁰.

La collectivité ne saurait alors opposer le caractère forfaitaire du prix qui avait été prévu au marché entaché de nullité, pour contester le droit à indemnisation de l'entreprise ⁶¹¹. Cette solution se comprend aisément dans la mesure où les stipulations contractuelles ont été privées d'effet en raison de l'anéantissement de l'accord passé. Pour autant l'indication d'un prix forfaitaire pourrait permettre de justifier du fait que la personne publique avait entendu limiter son accord aux seules prestations qui avaient été initialement prévues et s'opposait à la réalisation de prestations supplémentaires. Admettre un tel argument risquerait toutefois de priver de toute efficacité l'action qui a été précisément prévue afin de remédier aux manquements commis lors de l'élaboration de l'accord passé.

Comme le proposait Monsieur Franck Moderne, le caractère présumé de l'assentiment de la personne publique pourrait être rapproché de la commune intention des parties, en ce que la collectivité publique a entendu que soient réalisés tous les travaux qui sont nécessaires à la réalisation de l'ouvrage au regard des règles de l'art ⁶¹².

Une approche plus large de l'assentiment donné par l'administration permettra en effet d'accueillir la demande présentée par le prestataire sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En outre le juge procédant à l'examen de l'utilité des prestations invoquées par le demandeur, les sommes mises à la charge à la collectivité seront limitées à celles qui ont été nécessaires à l'accomplissement des missions de service public.

⁶⁰⁸ CE, 17 novembre 2008, n°294215, Entreprise Aubelec.

⁶⁰⁹ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt : le demandeur ne justifie pas que l'intervention d'un maître chien et les prestations de télésurveillance auraient été indispensables notamment pour des motifs de sécurité.

⁶¹⁰ CAA Marseille, 15 novembre 2010, n° 08MA00288, Société Entreprise Lyonnaise de travaux Spéciaux.

⁶¹¹ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

⁶¹² F. MODERNE, Les quasi-contrats administratifs, Sirey, 1995, n°126.

Enfin l'assentiment de la personne publique ne sera pas en principe discuté lorsque les prestations litigieuses avaient fait l'objet d'un contrat dont le juge a par la suite, prononcé l'annulation. Le juge rappelle en effet que "l'entrepreneur, dont le contrat est entaché de nullité, peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé" ⁶¹³. Il n'est nullement question de l'assentiment donné par la personne publique, comme c'est le cas en l'absence de tout contrat. L'accord donné à la réalisation des prestations semble ainsi subsister à l'anéantissement du contrat qui a entériné les modalités de leur exécution.

C'est ainsi que le juge a déduit du contrat de régularisation de prestations informatiques conclu postérieurement à la réalisation des prestations litigieuses dont il avait prononcé l'annulation, que la commune n'avait nullement donné son assentiment à la réalisation des prestations pour lesquelles la société réclamait un supplément de rémunération ⁶¹⁴.

Lorsque le juge reconnaît l'assentiment donné par la personne publique, le demandeur sera en droit d'obtenir l'indemnisation des dépenses utilement engagées, sauf à ce que ses agissements aient été de nature à vicier le consentement donné par l'administration.

§ 2. De la faute de l'entreprise anéantissant l'assentiment de la personne publique

Le comportement fautif de la victime constitue une cause d'exonération totale ou partielle de responsabilité de la personne publique, lorsque celle-ci est engagée sur le fondement contractuel ou extracontractuel. Il pourrait même constituer la cause directe de l'appauvrissement subi par le prestataire.

Le juge administratif a en effet considéré que l'enrichissement ne saurait « être regardé comme dépourvu de cause juridique » eu égard aux actes par lesquels le demandeur avait "transgress(é) les dispositions de la loi" et "à ses risques et périls, entrepris l'exécution de travaux supplémentaires qui ont provoqué (son) appauvrissement" ⁶¹⁵. En l'espèce une association syndicale de reconstruction avait après-guerre, commandé la réalisation d'un

⁶¹³ CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755.

⁶¹⁴ CE, 6 mai 2009, n°281707, SITEC.

⁶¹⁵ C.E., 6 octobre 1965, Consorts Bigot, Goldstein : Rec. p. 1048.

ouvrage dont l'importance excédait les prévisions du projet initial pour lequel une indemnité de dommages de guerre avait été allouée en application de dispositions légales. Aussi la requérante avait-elle réclamé l'indemnisation de l'excédent des dépenses qu'elle avait supporté.

La faute de l'appauvri a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales, et notamment en droit privé dès lors que le juge civil considérait jusqu'à ces dernières années, que la faute de l'appauvri et ce, quelle qu'en soit la gravité, le privait de l'action de in rem verso (A). Une solution différente a été retenue en droit administratif concernant le prestataire sans titre de l'administration. Celle-ci tient à l'existence d'une condition spécifique de l'action en enrichissement sans cause, l'exigence de l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation des prestations. Celle-ci permet en effet de couvrir, dans une certaine mesure du moins, les agissements du demandeur qui a accepté de délivrer des prestations en l'absence de contrat ou de conclure un contrat irrégulier. En revanche le prestataire ne pourra réclamer l'indemnisation de son appauvrissement lorsqu'il a commis une faute de nature à vicier le consentement de la personne publique (B).

A. L'incidence de la faute de l'appauvri en droit privé

La cour de cassation a régulièrement écarté l'exercice de l'action de in rem verso lorsque l'appauvri avait commis un faute. Ainsi la banque n'a pas obtenu le remboursement des sommes qu'elle avait versées au bénéficiaire d'un chèque sans provision, pour lequel son client avait fait opposition ⁶¹⁶.

L'incidence de la faute de l'appauvri a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales. Certains auteurs, comme Monsieur Jean MAZEAUD, ont considéré que l'absence de faute de l'appauvri constituait la seconde condition d'exercice de l'action de in rem verso (après le défaut de titre juridique), alors que d'autres défendaient la nécessité d'assouplir la rigueur des décisions des juges ⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Com., 16 juillet 1985, Bull. civ., IV, n° 215, D. 1986 ; RTDCiv. 1986, p. 111, obs. MESTRE.

⁶¹⁷ C. P. FILIOS, L'enrichissement sans cause en droit privé français, Thèse 1999, Ed. Ant. N. SAKKOULAS – BRUYLANT, 1999, p. 518 ; H. PERINET-MARQUET ; Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri : JCP G 1982, I, 3075 ; A.-M. ROMANI ; La faute de l'appauvri dans

Toutefois l'absence de faute de l'appauvri est généralement considérée en droit privé, comme une condition « autonome » du principe d'enrichissement sans cause ; celle-ci ne saurait être confondue avec celle tenant à une absence de cause, conçue comme la contrepartie du mouvement de valeur entre les patrimoines. Certains auteurs ont soutenu que « la raison d'être de cette condition est purement morale et que « celui qui s'appauvrit à la suite d'une faute délibérée ou d'une immixtion intempestive dans les affaires d'autrui, ne mérite pas d'être indemnisé »⁶¹⁸.

La faute de l'appauvri conduisait en principe au rejet de l'action de in rem verso⁶¹⁹. A partir de 1997, la cour de cassation a atténué la rigueur des conséquences indemnitaires données à la faute de l'appauvri. Elle a considéré en effet que « le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause »⁶²⁰. En l'espèce un commissaire-priseur avait vendu aux enchères un bureau d'époque Louis XV. Lors des travaux de restauration, il a été constaté que celui-ci était un faux. Condamné à indemniser l'acheteur, le commissaire-priseur a poursuivi le vendeur. Si le commissaire-priseur avait commis une faute à l'origine de son propre appauvrissement, celle-ci ne l'a pas privé de la possibilité d'intenter une action de in rem verso contre le vendeur.

La cour de cassation examine désormais le degré de gravité de la faute commise par l'appauvri pour se prononcer sur son droit à indemnisation. Seule la faute grave, délibérée, empêche le demandeur d'intenter l'action de in rem verso. Ainsi il a été jugé que le garagiste ne pouvait réclamer à son client une indemnité d'enrichissement sans cause au titre des travaux effectués sur son véhicule, dès lors que son "appauvrissement (était) imputable à sa faute" : alors que le devis établi s'élevait à un montant de 5 000 €, le garagiste avait réalisé des travaux qui n'avaient pas été commandés par le client, puis présenté une facture de plus de 10 000 €⁶²¹.

l'enrichissement sans cause : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause : RTD civ. 1987, p. 223 et s.

⁶¹⁸ X. PIN, *Juris Classeur Civil Code*, App. Art. 1370 à 1381, Fasc. 20 : Quasi-contrats, Enrichissement sans cause, 11 mars 2007.

⁶¹⁹ Cass. civ., 6 mai 1953 : D. 1953, jurispr. p. 609.

⁶²⁰ Cass. 1re civ., 3 juin 1997, n° de pourvoi : 95-13568, Vallet c/ Cie La Préservatrice Foncière et a ; G. VINEY, *Enrichissement sans cause et responsabilité civile*, Semaine Juridique, Ed. gén. n°26, juin 1998, II 10102

⁶²¹ Cass. 1re civ., 24 mai 2005 : *Juris-Data* n° 2005-028528 ; Bull. civ. 2005, I, n° 224

B. Une neutralisation de la faute d'imprudence commise par le prestataire de l'administration

Dans la plupart des cas, le comportement fautif du prestataire ne le privera nullement de la possibilité d'engager la responsabilité de la personne publique sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La nature quasi-contractuelle de l'obligation d'enrichissement sans cause tenant à l'assentiment donné par l'administration, permet de justifier cette solution (1). Pour autant quelques décisions rendues par le juge d'appel avaient semé le doute sur les conséquences à donner à la faute de l'appauvri, en opérant un partage de responsabilités au titre de l'enrichissement sans cause (2). En 2008, le conseil d'Etat a mis fin à ces hésitations, en précisant que la faute du demandeur restait sans incidence sur son droit à indemnisation, sauf à ce qu'elle ait été de nature à vicier le consentement de la collectivité publique (3).

1. La force attachée à la volonté de la personne publique

Dans le cadre de sa relation d'échange avec l'administration, il peut être reproché au prestataire d'avoir accepté de réaliser des prestations en l'absence de tout contrat ou de conclure un contrat entaché d'irrégularité.

Cette imprudence est toutefois exclusive de la notion de cause de l'enrichissement. A l'instar de l'irrégularité commise par la personne publique lors de la formation de l'accord passé, la négligence de l'entreprise explique pour partie, la situation d'enrichissement sans titre. Pour autant, elle ne saurait être considérée comme la cause directe du transfert de valeur opéré du fait des prestations réalisées au profit de l'administration.

Dans la mesure où la personne publique a accepté que l'entreprise exécute des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu, qu'elle a également admis d'en bénéficier, il serait particulièrement malvenu de refuser au prestataire le remboursement des dépenses qu'il a utilement engagées pour rendre service à la collectivité. Madame Catherine BERGEAL

rappelait que le « fondement théorique » de la notion civiliste d'enrichissement sans cause « tient dans la volonté de ne pas méconnaître le principe d'équité »⁶²².

Une condition spécifique a permis en droit administratif de neutraliser la faute commise par le prestataire appauvri. Le juge a admis de longue date que l'appauvrissement subi par le prestataire sans titre régulier n'ouvre droit à indemnisation qu'à la condition que la personne publique ait donné son assentiment à la réalisation des prestations qui l'ont enrichie⁶²³. Ainsi aucun enrichissement forcé de la collectivité ne saurait donner lieu à indemnisation.

Même si les parties ont commis une faute en ne respectant pas la réglementation applicable lors de l'élaboration de l'accord passé et que les engagements qu'elles avaient réciproquement pris ont été privés d'effet, ces agissements ne sauraient anéantir la volonté qu'elles ont eu de collaborer, soit en délivrant des prestations, soit en acceptant d'en bénéficier. Comme le souligne Monsieur Gabriel BAYLES, si l'enrichissement trouve en effet une cause dans « la conduite blâmable de l'appauvri qui a agi contre la volonté délibérée de l'enrichi ou unilatéralement à ses risques et périls », l'appauvri ne saurait plus être regardé comme ayant commis une faute « lorsque l'enrichi a donné son assentiment tacite à la réalisation des faits d'enrichissement, lorsqu'il en a été préalablement informé et que loin de les interdire, il s'est efforcé d'en contrôler l'exécution »⁶²⁴.

Pour proposer à la haute juridiction de ne pas priver l'appauvri de la possibilité d'invoquer l'enrichissement sans cause lorsqu'il avait commis une faute, le commissaire du gouvernement Bertrand DACOSTA avait également expliqué que les agissements de l'entreprise étaient « couvert(s) par le consentement, ou du moins l'absence d'opposition, de la personne publique, qui, autrement, s'enrichirait de façon indue »⁶²⁵.

La condition tenant à l'assentiment donné par la personne publique permet donc en droit administratif de neutraliser l'imprudence fautive de la société qui a exécuté des prestations en l'absence d'un contrat valide. En 1974, le conseil d'Etat a reconnu que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité pouvait réclamer "en tout état de cause" le remboursement de

⁶²² C. BERGEAL et F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2004, p. 113.

⁶²³ CE, 5 août 1920, Grouvelle, Rec. 823.

⁶²⁴ G. BAYLES, *L'enrichissement en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., 1973, p. 168.

⁶²⁵ Bulletin juridique des contrats publics n°59, p. 283

celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ⁶²⁶. « Même si (la société) a commis des fautes ou imprudences à l'occasion de la passation des marchés" ⁶²⁷, elle a droit au paiement "de la totalité des dépenses" utilement exposées" au profit de la personne publique.

Il en va également ainsi lorsque le demandeur a exécuté des prestations, en marge du contrat ou sans avoir préalablement conclu un contrat avec la personne publique. Il a été jugé que l'accomplissement de travaux qui ne sont pas prévus au contrat et n'ont fait l'objet d'aucun ordre de service écrit ou avenant, donne lieu au "remboursement des dépenses utiles exposées au profit de la personne publique, déduction faite du bénéfice » ⁶²⁸.

Si le traitement des déchets de la commune du Castellet par un syndicat intercommunal n'a été entériné par aucun contrat, il ouvre droit au remboursement de celles des dépenses qui ont été utiles à la commune sans qu'aucune faute ne puisse être reprochée au syndicat, qui avait accepté de continuer de traiter les déchets de la commune alors même qu'elle avait interrompu le paiement des factures en raison du caractère excessif du tarif appliqué ⁶²⁹.

2. La faute de l'appauvri considérée comme cause exonératoire de responsabilité de l'enrichi

Quelques décisions rendues par le juge d'appel ont toutefois semé le doute sur la neutralisation de la faute commise par le prestataire appauvri. Elles avaient en effet refusé d'allouer au titre de l'enrichissement sans cause, une indemnité couvrant l'intégralité des sommes utilement engagées par la société qui avait conclu un contrat irrégulier.

Par un arrêt rendu le 22 janvier 2002, la cour administrative d'appel de Marseille a ainsi réduit de moitié l'indemnité mise à la charge du département des Alpes Maritimes au titre des dépenses utilement exposées par son cocontractant. Pour ce faire le juge a considéré la faute commise par la Société Decaux, qui s'était prêtée à la conclusion d'un marché de mobilier

⁶²⁶ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

⁶²⁷ CAA Versailles, 16 mai 2006, n° 03VE04447, Commune de Ris-Orangis.

⁶²⁸ CE, 19 mars 1982, n° 18632, Cojonde ; CE, 16 janvier 1987, n° 69729, Commune de Montbronn.

⁶²⁹ CE, 25 octobre 2004, n° 249090, Commune du Castellet.

urbain dont, compte tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité ; le contrat avait été conclu "sans recourir aux règles de la mise en concurrence" ⁶³⁰.

De la même façon, alors que la commune de Menton n'avait pas respecté les mesures de publicité prévues par le code des marchés publics, le juge d'appel de Marseille a réduit d'un tiers le montant des dépenses utilement engagées par la société qui avait été chargée de la réalisation et de l'exploitation d'une nouvelle station d'épuration. Il a relevé la faute du prestataire qui avait accepté de conclure un avenant à la concession en toute méconnaissance des procédures prévues et précisé que la société "en sa qualité de professionnel de l'eau et de l'assainissement" ne pouvait ignorer l'irrégularité entachant le nouveau contrat signé ⁶³¹.

La cour administrative d'appel de Marseille a donc considéré que le fait de conclure et d'exécuter un contrat irrégulier caractérisait une cause exonératoire de responsabilité de la personne publique lorsque le prestataire n'ignorait pas en professionnel avisé, l'illégalité commise par l'administration.

La cour administrative d'appel de Douai a également rendu une décision en ce sens, en 2006. En l'espèce la collectivité avait informé le prestataire de ce que les prestations réalisées au-delà du montant maximum prévu au marché ne seraient pas payées. Le juge a néanmoins considéré remplie la condition tenant à l'assentiment donné par la personne publique à la réalisation des prestations dès lors qu'elle ne s'était « pas opposée à la poursuite du marché ». Pour autant il a réduit d'un quart le montant de l'indemnité allouée en raison du « comportement de la société (...) qui a poursuivi ses activités alors que le seuil de plafonnement maximum du marché était atteint et qu'elle avait été informée par la collectivité que ses factures du 4ème trimestre ne seraient plus honorées » ⁶³².

Le partage de responsabilité opéré en raison du comportement fautif du prestataire aboutit à le priver pour partie de son droit au remboursement des dépenses qui ont toutefois été utiles à la collectivité publique. Une telle solution apparaissait en totale contradiction avec la finalité de l'action en enrichissement sans cause, qui tend à rétablir le déséquilibre injustifié entre les patrimoines des parties.

⁶³⁰ CAA Marseille, 21 juin 2005, n° 98MA00414, Département des Alpes Maritimes.

⁶³¹ CAA Marseille, 30 juillet 2007, n° 05MA02555, Commune de Menton.

⁶³² CAA Douai, 19 octobre 2006, n° 05DA00943, Communauté de communes du canton de Bolbec.

3. La clarification opérée par la décision "Tête"

Le Conseil d'Etat a mis fin aux solutions divergentes rendues par les juridictions du fond, et clarifier la jurisprudence « Segrette ». Par la décision « Tête » rendue le 22 février 2008, il a considéré que « les fautes éventuellement commises par le demandeur antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de son cocontractant »⁶³³.

En l'espèce, la Communauté urbaine de Lyon avait confié en 1991 la réalisation et l'exploitation d'un tronçon du périphérique à une société privée. En 1998, la convention avait été annulée par le conseil d'Etat en raison de l'illégalité qui entachait la délibération du conseil de communauté autorisant son président à signer cette convention. A l'issue d'une procédure de conciliation menée sous la conduite du tribunal administratif, la communauté avait signé une transaction afin de régler les conséquences financières de l'annulation du contrat. C'est à l'occasion d'une action intentée par un contribuable local contre la décision de la Communauté de signer la transaction que la haute juridiction a réaffirmé le droit au remboursement de l'intégralité des dépenses qui ont été utilement supportés par l'ex-contractant.

Le conseil d'Etat a motivé sa décision de façon très précise, en prenant le soin d'examiner la nature de la faute commise par la société concessionnaire. Cette dernière avait signé une convention alors qu'elle n'ignorait pas que la communauté urbaine n'avait pas fait appel à la concurrence. Le moyen tiré de ce que le choix du concessionnaire aurait été déterminé par les avantages financiers dont certains membres du conseil de communauté auraient bénéficié a été en revanche écarté.

La haute juridiction a ensuite rappelé que le cocontractant de la personne publique pouvait réclamer en sus des dépenses utiles, l'indemnisation du bénéfice dont il a été privé par la

⁶³³ CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 79, G. ECKERT ; AJDA 2008, p. 992, note J.-D. DREYFUS.

nullité du contrat résultant d'une faute de l'administration, « sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes »⁶³⁴.

Cette position a été largement confirmée par la suite. Le Conseil d'Etat a notamment censuré la décision rendue par la juge d'appel de Marseille concernant le marché de mobilier urbain conclu par le Département des Alpes maritimes et la Société Decaux. Il a en effet considéré que la faute tenant à s'être prêtée à la conclusion d'un marché dont, compte tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité « n'est pas de nature à limiter le droit à indemnisation » de la société au titre de l'enrichissement sans cause⁶³⁵.

Cette solution vaut également pour le cas où le prestataire a exécuté des prestations en l'absence de tout contrat signé. Ainsi le fait d'avoir réalisé et achevé les travaux avant que le marché n'ait été notifié⁶³⁶, ou d'effectuer des prestations supplémentaires sans qu'aucun avenant modifiant le marché initial n'ait été signé, ne « constitue nullement une faute de nature à priver (la société) du droit à être indemnisée de la totalité des dépenses utilement exposées au profit de l'établissement public sur le fondement de l'enrichissement sans cause »⁶³⁷.

S' "il n'y a pas lieu de tenir compte de la faute de l'appauvri", le commissaire du gouvernement Didier CASAS a proposé de "ménager une exception à ce principe, pour les cas où la faute du quasi-contractant serait par sa gravité, assimilable à une fraude ou à un dol de telle sorte qu'elle aurait vicié le consentement de l'administration". En effet "le dol ou la faute caractérisée pourraient (ainsi) constituer le point de rupture de la logique normalement objective de l'enrichissement sans cause". La faute présente un degré de gravité tel, qu'il n'est plus possible de considérer que l'administration ait donné son assentiment à la dépense⁶³⁸. Ce faisant elle anéantit l'accord implicitement donné par la personne publique de s'obliger au titre des prestations réalisées.

Tel n'est nullement le cas lorsque la société a seulement fait preuve d'imprudence en réalisant des prestations sans être titulaire d'un contrat régulier et en adressant ses devis après la

⁶³⁴ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

⁶³⁵ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁶³⁶ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société H. Chevalier.

⁶³⁷ CAA Versailles, 18 décembre 2007, n° 06VE00692, Société Bodin.

⁶³⁸ Conclusions B. CASAS, CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B (non publiées).

réalisation des prestations. Le juge a précisé que ces faits ne constituaient nullement une faute de l'appauvri de nature à le priver du droit au remboursement de la totalité des dépenses qu'elle a utilement exposées au profit de l'Etat, dans la mesure où "il n'a pas entendu retirer profit de cette situation et qu'il n'a commis aucune faute grave, assimilable à une fraude ou à un dol, de nature à vicier le consentement de l'administration" ⁶³⁹.

Le conseil d'Etat censure les décisions rendues les juges du fond qui accordent le remboursement des dépenses utilement exposées "sans tenir compte des fautes éventuellement graves (que le prestataire) a commises". La commune avait soulevé la faute commise par la société qui avait accepté en 1990 de verser une contribution spéciale au titre du droit d'utilisation dans le cadre d'une délégation de service public de distribution d'eau et d'assainissement, alors que l'article 76 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 a interdit tout versement de droits d'entrée par le délégataire d'un service public d'alimentation en eau. Le juge d'appel avait considéré qu'elle n'était "en tout état de cause (...) pas de nature à limiter le droit" à indemnisation de l'ancien délégataire. La haute juridiction a jugé que la cour ne pouvait estimer de façon implicite comme elle l'avait fait, que le consentement de la commune n'avait pas été vicié alors même que les fautes de la société "révélaient un manquement au principe de loyauté " ⁶⁴⁰.

Plus récemment, et postérieurement à la jurisprudence "Ville de Béziers", la cour administrative d'appel de Nancy a refusé d'accorder la totalité des dépenses utilement exposées par le prestataire en raison de la « méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence (ayant) affecté les conditions dans lesquelles la commune a donné son consentement ». En l'espèce, après avoir démarché la commune, la société a soumis des contrats de location de matériels de reprographie établis sur un formulaire-type qui ont été signés par la collectivité le jour même de la livraison des matériels. Ce faisant la commune « n'a disposé d'aucun délai pour prendre connaissance des clauses des contrats et surtout des conditions générales annexées qui comptent pas moins de 21 articles imprimés en petits caractères et dérogeant en de nombreux points au droit commun de la commande publique ». Le juge d'appel a opéré un partage de responsabilité à parts égales entre les deux parties et

⁶³⁹ CAA Paris, 30 mars 2009, n° 07PA00489, Société H. Chevalier.

⁶⁴⁰ CE, 7 décembre 2012, n° 351752, Commune de Castres.

condamné la commune à ne rembourser que 50 % des dépenses utilement exposées par la société ⁶⁴¹.

Suivre une telle solution aboutit au final à distinguer trois types de fautes commises par l'appauvri : tout d'abord, les moins graves qui correspondraient à une simple imprudence ou négligence du prestataire et apparaissent sans incidence sur l'assentiment de la personne et le droit au remboursement de l'intégralité des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité ; celles ensuite, qui affectent les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement et justifieraient qu'un partage de responsabilité soit opéré au titre de l'indemnité d'enrichissement sans cause ; enfin les fautes les plus graves, qui sont de nature à vicier le consentement de l'administration, comme le dol, et privent le prestataire de toute indemnité d'enrichissement sans cause.

Cette décision est toutefois restée isolée. Le conseil d'Etat n'a nullement confirmé cette nouvelle tentative d'opérer un partage de responsabilités sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle. Il y a tout lieu de croire que cette décision serait censurée si l'affaire devait être portée devant la haute juridiction.

La faute qui est de nature à vicier le consentement de l'administration implique une intention de la tromper. On comprend donc aisément qu'elle puisse emporter l'anéantissement de l'assentiment donné par la personne publique. Celle qui affecte les conditions dans lesquelles la collectivité publique a donné son consentement, justifie d'écarter le contrat afin de ne pas mettre à la charge de la personne publique des obligations auxquelles elle n'a pu librement consentir en toute connaissance de cause. En revanche il n'est pas certain qu'elle ait eu une incidence sur l'assentiment de la collectivité publique qui ne concerne que la réalisation des prestations. Celui-ci ne vaut nullement acceptation des modalités de leur exécution qui auraient été convenues entre les parties.

L'obligation incombant à la personne publique au titre de l'enrichissement sans cause se limite en effet aux prestations qui présentent une utilité pour la collectivité, et plus précisément aux seules dépenses qui ont été utilement exposées au profit de la collectivité. Le prestataire ne pourra obtenir aucune somme au titre du bénéfice qu'il escomptait retirer de l'exécution des

⁶⁴¹ CAA Nancy, 6 mai 2013, n° 12NC01355, Commune de Laroque d'Olmes.

prestations qui ont été délivrées. La cour n'a d'ailleurs pas relevé un quelconque autre avantage personnel que la société aurait cherché à obtenir en livrant les matériels litigieux. En outre le juge contrôle de façon concrète la réalité, mais aussi le caractère raisonnable des sommes réclamées.

Il serait donc pour le moins paradoxal de considérer que cette faute puisse constituer une cause exonératoire de responsabilité au titre de l'enrichissement sans cause dans la mesure où le juge administratif a élaboré un système de responsabilité qui tend à rétablir le déséquilibre des situations patrimoniales des parties, à hauteur des seules dépenses qui ont été utiles à la collectivité.

Section 3. Le moyen d'enrichissement sans cause dans le débat contentieux

L'action en enrichissement sans cause apparaît comme l'ultime recours permettant au prestataire d'obtenir le remboursement des dépenses qu'il a utilement exposées au profit de la collectivité.

Le caractère subsidiaire de l'action rappelle que l'enrichissement sans cause ne saurait servir à contourner les voies de droit préexistantes. Aussi le demandeur ne pourra se dispenser d'intenter l'action dont il dispose normalement contre son débiteur direct. Si des obstacles de droit tenant aux conditions d'exercice de cette action ou aux principes d'indemnisation le privent de toute réparation de son préjudice, le demandeur ne pourra nullement invoquer l'enrichissement sans cause pour obtenir satisfaction. Un correctif est néanmoins aménagé lorsque l'insolvabilité de son débiteur direct a été constatée (§ 1).

Alors que le moyen d'enrichissement sans cause constitue une cause juridique nouvelle et n'a pas un caractère d'ordre public, le juge a admis d'assouplir les règles de procédure afin que le débat contentieux engagé sur le seul terrain contractuel, puisse prendre en compte la nouvelle demande d'enrichissement sans cause lorsque le moyen tiré de l'irrégularité entachant la validité du contrat a été soulevé au cours de la procédure (§ 2).

§ 1. La subsidiarité de l'action ou l'absence de toute autre voie de droit pour obtenir le paiement des prestations

La subsidiarité de l'action suppose d'écarter le moyen d'enrichissement sans cause lorsque le préjudice invoqué résulte d'une cause juridique pour laquelle le droit a aménagé une action contentieuse permettant d'obtenir la réparation des intérêts qui ont été lésés. Si l'application de certaines dispositions légales prive le justiciable de toute indemnisation, l'action en enrichissement sans cause ne saurait lui permettre d'obtenir satisfaction, sous peine de bouleverser l'ordre juridique établi (A).

L'action de in rem verso s'est inscrite dans cette logique, et notamment sous l'influence des travaux de la doctrine qui craignait l'effusion d'un principe trop général, interdisant de s'enrichir aux dépens d'autrui. Le juge civil a néanmoins admis d'atténuer la portée du principe de subsidiarité de la sanction d'enrichissement sans cause lorsque le demandeur n'a pu obtenir le rétablissement de sa situation en raison de l'insolvabilité de son débiteur direct (B).

Une solution semblable a été retenue en droit administratif. Le juge administratif admet en effet que la responsabilité de l'administration puisse être engagée sur le fondement de l'enrichissement sans cause lorsqu'elle a bénéficié des prestations réalisées par un tiers appauvri qui n'a pu obtenir leur paiement de son débiteur direct insolvable. Toutefois le juge a nuancé les effets du principe de subsidiarité en combinant l'action en enrichissement sans cause avec le fondement quasi-délictuel de responsabilité. Ainsi le prestataire peut demander le remboursement des dépenses qu'il a utilement exposées au profit de l'administration, puis l'indemnisation du préjudice qu'il a subi du fait de la faute de la personne publique qui n'a conclu un contrat valide (C).

A. La signification du principe de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause

La condition de la subsidiarité de l'action tend à éviter que le moyen d'enrichissement sans cause ne puisse bouleverser l'ordre juridique. Ainsi le demandeur ne peut l'invoquer lorsque le droit a déjà prévu une voie de droit lui permettant de réclamer l'indemnisation de son préjudice. L'appauvrissement invoqué peut en effet trouver une cause, soit dans les

obligations contractuelles qu'il a souscrites, soit dans la faute qui a été commise par la personne publique ou par lui-même (1).

De même l'action en enrichissement sans cause ne saurait permettre de contourner les règles de droit qui l'ont privé d'obtenir la réparation de son préjudice dans le cadre de l'action dont il dispose normalement contre son débiteur direct. Seul un obstacle de fait résultant de l'insolvabilité de son débiteur direct l'autorisera à former une action en enrichissement sans cause (2).

1. L'absence de cause juridique

Le juge administratif écarte l'action en enrichissement sans cause « eu égard à son caractère subsidiaire », lorsque le demandeur dispose d'une action contentieuse pour obtenir la réparation de l'appauvrissement invoqué, sur un fondement contractuel, ou quasi-délictuel.

Le « contrat légalement formé tenant lieu de loi à ceux qui l'ont fait », la société qui s'estime appauvrie à la suite des prestations réalisées en exécution d'un contrat dispose d'une action contre son cocontractant ⁶⁴². Tel est notamment le cas de l'entreprise qui n'a pas été payée des prestations qu'elle a exécutées en vertu d'un contrat de sous-traitance. La société sous-traitante a la possibilité d'intenter une action contractuelle contre l'entreprise principale pour faire valoir ses droits ⁶⁴³ et ne saurait en principe invoquer l'enrichissement qu'elle a procuré de façon indirecte à la personne publique ⁶⁴⁴.

Aucune action en enrichissement sans cause ne saurait encore être intentée lorsque le préjudice a pour cause directe, une faute commise soit par la personne enrichie, soit le demandeur appauvri. Il en va ainsi de la faute de la collectivité publique qui a appliqué de façon inexacte les dispositions légales ou réglementaires. La commune avait continué à prélever des retenues sur les vacations payées aux sapeurs-pompiers volontaires actifs afin de financer les prestations versées à ceux admis à la retraite, sur le fondement de l'ancienne

⁶⁴² CE, 12 juin 1963, Société Ger France, R.D.P. 1964, p. 215.

⁶⁴³ CE, 2 juillet 1982, n° 26393, Société Basset et Pujol ; CAA Marseille, 28 juin 2012, n° 09MA03140, SARL SEE BESSIERE.

⁶⁴⁴ CE, 2 juillet 1982, n° 26393, Société Basset et Pujol.

règlementation et ce, alors que les nouvelles dispositions l'interdisaient. Le demandeur injustement appauvri ne pouvait obtenir la réparation de son préjudice que sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de la commune ⁶⁴⁵.

De même le requérant condamné à rembourser la personne à qui il a volé des bons du trésor, ne peut invoquer l'enrichissement sans cause résultant pour l'Etat à n'avoir pas eu à reverser la valeur de ces bons, dès lors que l'enrichissement allégué a « son origine dans l'agissement délictuel du demandeur qui a donné lieu à sa condamnation par le juge pénal » ⁶⁴⁶.

Dans ces différentes hypothèses, l'appauvrissement invoqué n'est pas sans cause juridique dès lors qu'il résulte soit des dispositions d'un contrat, soit de la faute commise par la personne publique enrichie dans l'application des textes ou encore d'un acte délictuel du demandeur. Le juge pourrait donc écarter l'action au motif que l'enrichissement critiqué n'est pas dépourvu de fondement juridique, sans qu'il ne soit besoin de relever le caractère subsidiaire de l'action.

Certains auteurs n'ont pas manqué de dénoncer le caractère redondant de la subsidiarité de l'action, tant en droit privé qu'en droit administratif, qui fait « double emploi » ⁶⁴⁷ avec la condition tenant à l'absence de cause.

Monsieur Gabriel Bayles soutient que « lorsqu'une voie de droit est ouverte au demandeur, en la personne de l'appauvri, contre l'enrichi, c'est qu'il existe nécessairement une cause, un fondement juridique à cet appauvrissement qui permet l'ouverture de l'action de droit commun". Aussi la condition d'absence d'une autre voie de droit rejoint-elle celle d'absence de cause » ⁶⁴⁸.

Ce n'est que lorsque les dépenses invoquées par le justiciable ne résultent pas de l'exécution d'un contrat valide ou ne trouve aucune cause directe dans l'illégalité commise par la personne publique que le justiciable peut former une action en enrichissement sauf à ce que certaines dispositions légales lui interdisent de réclamer l'indemnisation de son préjudice.

⁶⁴⁵ CE, 21 novembre 2007, n°296962, Commune de Carcassonne.

⁶⁴⁶ CE, 1^{er} octobre 1986, n° 37618, M. Georges-Pierre Z.

⁶⁴⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, t. 2, Sirey, 11^e éd. 2005.

⁶⁴⁸ G. BAYLES, L'enrichissement en droit administratif, Thèse, L.G.D.J., 1973, p 175.

2. L'absence d'un droit de conserver l'enrichissement procuré

Le rappel de la subsidiarité de l'action apparaît davantage opportun lorsqu'il s'agit de déterminer l'articulation du principe d'enrichissement sans cause, avec les règles de droit positif qui tendent à restreindre l'exercice des actions contentieuses dont dispose normalement le demandeur pour obtenir la réparation de son préjudice.

La doctrine a rappelé de longue date que l'enrichissement sans cause ne devait pas servir à contourner les règles de droit préexistantes et conduire à bouleverser l'ordre juridique établi. Ainsi Messieurs PLANIOL et RIPERT écrivaient qu'il n'est pas « admissible que (les) règles (de droit positif), même quand elles ont pour effet de consacrer un enrichissement sans contrepartie, soient abrogées par (la) voie détournée (de l'enrichissement sans cause). On peut envisager de supprimer, dans notre droit, la prescription extinctive ou l'exigence d'une preuve écrite. Mais le faire par la voie détournée de l'action de in rem verso, constituerait une manoeuvre s'apparentant à la fraude à la loi" ⁶⁴⁹.

Le caractère subsidiaire de l'action révèle donc un autre aspect de la cause de l'enrichissement, conçue comme le "droit de conserver l'avantage procuré" ⁶⁵⁰. Tant le principe d'autorité de la chose jugée, que les prescriptions ou les forclusions privent en effet le justiciable de réclamer encore, l'indemnisation du préjudice qu'il estime avoir subi, et légitime en droit le déplacement de valeur opéré au profit de la personne enrichie.

A défaut d'avoir respecté les procédures de réclamation prévues au Cahier des charges administratives générales applicable au marché conclu, les délais de recours contentieux ou ceux prévus en matière de prescription quadriennale, le cocontractant de l'administration qui s'est trouvé privé de la possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle de la collectivité publique, ne pourra invoquer l'enrichissement sans cause dont elle aurait bénéficié à la suite de l'exécution des prestations.

⁶⁴⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII : Obligations, Planiol et Ripert, n° 761, p. 67.

⁶⁵⁰ G. BAYLES, *L'enrichissement en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., 1973, p 159.

B. Mise en œuvre du principe de subsidiarité en droit privé

La jurisprudence civile s'est largement emparée du principe de subsidiarité, pour consolider la reconnaissance du principe d'enrichissement sans cause. L'action de in rem verso est en effet irrecevable lorsque le demandeur jouit d'une « action naissant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délict »⁶⁵¹. Plus encore, le fondement de l'enrichissement sans cause ne peut être invoqué pour suppléer à une autre action qui se heurte à un obstacle de droit, par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion, de l'autorité de chose jugée, voire de l'impossibilité du demandeur de rapporter les preuves exigées⁶⁵².

En revanche, le juge civil admet que le principe de subsidiarité de l'action de in rem verso soit écarté lorsqu'un obstacle de fait, tenant à l'insolvabilité avérée du débiteur direct, rend inefficace l'action dont dispose normalement l'appauvri. Dans ce cas le demandeur peut intenter une action de in rem verso contre le tiers enrichi⁶⁵³.

Plus récemment, la cour de cassation a atténué la portée du principe de subsidiarité de l'action de in rem verso. En 1997, la première chambre civile a en effet considéré que le rejet de l'action en responsabilité civile, pour défaut de faute commise par le défendeur, n'empêche pas d'accueillir la demande fondée sur l'enrichissement sans cause et ce, sans qu'il ne soit fait « échec au caractère subsidiaire » de cette action. En l'espèce, un commissaire-priseur avait intenté une action en garantie contre le vendeur d'un bureau d'époque Louis XV, qui avait été en réalité, fabriqué à une période bien plus récente. L'action avait été rejetée en raison d'un obstacle de droit, le demandeur n'ayant pu établir la faute du vendeur. Le commissaire-priseur avait pourtant été condamné à rembourser l'adjudicataire du meuble. La cour de cassation a admis que le vendeur indemnise le commissaire-priseur de son appauvrissement, aucun autre moyen de droit ne lui permettant d'obtenir satisfaction⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Cass. civ., 12 mai 1914 : DP 1918, 1, p. 41, note Naquet ; Cass. civ., 2 mars 1915, 1^{re} esp. : DP 1920, 1, p. 102 : l'action de in rem verso qui « ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délict ».

⁶⁵² Cass. civ., 22 févr. 1922 : S. 1923, 1, p. 153. – Cass. 3^e civ., 29 avr. 1971 : Bull. civ. 1971, III, n° 277.

⁶⁵³ Cass. req., 4 févr. 1901 : S. 1902, 1, p. 229.

⁶⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1997, Vallet c/ Cie La Préservatrice Foncière et a.

Nombre d'auteurs se sont félicités du revirement opéré par la Cour de cassation, expliquant que la subsidiarité n'avait « été inventée que pour réduire la portée de l'innovation réalisée en 1892 par le fameux arrêt Bourdier dont on peut pourtant penser qu'il a constitué une avancée fort utile pour les personnes injustement appauvries au profit d'autres, injustement enrichies »⁶⁵⁵.

Cette solution montre que, si l'action en enrichissement sans cause ne peut être intentée lorsque les règles de droit fournissent déjà un cadre au règlement de la situation litigieuse, elle sera en revanche admise dans les cas où les lacunes du système juridique privent le demandeur de tout moyen de droit pour obtenir l'indemnisation de son appauvrissement injustifié.

C. Une subsidiarité nuancée contrastée en droit administratif

Le principe de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause est mis en œuvre de façon nuancée en droit administratif, pour permettre de réparer le préjudice subi au titre des prestations réalisées au profit de l'administration. Comme en droit privé, l'obstacle tenant à l'insolvabilité du débiteur direct permet au tiers appauvri d'invoquer l'enrichissement procuré de façon indirecte à la personne publique (1). Mais surtout le juge administratif a élaboré un système d'indemnisation associant enrichissement sans cause et responsabilité quasi-délictuelle dans lequel le comportement fautif de la personne publique n'intervient qu'à titre subsidiaire et permet d'allouer une indemnité complémentaire en sus des dépenses utilement engagées au profit de l'administration (2).

1. Les obstacles à l'indemnisation des prestations effectuées au profit de la collectivité publique

Le conseil d'Etat a précisé plus tardivement, les conséquences liées à l'insolvabilité du débiteur direct du demandeur ou à un obstacle de droit, dans des termes assez proches de ceux énoncés en droit civil.

⁶⁵⁵ G. VINEY, note sous Cass, Civ. 1ere, 3 juin 1997, J.C.P. 1998 II 10102.

C'est en 1976 que la haute juridiction a considéré, dans le cas particulier de l'appauvrissement subi par une personne publique, qu'en raison de son caractère subsidiaire, l'action en enrichissement sans cause ne peut être intentée "qu'à la condition que (la commune se soit) trouvée, du fait, notamment, de l'insolvabilité du débiteur de la redevance, dans l'impossibilité " de recouvrer le montant de sa créance sur celui-ci" ⁶⁵⁶.

En l'espèce la commune de Villeurbanne avait émis un titre de recette à l'encontre du maire de Vaulx-en-Velin afin d'obtenir le reversement du produit de la redevance d'assainissement indûment perçue d'une compagnie industrielle. La commune appauvrie devait donc tout d'abord exercer des poursuites contre la société, et ce n'est que dans le cas où cette dernière s'avèrerait insolvable que l'enrichissement indûment procuré à la collectivité voisine pourrait être contesté. Si l'on comprend aisément la solution de principe retenue au regard du caractère subsidiaire de l'action, une telle décision peut néanmoins surprendre en l'espèce, par son manque d'efficacité. Elle implique en effet de mettre en œuvre plusieurs procédures ; à tout le moins, la commune appauvrie doit réclamer le paiement de la redevance directement auprès de la société, qui demandera ensuite son remboursement à la commune enrichie. Qui plus est, le demandeur à l'action en enrichissement sans cause doit avoir attendu l'issue des différentes voies de réclamation prévues contre son débiteur direct, et notamment la clôture de la procédure de mise en liquidation judiciaire, pour justifier de son insolvabilité et de la recevabilité de sa demande en enrichissement sans cause ⁶⁵⁷.

Ensuite le conseil d'Etat a rappelé que l'action en enrichissement sans cause « ne peut être exercée pour suppléer une autre action que le requérant ne peut plus intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou d'une irrecevabilité entachant son action principale ». Il en va ainsi lorsque le contribuable dispose en matière fiscale d'une action pour contester la perception d'une taxe d'enlèvement des ordures ménagères ⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ CE, 18 juin 1976, n° 92181, Ville de Vaulx-en-Velin.

⁶⁵⁷ CE, 23 novembre 1994, n°128606, Caisse nationale de prévoyance du bâtiment ; CAA Paris, 6 juin 1991, n° 89PA00704, Caisse générale interprofessionnelle de retraite pour salariés.

⁶⁵⁸ CAA Paris, 28 octobre 1999, n°97PA01869, SA BREAL.

De la même façon la société sous-traitante dont les conditions de paiement pour un montant déterminé ont été agréées par le maître d'ouvrage, ne pouvait tenter une action en enrichissement sans cause à l'encontre de la commune de Houilles pour réclamer le règlement des travaux réalisés ; la société n'avait en effet nullement saisi la commune d'une demande de paiement direct, conformément aux dispositions de l'article 116 du code des marchés. Le juge d'appel a considéré que l'enrichissement de la collectivité n'était pas « dépourvu de cause dès lors qu'il est la conséquence de la négligence de la société qui s'est abstenue de saisir la commune d'une demande de paiement direct »⁶⁵⁹.

L'action en enrichissement sans cause est donc écartée chaque fois que le requérant dispose d'une voie de droit pour obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dues. Les obstacles de droit prévus par les règles de droit positif, qui rendent inefficace l'action normalement ouverte au demandeur ne peuvent justifier d'intenter un ultime recours sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Seul un obstacle de fait, indépendant de la volonté du demandeur, et tenant à l'insolvabilité de son débiteur direct l'autorise à invoquer l'enrichissement injustifié d'un tiers.

Il paraît en revanche plus difficile de déterminer la position de la jurisprudence administrative concernant les conséquences données à l'existence d'un obstacle de droit tenant à "l'irrecevabilité de l'action" dont dispose normalement le justiciable pour obtenir l'indemnisation de son préjudice. Le conseil d'Etat a précisé que l'action en enrichissement sans cause « ne peut être exercée pour suppléer une autre action que le requérant ne peut plus tenter par suite d'une prescription, d'une déchéance, (mais aussi) d'une irrecevabilité entachant son action principale »⁶⁶⁰. Cette décision est intervenue postérieurement au revirement opéré par la cour de cassation en 1997, qui admet désormais que « l'impossibilité du demandeur de rapporter les preuves exigées » ne constitue plus un obstacle à l'exercice de l'action de in rem verso⁶⁶¹. La formulation retenue par la haute juridiction administrative tenant à une « irrecevabilité entachant l'action principale » reste générale. Elle n'interdit pas une interprétation souple du principe de subsidiarité, autorisant le demandeur à tenter une action en enrichissement sans cause lorsque l'action principale dont il dispose est irrecevable

⁶⁵⁹ CAA Versailles, 1^{er} juin 2011, n° 09VE01379, Société JCI.

⁶⁶⁰ Déjà citée : CAA Paris, 28 octobre 1999, n°97PA01869, SA BREAL.

⁶⁶¹ Déjà citée, Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1997 ; Vallet c. Cie La Préservatrice Foncière et a.

pour un motif qui serait indépendant de sa volonté et exclusif de toute négligence de sa part, pour obtenir l'indemnisation des dépenses qui ont été utiles à la collectivité. Le juge examinerait très vraisemblablement les circonstances concrètes de l'espèce qui justifieraient, ou non, de sanctionner l'enrichissement injustement procuré à la personne publique. Les décisions rendues depuis 1999 n'ont pas permis de préciser ce point. Dans la plupart des cas en effet le juge n'a pu que constater que le demandeur n'avait pas respecté les procédures prévues, et notamment les délais qui lui étaient imparties pour réclamer les sommes qu'il estimait lui être dues.

S'agissant des voies de droit ouvertes au demandeur public pour obtenir satisfaction, ont été considérés les outils spécifiques dont dispose l'administration au titre de ses prérogatives de puissance publique, comme l'établissement d'une redevance ou l'émission d'un titre de recettes. C'est ainsi que la commune ne pouvait utilement invoquer l'enrichissement procuré aux établissements ostréicoles à raison des travaux réalisés pour remédier à l'insuffisante salubrité de ces établissements et nécessaires à la poursuite de leur activité, dès lors qu'elle n'avait pas établi une redevance à leur encontre, ou émis de titre de recettes et exercé les poursuites correspondantes pour recouvrer les sommes qui lui sont dues ⁶⁶².

Concernant les moyens de droit dont dispose le prestataire, la responsabilité contractuelle de la collectivité publique sera engagée par son cocontractant, y compris pour réclamer le paiement de charges extracontractuelles qu'il aurait supportées du fait de l'exécution du contrat. L'entreprise sous-traitante devra en principe engager une action contre l'entreprise principale titulaire d'un marché passé avec l'administration sur le fondement du contrat de sous-traitance qu'elles ont conclu. La société sous-traitante dispose toutefois d'une action directe contre le maître d'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance, lorsque la collectivité publique a accepté ce sous-traitant et agréé ses conditions de paiement ⁶⁶³.

⁶⁶² CE, 18 juin 1976, n° 92181, Ville de Vaulx-en-Velin ; CE, 27 juillet 1984, n° 34860, Commune de la Teste de Buch.

⁶⁶³ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, titre III, article 11 ; C.M.P., article 115.

La notion de subsidiarité a permis de délimiter le champ d'application du principe d'enrichissement sans cause. Il ne peut être invoqué aux fins de contourner les règles de droit positif lorsqu'elles prévoient un cadre juridique à la réparation du préjudice subi, y compris en en restreignant son application. La subsidiarité signifie également que l'action en enrichissement sans cause peut être intentée lorsque le système juridique apparaît insuffisant à régler certaines situations de déséquilibre, résultant d'un déplacement de valeur injustifié entre les patrimoines de l'enrichi et de l'appauvri. Ce faisant elle vient renforcer la force du principe selon lequel nul ne saurait s'enrichir au détriment d'autrui. Dans le cadre des relations d'échange de l'administration avec ses prestataires, elle concerne essentiellement la situation d'appauvrissement subi par les sociétés qui interviennent en sous-traitance, au profit des collectivités publiques.

2. Le caractère accessoire du fondement de responsabilité quasi-délictuelle

Le caractère subsidiaire de la demande en enrichissement sans cause est d'autant nuancé que le juge administratif a élaboré un système d'indemnisation des prestations réalisées en l'absence de contrat valide combinant les fondements de responsabilité quasi-contractuelle, puis quasi-délictuelle.

Par la décision "Segrette" rendue le 19 avril 1974, le conseil d'Etat a en effet confirmé que l'entreprise dont le contrat est entaché de nullité peut demander une indemnité d'enrichissement sans cause afin d'obtenir le remboursement des dépenses qui ont été utiles à la collectivité, mais également la réparation du dommage imputable à l'administration lorsque celle-ci a commis une faute dans l'élaboration de l'accord passé ⁶⁶⁴.

Le fondement quasi-délictuel ne pourra être invoqué que dans la mesure où le remboursement des dépenses utiles ne lui assure pas déjà une "rémunération supérieure à celle à laquelle il aurait eu droit" à la suite de l'exécution du contrat, si ce dernier avait été valide.

De sorte que la responsabilité quasi-délictuelle ne peut qu'être engagée qu'à titre subsidiaire, et au regard du montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause allouée. La haute

⁶⁶⁴ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

juridiction a d'ailleurs précisé qu'il appartient au juge lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à la réparation du dommage imputé à la faute de la collectivité, de "déterminer en premier lieu le montant des sommes dues à l'entreprise au titre de ses dépenses utiles" et que "c'est seulement dans l'hypothèse où l'indemnité ainsi calculée serait inférieure au prix du contrat qu'il y a lieu de rechercher" que le préjudice qui résulte de la faute de la personne publique à l'origine de la nullité du marché doit être supporté en totalité, ou en partie, par l'administration.

C'est ainsi que le prestataire pourra obtenir en sus des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité, l'indemnisation de ses autres charges, et notamment le bénéfice qu'il pouvait raisonnablement escompter retirer de l'exécution des prestations.

Cette solution vaut également lorsque les prestations ont été réalisées en l'absence de contrat signé ⁶⁶⁵.

Le juge examinera néanmoins la part de responsabilités imputable à chacune des parties dans la faute commise lors de la formation de l'accord passé ⁶⁶⁶.

Une telle combinaison des fondements de responsabilité permet tout à la fois de corriger le déplacement de valeur injustifié qui a procuré un enrichissement utile à la collectivité, et de compenser les pertes subies par le prestataire du fait de la nullité de l'accord passé, en lui accordant notamment une rémunération pour le travail qu'il a fourni.

§ 2. Les règles de procédure applicables à la demande d'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause apparaît comme l'ultime voie de droit dont dispose le demandeur appauvri pour obtenir le paiement des prestations qu'il a exécutées au profit de l'administration. Ce moyen est considéré comme une cause juridique nouvelle dans le débat des contractants et n'est nullement d'ordre public (A). Le juge administratif a admis que les règles de procédure soient assouplies afin de réduire le délai nécessaire à l'indemnisation de la société appauvrie à la suite de l'annulation du contrat.

⁶⁶⁵ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

⁶⁶⁶ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

A. La cause juridique nouvelle tenant à l'enrichissement sans cause de l'une des parties

L'enrichissement sans cause constitue une cause juridique distincte des demandes présentées sur le fondement contractuel. Lorsque le demandeur n'a pas engagé son action, même à titre subsidiaire, sur le terrain de l'enrichissement sans cause, il ne peut plus invoquer en principe ce fondement, ni après l'expiration du délai contentieux prévu en première instance, ni en appel. Cette solution est apparue d'autant paradoxale que le moyen d'enrichissement sans cause n'est pas d'ordre public alors que le juge peut soulever la nullité du contrat à tout moment de la procédure.

Le moyen tiré de l'enrichissement sans cause procuré à la personne publique n'est pas de ceux qui peuvent être soulevés soit d'office par le juge administratif, soit par le requérant après l'expiration du délai de recours contentieux ⁶⁶⁷.

A plusieurs reprises, le juge d'appel l'avait clairement indiqué. Dans un arrêt rendu le 25 juillet 1996, la Cour administrative d'appel de Paris a refusé d'examiner le montant des dépenses utiles qui peuvent être remboursées sur le fondement de l'enrichissement sans cause qui « n'est pas d'ordre public ». En l'espèce la société requérante avait exclusivement invoqué le fondement quasi délictuel pour mettre en cause la responsabilité de la collectivité ⁶⁶⁸.

De la même façon, la Cour administrative de Nantes a annulé le jugement rendu en première instance dès lors que « pour prononcer la condamnation de la commune d'Argentré, le Tribunal administratif a retenu l'enrichissement sans cause de ladite commune, qui n'avait pas été invoqué par M. Z. ». La collectivité était donc « fondée à soutenir que les premiers juges ont, à tort, soulevé d'office un moyen, qui n'est pas d'ordre public et, par voie de conséquence, que le jugement est intervenu à la suite d'une procédure irrégulière » ⁶⁶⁹.

Le conseil d'Etat a également confirmé dans l'arrêt "Citécable" rendu le 20 octobre 2000 que la responsabilité quasi-contractuelle ne constitue un moyen d'ordre public ⁶⁷⁰. Le commissaire

⁶⁶⁷ CE, 22 février 1980, SA des Sablières moderne d'Aressy, Rec. p. 110.

⁶⁶⁸ CAA Paris, 25 juillet 1996, n°94PA00284, Entreprise générale de la construction métallique.

⁶⁶⁹ CAA Nantes, 15 octobre 1998, n° 95NT00871, Commune d'Argentré.

⁶⁷⁰ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

du gouvernement Henri SAVOIE a rappelé que si la responsabilité extracontractuelle sans faute est d'ordre public, la responsabilité quasi-délictuelle ne l'est pas. Envisager que l'action en enrichissement constitue un moyen d'ordre public aboutirait à "un système très complexe". Le demandeur pourrait s'en prévaloir pour la première fois en appel mais devrait retourner devant les premiers juges pour mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique. Le juge d'appel se prononcerait alors sur une partie seulement des conséquences de la nullité du contrat alors que le reste relèverait de la compétence des premiers juges ⁶⁷¹.

Le juge administratif peut en revanche soulever d'office les irrégularités entachant la validité du contrat, et notamment l'incompétence de la personne signataire, le défaut de transmission au représentant de l'Etat de l'acte soumis à cette obligation, qui se rattache au champ d'application de la loi ⁶⁷², ou encore le non respect des règles de mise en concurrence fixées par le code des marchés publics ⁶⁷³.

Afin de prévenir les conséquences d'une éventuelle annulation du contrat, il appartient donc au cocontractant de présenter des conclusions sur le fondement non seulement de la responsabilité contractuelle de l'administration, mais également sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle et ce, dès l'introduction d'un recours en première instance ⁶⁷⁴.

Dans les années 1990, les exigences imposées lors de la procédure de passation du contrat se sont accrues. La sécurité juridique des relations contractuelles est devenue de plus en plus incertaine. Le requérant n'était pas forcément en mesure de prévoir et d'anticiper les différents motifs susceptibles d'entacher la validité du contrat qu'il avait conclu. La nullité du contrat constituant un moyen d'ordre public, aucune des imperfections de procédure n'échappait à l'examen du juge, lorsqu'elles n'avaient pas déjà été soulevées par les parties elles-mêmes.

⁶⁷¹ H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable, RFDA, 2001, p. 359.

⁶⁷² C.E. 28 décembre 2007, n°282309, Mme A.B.

⁶⁷³ C.E. 29 Janvier 1982, n°19926, M. X.

⁶⁷⁴ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

Dans le cas où les parties n'avaient pas soupçonné l'illégalité commise lors de la passation du contrat, elles ne pouvaient réclamer aucune indemnité d'enrichissement sans cause en cours d'instance, ou même en appel. Il leur fallait alors reprendre une nouvelle procédure devant le tribunal administratif, fondée cette fois sur la responsabilité quasi-contractuelle du cocontractant. Dans le pire des cas, l'entreprise devait intenter jusqu'à trois actions successives, pour obtenir le règlement des prestations litigieuses (saisine du tribunal dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution du marché, procédure d'appel interjeté contre le jugement de première instance au cours de laquelle la nullité du contrat était prononcée, nouvelle saisine du tribunal administratif pour réclamer l'indemnisation de l'appauvrissement sans cause en résultant). Les délais nécessaires au règlement du solde des prestations exécutées par l'entreprise pouvaient donc être longs ⁶⁷⁵ et ces différentes procédures contentieuses avaient également pour conséquence d'encombrer les prétoires.

Le juge civil avait admis depuis 1975 que le demandeur puisse présenter en appel des prétentions qui reposent sur un "fondement juridique différent" dans la mesure où elles "tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge" ⁶⁷⁶.

B. Assouplissement des règles de recevabilité du moyen d'enrichissement sans cause

Par l'arrêt "Citécable" rendu le 20 octobre 2000, le Conseil d'Etat a mis fin à une telle rigueur, en acceptant d'assouplir les conséquences procédurales liées à la notion de cause juridique nouvelle, lorsque la nullité du contrat est constatée en cours de procédure.

Ainsi « lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul,

⁶⁷⁵ Le contentieux entre la commune de Vittel et la Société CITECABLE avait duré sept ans avant que le conseil d'Etat n'ait à se prononcer.

⁶⁷⁶ Code de procédure civile, article 565.

bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles »⁶⁷⁷.

Si cette évolution a considérablement facilité l'indemnisation de l'appauvri, en simplifiant la procédure contentieuse et réduisant le délai nécessaire au règlement des litiges liés à la nullité des contrats, le conseil d'Etat n'en a pas moins progressivement délimité les contours.

La haute juridiction a tout d'abord précisé que cette possibilité est ouverte lorsque la nullité du contrat est constatée, soit à l'initiative des parties, soit « le cas échéant d'office » par le juge⁶⁷⁸.

De sorte que si aucune conclusion n'a encore été présentée en ce sens par les parties, le moyen tiré de l'enrichissement sans cause peut néanmoins être invoqué soit au cours de l'instance, devant les premiers juges⁶⁷⁹, soit devant le juge d'appel dans l'hypothèse plus rare, où la nullité du contrat n'a pas été relevée en première instance⁶⁸⁰.

Alors que le juge d'appel l'avait refusé dans un premier temps⁶⁸¹, il a toutefois admis que les parties puissent réclamer pour la première fois en appel, une indemnité d'enrichissement sans cause alors même que la nullité du contrat a été prononcée par le tribunal administratif⁶⁸².

Prenant le soin de rappeler que les moyens tirés tant de l'enrichissement sans cause que de la responsabilité quasi-délictuelle du cocontractant reposent chacun sur une cause juridique nouvelle et ne sont nullement d'ordre public, le conseil d'Etat n'entendait pas déroger à toutes les règles de recevabilité des demandes qui lui sont présentées sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La jurisprudence "Citécable" devait recevoir un large écho dans

⁶⁷⁷ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

⁶⁷⁸ CE, 25 juin 2003, n°2406679, Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France ; CAA Marseille, 13 juin 2005, n° 03MA01021, SARL Parqueterie de la Lys c. Commune de Montpellier.

⁶⁷⁹ CAA Marseille, 17 décembre 2009, n° 07MA03896, Commune de Villeveyrac.

⁶⁸⁰ CAA Marseille, 7 avril 2008, n° 05MA00806, Société des transports Robert SA.

⁶⁸¹ CAA Nancy, 4 décembre 2003, n° 02NC00012, SA GMEP : les parties ne sont plus recevables « à invoquer, pour la première fois en appel, ce moyen (...) dès lors qu'elle(s) avai(ent) été informée(s) par les premiers juges de l'éventualité d'une nullité du contrat ».

⁶⁸² CAA Marseille, 4 décembre 2006, n° 04MA01042, SAS Onet Services : "les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel et alors même que ladite nullité avait été soulevée par le département en première instance, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause".

les contentieux de la nullité du contrat et le conseil d'Etat a été amené à canaliser les multiples tentatives des justiciables qui ont cherché à étendre la portée de ce nouveau principe.

Il avait en effet limité cet assouplissement aux seuls cas d'enrichissement sans cause résultant de l'annulation d'un contrat. En l'absence de tout contrat signé, le demandeur n'était pas autorisé à faire évoluer ses conclusions au cours de la procédure, sur le nouveau terrain de l'enrichissement sans cause⁶⁸³. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Henri SAVOIE, si l'annulation du contrat peut surprendre les parties, celles-ci ne sauraient en revanche ignorer son absence⁶⁸⁴. Lorsque des prestations ont été réalisées avant la signature d'un avenant entérinant des prestations de formation complémentaires, la société requérante ne pouvait donc invoquer pour la première en appel, le moyen tiré de l'enrichissement sans cause qui « constitue une cause juridique nouvelle », pour en réclamer le paiement⁶⁸⁵.

Un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Marseille mérite d'ailleurs d'être signalé, en ce qu'il montre de quelle façon cet assouplissement est susceptible de jouer, ou non, selon que les prestations litigieuses sont considérées avoir été exécutées en l'absence de tout contrat ou à la suite d'un contrat irrégulièrement passé. Dans le cadre d'un marché de transport scolaire, la collectivité avait demandé au titulaire de mettre en place un car supplémentaire, non prévu au contrat initial, à compter de la rentrée 1998. Cette modification a été entérinée par la conclusion d'un avenant signé le 28 octobre suivant. La société titulaire a par la suite réclamé le paiement de prestations supplémentaires réalisées dès la rentrée scolaire et ce, jusque la signature de l'avenant.

Le Tribunal administratif a rejeté sa demande dès lors que les prestations avaient été réalisées en l'absence de contrat et que la société n'avait pas fait état de l'enrichissement sans cause de la commune. En appel, la société a donc redirigé ses conclusions sur le moyen de l'enrichissement sans cause.

⁶⁸³ CAA Marseille, 21 juin 2007, n° 05MA00356, SARL Maçonnerie ; CAA Marseille, 19 novembre 2007, n° 05MA00481, Société CEJIP Sécurité.

⁶⁸⁴ H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable, RFDA, 2001, p. 359.

⁶⁸⁵ CAA Nancy, 14 octobre 2010, n° 09NC01074, Société European Institute of Management.

Pour sa part le juge d'appel a examiné cette nouvelle demande en deux temps : il a considéré tout d'abord que le requérant ne pouvait présenter pour la première fois en appel le moyen tiré de l'enrichissement sans cause alors que le tribunal administratif n'avait nullement relevé la nullité de l'avenant mais l'absence de contrat. Pour autant la cour a relevé ensuite la nullité de l'avenant qui avait pris effet à une date antérieure à sa conclusion et admis en conséquence d'examiner les nouvelles prétentions de la société requérante fondées sur l'enrichissement sans cause, dès lors que la nullité avait été constatée au cours même de la procédure ⁶⁸⁶.

Il fallut attendre quinze années pour que cet assouplissement ne se limite plus seulement aux seuls cas d'annulation du contrat. Dans un arrêt rendu le 19 juin 2015, le conseil d'Etat a admis qu'en l'absence de contrat, les parties puissent "poursuivre le litige en invoquant le moyen tiré de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat par lequel elles s'estimaient liées a apporté à l'une d'entre elles ". En l'espèce la société n'avait jamais signé le projet de convention l'autorisant à occuper le domaine portuaire sur lequel elle avait construit un hangar. La chambre du commerce et de l'industrie lui avait opposé son occupation irrégulière avant de conclure une convention d'occupation du hangar avec une autre société ⁶⁸⁷.

L'assouplissement apporté par la jurisprudence "Citécable" ne dispense pas néanmoins, de respecter les règles relatives aux délais de recours impartis pour présenter une demande d'enrichissement sans cause.

Lorsque les parties ont été averties par les premiers juges de ce que leur décision est susceptible d'être fondée sur un moyen d'ordre public soulevé d'office tiré de la nullité du contrat, elles peuvent poursuivre le litige en invoquant un moyen tiré de l'enrichissement sans cause, « nonobstant l'expiration du délai de recours contentieux » ⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ CAA Marseille, 7 avril 2008, n° 05MA00806, Société des transports Robert SA.

⁶⁸⁷ CE, 19 juin 2015, n° 369558, Société immobilière du port de Boulogne.

⁶⁸⁸ CAA Nancy, 4 décembre 2003, n° 02NC00012, S.A. GMEP.

En revanche la demande d'enrichissement sans cause reste soumise à l'obligation d'être présentée avant l'expiration du délai de recours, lorsque la nullité a été constatée soit au cours d'une procédure antérieure ⁶⁸⁹, soit en première instance ⁶⁹⁰.

Le juge a également assoupli l'obligation pour le demandeur, d'adresser une demande d'indemnisation préalable à l'administration, avant de saisir le juge. Cette facilité a été admise dans un contexte particulier. La société chargée de la gestion de l'unité d'élimination des déchets verts a réclamé le paiement de prestations réalisées sur le fondement contractuel. Le tribunal administratif a jugé que le contrat était nul. La société n'a pas poursuivi le litige dans le cadre de l'instance, ou en appel et a choisi de présenter une nouvelle demande devant les premiers juges sur le fondement de l'enrichissement injustifié procuré à la commune de Bora-Bora. Ces nouvelles conclusions ayant le même objet, le juge a admis que la société n'était pas tenue de saisir la commune d'une nouvelle demande préalable d'indemnisation ⁶⁹¹.

Le fait de n'avoir nullement présenté des nouvelles conclusions fondées sur la responsabilité quasi-contractuelle durant l'instance en cours pourrait s'expliquer par la nécessité de préparer de nouveaux éléments de calcul qui permettront de justifier des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité publique. Si la demande d'enrichissement sans cause concerne les mêmes prestations, les seules pièces contractuelles ne sauraient être invoquées pour déterminer l'étendue de l'obligation d'enrichissement sans cause pesant sur la collectivité publique.

Ces assouplissements procéduraux sont destinés à préserver l'équité entre les situations des parties lorsqu' "une sorte de coup de tonnerre (survient) dans un ciel contractuel apparemment serein" ⁶⁹². Ils apparaissent d'autant nécessaires que les exigences croissantes en matière de commande publique conduisaient à fragiliser la sécurité des relations contractuelles, qui plus

⁶⁸⁹ CAA Marseille, 25 mai 2007, n° 04MA01417, SARL Environnement Services.

⁶⁹⁰ CAA Marseille, 5 juillet 2004, n°00MA02854, C.G.E. ; CE, 9 déc. 2011, n° 342283, Commune d'Alès ; P. DEVILLERS, Précisions sur l'application de la jurisprudence Citécable Est, Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2012, comm. 45.

⁶⁹¹ CE, 18 septembre 2015, n° 376973, Commune de Bora-Bora.

⁶⁹² H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable, RFDA, 2001, n°2, p. 359.

est, lorsque l'une des parties tentait de soulever de moindres irrégularités entachant la validité du contrat, pour échapper à ses obligations.

La solution juridique élaborée par le juge administratif a permis de prendre en compte non seulement l'évolution des missions dévolues à l'administration qui recourt aux services de prestataires extérieurs spécialisés afin de développer les services rendus à la population, mais également celle du droit de la commande publique influencée par le droit communautaire, et des contentieux en résultant, afin de garantir l'indemnisation des dépenses exposées par le prestataire tout en préservant les deniers publics.

TROISIEME PARTIE

LA REPARATION DES SITUATIONS PERI-CONTRACTUELLES

La réparation des situations péri-contractuelles est susceptible de comporter jusqu'à trois étapes. Au titre du préjudice subi par le prestataire, il s'agira tout d'abord de déterminer sur le fondement de l'enrichissement sans cause, le montant des dépenses qu'il a effectivement exposées et qui ont été utiles à la collectivité. Lorsque l'indemnité d'enrichissement sans cause ne permet pas de compenser les sommes que l'entreprise aurait été en droit d'obtenir au titre de l'exécution du contrat, si celui-ci n'avait pas été annulé, la responsabilité de la personne publique pourra ensuite être engagée sur le terrain quasi-délictuel en raison de la faute commise lors de la passation du contrat. Dans l'hypothèse où la mauvaise exécution des travaux a causé un dommage au maître d'ouvrage, la responsabilité des constructeurs pourra être recherchée sur le fondement quasi-délictuel en raison des manquements commis dans les règles de leur art.

En droit administratif, l'avantage procuré à la personne enrichie est apprécié au regard de l'intérêt général. Pour ce faire le juge examinera le profit matériel et financier retiré par la personne publique. Aussi est-il conduit à s'assurer que les prestations fournies ont bel et bien contribué à la bonne exécution des services rendus à la population. L'utilité du service rendu ne sera donc pas appréciée au moment où il a été réalisé mais à la date laquelle le juge statue afin de prendre en compte les éventuelles évolutions de projets conduits par la collectivité publique. Ainsi certaines études de faisabilité pourraient n'apparaître d'aucune utilité lorsque la collectivité publique a finalement abandonné le projet. De même les fournitures défectueuses ou les prestations qui apparaissent inefficaces à répondre aux besoins des

services de l'administration ne donneront lieu à aucune indemnité d'enrichissement sans cause.

Le profit financier résultera des économies de dépenses réalisées par la personne publique. De sorte que l'augmentation de valeur du patrimoine de la personne publique ne sera nullement appréciée au regard de la valeur économique du service rendu. La plus valeur apportée à l'ouvrage à la suite des travaux réalisés restera en effet sans incidence sur le montant de l'indemnité allouée.

L'économie réalisée par la personne publique résulte des dépenses exposées au profit de la collectivité et pour lesquelles le prestataire n'a perçu aucune contrepartie financière. Ainsi le profit que l'entreprise escomptait retirer de l'exécution des prestations ne saurait être indemnisé.

Pour rétablir l'équilibre entre les situations patrimoniales des parties, le juge devra procéder à un règlement des comptes entre les parties en prenant en compte les sommes déjà perçues par l'entreprise au titre du service rendu et déterminant le montant des dépenses utiles à la collectivité.

Celles-ci correspondent au prix de revient de la prestation effectuée qui implique de rembourser au prestataire les dépenses directes qui correspondent aux achats de fournitures ou de matériaux ainsi qu'au coût de main d'œuvre, mais également la part des frais généraux et des investissements qui ont été nécessaires à la réalisation des prestations (Chapitre 1).

Dans la mesure où l'indemnité d'enrichissement sans cause n'excède pas le montant de la rémunération que l'entreprise aurait été en droit d'obtenir si le contrat avait été valide, la responsabilité engagée au titre de la faute de la personne publique permettra d'allouer à l'entreprise une indemnité complémentaire au titre des pertes financières subies du fait de l'inexistence d'un contrat. Toutefois la faute de la victime constituant une cause exonératoire de responsabilité, le juge examinera les agissements du prestataire qui a accepté d'exécuter des prestations en l'absence de contrat signé ou de conclure un contrat irrégulier. Le degré de connaissance de l'irrégularité entachant la validité du contrat permettra d'établir l'existence d'une faute commise par le prestataire. Le quantum de responsabilité sera déterminé au regard du profit retiré de l'illégalité commise par les parties. Les préjudices indemnisés au titre de la

faute de la personne publiques correspondent aux dépenses non utiles à la collectivité qui ont été néanmoins supportées par l'entreprise ainsi qu'au bénéfice dont il a été privé.

Lorsque l'entreprise a accepté de bonne foi d'exécuter les prestations demandées par l'administration, la combinaison des deux fondements de responsabilité, quasi-contractuelle et quasi-délictuel, devrait lui assurer une indemnité à hauteur des sommes qu'il aurait été en droit d'obtenir si le contrat avait pu produire ses effets.

Pour pallier à toutes les conséquences liées à l'inexistence d'un contrat, le juge a admis que les dommages causés cette fois, à la personne publique en raison des malfaçons affectant l'ouvrage livré puissent être réparés sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle des constructeurs. Le préjudice subi résulte d'un ouvrage non conforme à sa destination. S'il n'est pas possible d'examiner quelles sont les obligations des entreprises au titre d'un contrat, il pourra toutefois leur être reproché de n'avoir pas respecté les règles de leur art. Cela impliquera de déterminer la part de responsabilités incombant à chacun des intervenants au chantier dans la mauvaise exécution des travaux. Le juge examinera également si les agissements du maître d'ouvrage n'ont pas contribué à la survenance de son propre dommage. La personne publique pourra être indemnisée du coût de l'ensemble des travaux qui devront être accomplis pour remédier aux malfaçons ainsi que des divers frais induits par les désordres en résultant (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

LE RETABLISSEMENT DE L'EQUILIBRE PATRIMONIAL

Le juge civil détermine le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause au regard tant de l'enrichissement procuré que l'appauvrissement subi, en allouant la plus petite de ces valeurs ⁶⁹³. Pour ce faire, il évalue en premier lieu le montant de l'ensemble des charges supportées par le demandeur, qui ont procuré un avantage à la personne enrichie, en incluant toutes les dépenses qui lui ont été évitées, et notamment la rémunération du travail fourni ⁶⁹⁴. Il déduit de l'appauvrissement subi, les frais qui ont pu être exposés dans l'intérêt propre de l'appauvri. En second lieu, le juge estime la valeur de l'avantage subsistant à la date à laquelle est introduite l'action de in rem verso, dont a bénéficié l'enrichi ⁶⁹⁵ et qui prendra en compte notamment la plus-value apportée par les travaux réalisés sur un immeuble ⁶⁹⁶. Afin d'éviter tout nouvel enrichissement, le montant de l'indemnité est fixé à la plus petite de ces deux valeurs, correspondant soit à l'appauvrissement, soit à l'enrichissement.

De sorte que l'action de in rem verso permet d'obtenir le remboursement de la valeur économique du service rendu et le juge civil procède à une compensation des profits, lorsque la réalisation des prestations a également procuré un avantage au demandeur.

⁶⁹³ Cass. 1re civ., 15 décembre 1976, n° de pourvoi : 75-12290 : " l'action de in rem (...) admise dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouve sans cause légitime enrichi du fait de l'appauvrissement de celui d'une autre personne, ne tend à procurer à cette dernière qu'une indemnité égale à la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement ".

⁶⁹⁴ CA Montpellier, 26 oct. 1992 : Juris-Data n° 1992-034448 : concernant les économies réalisées par la personne enrichie résultant du travail bénévole du demandeur appauvri qui constitue pour lui un manque à gagner.

⁶⁹⁵ Cass. 1re civ., 17 octobre 2000, n° de pourvoi : 98-17225 : " qu'en statuant ainsi sans évaluer respectivement l'appauvrissement de la requérante et l'enrichissement corrélatif de la succession Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale".

⁶⁹⁶ Cass. 1re civ., 15 déc. 1976 : Bull. civ. 1976, I, n° 408 ; JCP G 1977, IV, p. 32 ; DS 1977, inf. rap. p. 150.

Un tout autre principe a été retenu en droit administratif. Le montant de l'indemnité est exclusivement déterminé au regard de l'appauvrissement subi par le demandeur, tel qu'il résulte des seules dépenses d'utilité générale qu'il a exposées (section 1).

Les décisions rendues par le juge administratif permettent d'identifier la nature des différentes dépenses engagées par le prestataire appauvri ouvrant droit à indemnisation (section 2). Les demandes présentées au titre de la perte de bénéfice et de certains surcoûts sont en revanche écartées sur le fondement de l'enrichissement sans cause (section 3).

Section 1. L'obligation de rembourser les dépenses d'utilité générale supportées par le cocontractant "putatif"

L'indemnité d'enrichissement sans cause ne permettra de couvrir que les seules dépenses exposées par le prestataire, qui ont été utiles à la collectivité. Cette utilité est appréciée au regard de l'intérêt général. De sorte qu'il appartient au juge administratif de déterminer celles des dépenses qui ont procuré un avantage matériel et financier à la collectivité et de procéder au règlement des comptes entre les parties (§ 1). Il ne s'agit nullement pour le juge administratif d'examiner la valeur économique du service rendu par l'appauvri et de procéder à une compensation des profits procurés à l'administration et des pertes subies par le prestataire, mais bel et bien d'évaluer la valeur intrinsèque de la prestation fournie (§ 2).

§ 1. La compensation de l'avantage procuré à la collectivité

Le juge administratif détermine le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause au regard de l'utilité générale des prestations fournies, et dans la limite des seules dépenses qui ont été exposées au profit de la collectivité publique. Définir l'utilité des charges réclamées par le prestataire suppose de considérer les besoins de l'administration afin de déterminer si les prestations fournies ont été nécessaires à l'accomplissement des services qu'elle rend à la population. Cela implique également d'examiner la réalité et la nature des dépenses supportées par le prestataire pour n'accorder que celles qui ont permis d'enrichir la collectivité (A) C'est pourquoi l'utilité des dépenses sera appréciée à la date à laquelle le juge statue et ce, afin de prendre en compte l'évolution des projets de l'administration (B) et fait l'objet d'un examen

concret des différents frais qui ont été effectivement supportés par le prestataire afin de procéder à un règlement des comptes entre les parties (C).

A. La notion d'utilité générale des dépenses exposées

Les décisions rendues par le juge administratif permettent d'établir une liste des dépenses qui, selon leur nature, ouvrent droit, ou non, à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause procuré à la personne publique.

Le juge apprécie de façon souveraine l'utilité générale des dépenses exposées par le demandeur. Il précise au cas par cas, si la dépense a été « utile à la collectivité » ou « utilement exposée au profit de la personne publique ». Les justifications généralement apportées sont les suivantes : soit la prestation, soit la dépense a " contribué à enrichir " la collectivité publique ou a "augmenté la valeur de son patrimoine » ⁶⁹⁷ ; à l'inverse le juge considérera qu'elles n'ont « apporté aucun profit matériel ou financier » à l'administration ⁶⁹⁸.

Ces seules indications n'apparaissent pas d'un grand secours pour définir ce que recouvre la notion d'utilité des dépenses indemnisées au titre de l'enrichissement sans cause. Celle-ci renvoie à celle non moins vaste de l'intérêt général (1). Les principes d'indemnisation retenus par le juge administratif lui permettront de s'en porter garant. La lecture plus approfondie des décisions rendues montrent que le juge apprécie le profit matériel dont elle a bénéficié et détermine le quantum de l'indemnité au regard du seul avantage financier procuré à la collectivité (2).

1. Les intérêts supérieurs considérés

⁶⁹⁷ CAA Marseille, 13 novembre 2008, n° 06MA00962, Société des travaux du Midi : s'agissant des dépenses liées au report du commencement des travaux.

⁶⁹⁸ CE, 2 mai 1990, n°37844, SOPREC.

Le remboursement des charges supportées par le prestataire est soumis à une exigence d'intérêt général, qui renvoie à une notion que le Doyen Maurice Vedel qualifiait « d'indéfinissable »⁶⁹⁹ et au contenu fluctuant.

Au-delà de la somme des intérêts particuliers, l'intérêt général correspond à l'expression de la volonté générale, permettant à l'Etat d'assurer des missions qui s'imposent à l'ensemble des individus. Notre système juridique, institutionnel et démocratique, prévoit qu'« il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'Etat, sous le contrôle du juge, édictent les normes réglementaires, prennent les décisions individuelles et gèrent les services publics »⁷⁰⁰.

Si l'intérêt général gouverne les actions de l'administration, normatives ou distributives, il correspond à une notion très large, qui évolue en fonction des réalités sociales et économiques auxquelles l'activité de l'administration est confrontée. Celles-ci ont conduit les collectivités publiques à prendre en charge de multiples missions dans des domaines de plus en plus étendus, dont elles ont pu confier l'exécution à des prestataires extérieurs.

De même, si le droit communautaire a imposé le principe de libre concurrence, permettant notamment aux entreprises privées d'intervenir dans le champ des services publics, il s'est agi pour l'administration de garantir la nécessaire réalisation d'activités peu rentables.

Dès lors l'intérêt général suppose de concilier des exigences très diverses, liées aux droits des personnes privées, à l'ordre public, mais aussi à la solidarité et à la cohésion sociale, au développement économique ou à la protection de l'environnement. Le caractère utile des prestations délivrées à l'administration dépendra donc des multiples objectifs poursuivis par la personne publique.

La préservation de l'argent public constitue une autre dimension de l'intérêt général. Elle implique de maîtriser le budget des collectivités publiques, en contrôlant notamment les dépenses mises à sa charge.

⁶⁹⁹ G. VEDEL, Préface in F. Rangeon, L'idéologie de l'intérêt général, *Economica*, 1986, p. 3 : Le doyen Vedel jugeait l'intérêt général « indéfinissable en ce sens que, selon les temps, les lieux et les opinions, (la notion) reçoit des contenus fort variables ».

⁷⁰⁰ Conseil d'Etat, Rapport public 1999 - Réflexions sur l'intérêt général, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes>.

En l'absence d'accord valide passé par la personne publique, il appartient au juge de se prononcer sur l'utilité des prestations que le prestataire lui a fournies et de s'assurer de celle des dépenses qu'elle devra rembourser.

2. L'appréciation du profit matériel et financier procuré à l'administration

L'utilité des prestations fournies à la collectivité publique est a priori examinée au titre des conditions matérielles d'exercice de l'action, qui tendent notamment à vérifier la réalité de l'enrichissement de l'administration invoqué par le demandeur. Toutefois l'appréciation portée par le juge reste à ce stade très générale. Elle permet en effet de vérifier l'existence du transfert de valeur injustifié, opéré au profit de la personne publique. Le cas échéant, il appartiendra au juge de déterminer l'étendue de l'obligation d'enrichissement sans cause en résultant.

Il serait possible de considérer qu'il s'agit moins pour le juge administratif d'apprécier l'utilité générale du service rendu à la collectivité, que celle des différentes dépenses qui sont réclamées par le prestataire. L'utilité des prestations livrées peut être en effet présumée dans la mesure où la personne publique a donné son assentiment à leur réalisation. Or rien n'en est moins sûr. Aucun acte juridique ne permet en effet de déterminer les conditions précises de la collaboration de l'administration avec son prestataire. Si le juge a reconnu l'existence d'un assentiment de la collectivité publique, les échanges intervenus entre les services de l'administration et l'appauvri ne peuvent produire d'effet en droit et ne permettent d'ailleurs pas toujours de définir l'étendue des prestations que la personne publique entendait confier au prestataire. Qui plus est, certaines prestations ont pu être réalisées sans avoir été préalablement prévues.

Aussi le juge peut-il être conduit à se prononcer sur l'utilité même des prestations réalisées pour déterminer celles des dépenses correspondantes, ouvrant droit à indemnisation. C'est ainsi qu'il a précisé que les 150 postes informatiques commandés après l'expiration de la durée du marché avaient effectivement été utilisés pour assurer le fonctionnement des services du centre hospitalier ⁷⁰¹ ou que la commune n'avait pas utilisé les matériels qui lui ont été livrés

⁷⁰¹ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

⁷⁰². Comme il a considéré le fait que la commune avait eu la possibilité de stocker les fournitures qui avaient été livrées dans des quantités excédant manifestement ses besoins annuels, et de les écouler pendant plusieurs années, pour vérifier l'utilité des dépenses exposées par la société ⁷⁰³.

Il en va également ainsi lorsque des prestations ont été réalisées en marge de l'accord passé de façon irrégulière. En l'absence de tout ordre de service de la communauté de communes, le juge a considéré que le traitement d'un volume de déchets supplémentaires, non prévu au marché irrégulièrement conclu, a été utile à la collectivité dans la mesure où il a permis de faire face à une augmentation de la population. La "bonne exécution de ce service" impliquait en effet "nécessairement" l'exécution de ces prestations ⁷⁰⁴.

De la même façon, le juge examinera dans quelle mesure les prestations supplémentaires fournies par l'ex-cocontractant présentaient une utilité pour la collectivité. Les travaux supplémentaires liés tant aux modifications qu'aux évolutions du projet, décidées par le maître d'ouvrage ouvrent droit à indemnisation ⁷⁰⁵. De leur caractère indispensable à l'exécution de l'ouvrage dépend l'utilité des travaux supplémentaires pour lesquels la personne publique n'a pu donner son assentiment, ceux-ci ayant été exécutés à la suite d'aléas qui n'avaient pu être prévus au contrat entaché de nullité ⁷⁰⁶.

L'utilité des prestations réalisées devra encore être vérifiée lorsque le juge apprécie si le déficit d'exploitation supporté par l'ancien concessionnaire d'un parc de stationnement payant a été "effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service". Aussi peut-il être ordonné une expertise aux fins de déterminer si les charges d'exploitation intègrent des dépenses qui répondent effectivement aux besoins de la collectivité publique, de même que les biens qui ont été "nécessaires à l'exploitation du service" et font retour à l'administration ⁷⁰⁷.

⁷⁰² CAA DOUAI, 17 mars 2016, n° 14DA00291, SAS GE Capital Equipement Finance.

⁷⁰³ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

⁷⁰⁴ CE, 18 novembre 2011, n°342642, Communauté de communes de Verdun ; S. AUBERT, L'incidence de la nullité du contrat sur la qualification et le régime juridique des prestations supplémentaires, AJDA, Contrat et Marché, 26 mars 2012, p. 598.

⁷⁰⁵ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société Spie Batignolles, Contrats et marchés publics, mai 2008, comm. 93, p. 21, G. ECKERT.

⁷⁰⁶ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁷⁰⁷ CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY.

Deux autres jurisprudences sont à signaler, en ce qu'elles soulignent la précision du contrôle exercé par le juge concernant l'utilité des prestations réalisées. A la suite de l'annulation d'un marché de mobilier urbain, le conseil d'Etat a recherché si les différentes opérations, d'affichage, de nettoyage ou d'entretien des mobiliers urbains étaient ou non réalisées simultanément par le prestataire, et le cas échéant, dans quelle proportion, pour déterminer le montant des dépenses utilement exposées, qui devaient être mises à la charge du département. De même qu'ont été appréciées l'importance et les conséquences des actes de vandalisme sur le mobilier urbain, pour évaluer le nombre d'affichages supplémentaires nécessaires. Le juge a également considéré la possibilité pour la société d'amortir les investissements réalisés pour l'achat des mobiliers, qui étaient susceptibles d'être réutilisés dans le cadre d'autres contrats

⁷⁰⁸.

Pour se prononcer sur le caractère utile des études effectuées, le juge a examiné si les documents versés au débat permettaient de comparer le projet initial soumis au prestataire et celui qui avait été finalement réalisé, et notamment au regard de l'expertise élaborée de façon non contradictoire et des communiqués de presse produits ⁷⁰⁹.

L'utilité des dépenses est donc appréciée au regard de l'avantage matériel qui a été procuré à la collectivité publique, tel qu'il résulte des prestations délivrées qui ont été nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

⁷⁰⁸ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux: « Considérant que si le département soutient que les deux opérations d'entretien et d'affichage peuvent avoir été exécutées simultanément dans deux tiers des cas, il ressort des données de l'expertise que l'affichage s'accompagne du nettoyage interne des panneaux mais non d'opérations d'entretien au sens propre (...); que s'agissant de la préparation de 10 % d'affiches supplémentaires et de 10 exemplaires supplémentaires de plans grande ville, il ne résulte pas de l'instruction que l'estimation ainsi effectuée du nombre d'affiches et de plans qui ont été nécessaires à la suite de dégradations ou d'autres incidents serait excessive; que le département n'apporte aucun élément précis à l'appui de ses allégations selon lesquelles les frais de maintenance auraient été plus faibles entre 1990 et 1992, du fait notamment d'un moindre vandalisme, que lors des années ayant servi de référence à l'évaluation de l'expert; (...) qu'il est constant que la SOCIETE DECAUX a pu réutiliser certains mobiliers et qu'il convient ainsi, afin d'évaluer l'appauvrissement exact de la SOCIETE DECAUX, de prendre en compte la réalité de cette réutilisation ».

⁷⁰⁹ CE, 11 juillet 2008, n°287590, M. Philippe B.

L'indemnité d'enrichissement sans cause permet de corriger le déplacement de valeur opéré au profit de l'administration. Comme tout justiciable, la collectivité publique ne saurait être condamnée à payer ce qu'elle ne doit pas ⁷¹⁰. Aucun accord passé par les parties ne permet de déterminer l'étendue de l'obligation financière résultant pour la personne publique du service rendu. L'assentiment donné par la collectivité publique concerne la réalisation des prestations, nullement les conditions financières de sa collaboration avec l'entreprise. Il conviendra d'autant de contrôler les dépenses qui seront mises à sa charge afin de garantir l'intérêt général. Il ne s'agira nullement de prendre en compte les frais que la société avait prévu d'engager pour l'exécution du contrat mais d'apprécier le caractère utile des différents frais effectivement exposés pour la réalisation des prestations au regard des éléments d'information présentés à l'appui de la demande d'enrichissement sans cause.

Les dépenses utiles correspondent au "prix de revient" des prestations, qui intègre le coût d'achat de fournitures, y compris les "commissions sur vente versées aux fournisseurs", la part des "frais généraux engagés par la société dans la réalisation" du service rendu, et notamment les frais de transport ⁷¹¹ et la part amortie des investissements de matériels réalisés, ainsi que les coûts de main d'œuvre supportés. Elles excluent en revanche toute indemnisation de la marge bénéficiaire que l'entreprise escomptait retirer de la réalisation des prestations. Celle-ci ne constitue en effet nullement une dépense exposée par l'appauvri et ne présente pas davantage d'utilité pour la personne publique.

La somme des différents frais utiles ainsi supportés permettra de déterminer l'étendue de l'avantage financier qu'a permis de procurer l'intervention du prestataire. Le juge vérifie le caractère raisonnable des frais invoqués, au regard des prix habituellement pratiqués sur le marché. Pour ce faire, il a considéré la nécessité d'importer en Guadeloupe les fournitures livrées à la commune de Goyave qui induit des frais de transport plus élevés ⁷¹².

Un tel examen pourra révéler le caractère manifestement excessif des prix facturés par la société et conduire le juge à écarter la demande d'indemnisation présentée sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle au titre des fournitures qui ont été livrées et déjà consommées par la commune. Ainsi le juge a-t-il considéré que la surfacturation des

⁷¹⁰ CE, 19 mars 1971, Mergui, Rec. p. 235.

⁷¹¹ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

⁷¹² CAA de BORDEAUX, 4 février 2016, n° 14BX01313, Commune de Goyave.

marchandises litigieuses, "disponibles sur le marché à des prix très inférieurs", était de nature à priver d'utilité les achats décidés par le maire. Il a également précisé que la société ne justifiait pas de sa demande "au regard des prix qu'elle aurait dû pratiquer dans le cadre de relations commerciales loyales avec la commune de Goyave en fonction des prix du marché" et qu' "eu égard à l'avantage retiré par la société des achats déjà acquittés par la commune", il n'y avait "pas lieu d'accorder à la société une quelconque somme au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité" ⁷¹³. Ce faisant le juge a ainsi procédé dans un souci d'efficacité, à une compensation des transferts de valeur entre les parties, dont il résultait que la commune n'était nullement débitrice.

Il ne suffit pas en effet de prendre en compte le montant des seules dépenses utilement exposées au profit de l'administration, pour déterminer le quantum de l'indemnité d'enrichissement sans cause. Lorsque la société a été chargée de la gestion d'un service public, elle a pu percevoir des redevances auprès des usagers. Le juge vérifiera alors qu'elles ont été prises en compte au titre du déficit d'exploitation invoqué par le demandeur. Comme il conviendra d'examiner les sommes qui ont pu être versées par la personne publique en exécution du contrat par la suite annulé et de les déduire de la somme des dépenses utiles pour arrêter le montant de l'indemnité due au prestataire appauvri.

L'appréciation de l'utilité générale des dépenses exposées par le prestataire impliquera également de considérer les nécessaires évolutions de projets mis en œuvre par l'administration pour faire face aux besoins de la population, aux évolutions techniques ou aux contraintes budgétaires et ce, afin de garantir les principes d'adaptabilité et de continuité des services publics.

B. Le moment où est appréciée l'utilité générale des dépenses

Si le juge civil évalue la valeur de l'avantage subsistant à la date de la demande en justice ⁷¹⁴, l'utilité générale des dépenses réclamées par le prestataire, est appréciée à la date à laquelle le juge administratif statue. Cette solution permet de prendre en considération l'évolution des projets de la collectivité publique.

⁷¹³ CAA de BORDEAUX, 4 février 2016, n° 14BX01313, Commune de Goyave.

⁷¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1960 : D. 1960, p. 753.

Par le passé, le juge administratif avait retenu une solution différente, examinant l'utilité des dépenses au jour où la prestation avait été réalisée ⁷¹⁵. Ce faisant les seules circonstances du moment étaient prises en compte. Or le prestataire avait pu "forcer la main" de la personne publique en démarchant ses services pour leur proposer de signer un bon de commande ou en invoquant des raisons notamment de sécurité pour justifier de son intervention alors que l'administration n'était pas toujours en mesure d'en apprécier l'utilité. Un tel principe paraissait davantage favorable aux intérêts de l'entreprise, qu'à la bonne gestion des deniers publics.

L'arrêt " Société France-Reconstruction-Plan » rendu par le conseil d'Etat en 1966 a modifié les modalités d'appréciation de l'utilité des dépenses, celle-ci est désormais examinée par le juge au jour de sa décision ⁷¹⁶.

En 1990, le conseil d'Etat en a d'ailleurs tiré toutes les conséquences. Il a considéré que « les études réalisées pour la préparation de l'opération qui a été définitivement abandonnée » n'ont apporté aucun profit à la collectivité. En l'espèce le lauréat retenu par le jury à la suite d'un concours organisé en vue de désigner un maître d'ouvrage délégué, chargé de l'étude et de la réalisation d'un centre commercial n'avait encore signé aucun contrat lorsqu'il a fourni les études demandées. Or le projet initial a été modifié en raison d'un désaccord subsistant avec la commune d'Etampes concernant les modalités de rétrocession des terrains nécessaires à l'opération projetée ⁷¹⁷.

Tel fut également le cas des études réalisées par une société d'économie mixte pour la création d'une zone d'aménagement concerté dans la Commune de Port Marly, qui a ensuite décidé de ne pas donner suite à ce projet ⁷¹⁸. Les dépenses correspondantes ayant perdu tout caractère utile pour la collectivité en raison de l'abandon du projet de zone d'aménagement concertée, elles sont restées à la charge de la société d'économie mixte.

L'utilité des dépenses exposées est en effet appréciée « en tenant compte (...) de l'évolution du projet et des travaux depuis leur exécution » ⁷¹⁹. Aussi lorsque l'ouvrage n'est pas achevé

⁷¹⁵ CE, 16 avril 1958, Sieur Mas, Rec. 209.

⁷¹⁶ CE, 2 décembre 1966, Société « France-Reconstruction-Plan », A.J.D.A. 1967.II.189-190.

⁷¹⁷ CE, 2 mai 1990, n° 37844, SOPEC et SIEBCO.

⁷¹⁸ CAA Versailles, 3 mars 2005, n° 03VE04557, Commune de Port Marly.

⁷¹⁹ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

à la date à laquelle le juge examine la demande indemnitaire, seules les dépenses de construction effectivement exposées par le groupement d'entreprises jusqu'à ce que la communauté urbaine en prenne possession, sont évaluées au titre de l'enrichissement sans cause. La collectivité avait assumé le coût d'achèvement de l'ouvrage après l'avoir réceptionné⁷²⁰.

Le fait que l'abandon du projet ait été « motivé par des considérations étrangères à l'intérêt général est sans incidence sur l'absence de droit à indemnité du cocontractant au titre de l'enrichissement sans cause » et n'est susceptible d'engager que la seule responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité⁷²¹.

L'abandon du projet ne suffit pourtant pas à établir que les dépenses exposées pour la réalisation des études, ne présentent aucun caractère utile pour la personne publique. La collectivité a pu décider d'abandonner provisoirement le projet, notamment pour des raisons financières, pour le reprendre ensuite dans des conditions différentes permettant de garantir le succès de l'opération. Les études menées dans le cadre du premier projet peuvent alors s'avérer utiles à la réalisation du second programme. Il appartient alors au juge de s'assurer non seulement de l'abandon définitif du projet⁷²², mais également de ce que les études réalisées n'ont pas été reprises par la ville dans le cadre d'un programme distinct⁷²³.

Le résultat des études peut encore être utilisé dans le cadre d'une opération plus globale. Le conseil d'Etat a ainsi considéré que si « l'abandon du projet de métro par la communauté urbaine de Bordeaux privait de toute utilité les études et démarches liées directement à ce projet », tel n'était pas le cas des « études générales relatives notamment aux transports en commun et à la circulation dans l'agglomération bordelaise (qui) étaient (en revanche) à l'origine d'un enrichissement de cette communauté »⁷²⁴.

Les études menées ont pu également s'avérer déterminantes dans le choix de la collectivité d'abandonner le projet. Elles ont en effet permis de mettre en évidence la difficulté de réaliser

⁷²⁰ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

⁷²¹ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

⁷²² CE, 2 mai 1990, n°37844, SOPREC ; CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

⁷²³ CE, 12 décembre 2003, n° 242649, Société Financière de la Porte Maillot.

⁷²⁴ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

le programme, soit en raison de contraintes techniques importantes, soit au regard du coût qu'il représente ⁷²⁵.

De même si certaines études d'exécution apparaissent inutiles au regard des modifications apportées par le maître d'ouvrage au programme initial, elles ouvrent droit à indemnisation lorsqu'elles ont permis d'éviter des erreurs lors de la construction de l'ouvrage ⁷²⁶.

Si l'utilité générale des dépenses apparaît comme une notion très vaste, elle n'en constitue moins un outil précieux, permettant au juge de contrôler l'étendue des dépenses mises à la charge de la personne publique et d'indemniser le demandeur de l'essentiel des dépenses qu'il a supportées lorsqu'il a réalisé de façon loyale des prestations qui ont été nécessaires à l'accomplissement des services publics.

C. Le règlement des comptes entre les parties

La disparition rétroactive du contrat suppose une remise en l'état des choses. De sorte que l'administration devrait restituer les prestations qui lui ont été délivrées, comme le prestataire reverserait les sommes qu'il a déjà perçues au titre de leur exécution.

Un tel principe s'avère dans la plupart des cas impossible à mettre en œuvre et ce, pour plusieurs raisons ; pratiques tout d'abord, lorsque l'administration a déjà consommé les fournitures livrées ou bénéficié d'une prestation de service. Ces restitutions pourraient ensuite nuire à la continuité du service public, en privant la collectivité publique de biens qui sont nécessaires à son fonctionnement et ce, jusqu'à ce qu'elle se les procure auprès d'un autre fournisseur. De même que la restitution de certains matériels impliquerait des charges supplémentaires, liées à leur démontage notamment. Si celles-ci n'apparaissent pas utiles à la collectivité, elles pourraient néanmoins donner lieu à indemnisation au titre de la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration.

⁷²⁵ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

⁷²⁶ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

De sorte que les choses seront généralement remises dans leur état initial, par équivalent financier. C'est ainsi que le juge a considéré que chacune des parties à la convention de délégation de gestion de parcs de stationnement entachée de nullité, a la possibilité de demander, sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle, d'une part, la répétition des sommes qu'elle a versées en exécution de ladite convention (...) et, d'autre part, le remboursement de celles de ses dépenses qui, engagées dans le cadre de l'exécution de ce contrat, ont été utiles à l'autre partie ⁷²⁷.

L'obligation incombant à l'entreprise de reverser les sommes perçues en exécution du contrat ne serait pas sans conséquence sur sa situation financière si les dépenses qu'elle a utilement exposées au profit de l'administration ne lui étaient remboursées dans le même temps. Elle pourrait entraîner des frais financiers, voire même compromettre sa survie. De sorte que le juge procède à la compensation entre les sommes versées au prestataire et la valeur du service rendu à la collectivité publique ⁷²⁸, qui permettra ainsi de régler les comptes entre les parties.

Cette compensation requiert la vigilance du juge qui devra examiner les nouveaux éléments de preuve rapportés par les parties. Il appartient en effet au demandeur de justifier de son préjudice en établissant la réalité et l'utilité des dépenses qu'il a exposées ⁷²⁹. Il ne saurait se contenter d'invoquer les indications portées au contrat, celles-ci étant insuffisantes à renseigner des prestations et des frais qu'il a effectivement réalisées ou supportés. La consistance des prestations fournies s'évalue en effet au moment où elles ont été exécutées. De plus il lui faudra démontrer que le service qu'il a rendu, a été utile à la collectivité et ce, malgré les éventuelles évolutions de travaux et de projet décidées par l'administration ⁷³⁰.

Le juge apprécie de façon concrète l'utilité des dépenses exposées par le prestataire. Au besoin, il ordonnera une expertise pour déterminer le montant des dépenses supportées par l'entreprise. Plusieurs décisions permettent de montrer qu'il ne prend pas pour établie l'appréciation portée par les experts sur le caractère utile, ou non, des frais engagés. Le juge vérifie en effet que l'expert disposait bien des contrats, factures et toutes pièces utiles à la justification des sommes réclamées par la société, qu'il ne s'est nullement "contenté"

⁷²⁷ CAA Bordeaux, 1er avril 2008, n° 05BX00387, Société auxiliaire de parcs.

⁷²⁸ CE, 20 mars 1974, Société France Reconstruction Plan, Lebon, p. 198.

⁷²⁹ CE, 15 février 2012, n° 351752, Commune de Castres.

⁷³⁰ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelaise.

d'entériner les factures établies par les entreprises sans la moindre discussion de la valeur réelle des travaux, qu'il s'est attaché à vérifier le caractère normal des montants, notamment en les comparant avec le coût d'ouvrages analogues, qu'il a contrôlé la réalité physique des travaux effectués, qu'il a raisonnablement évalué la marge bénéficiaire des intervenants pour la déduire des prix mentionnées au contrat ⁷³¹.

Le contrôle exercé par le juge apparaît d'autant nécessaire qu'il règle les comptes, en procédant à une compensation entre les sommes versées à l'entreprise et le montant de l'indemnité due au titre de l'enrichissement sans cause de la personne publique. Lorsque le contrat a déjà été largement exécuté, la société a en principe perçu la quasi-totalité de la contrepartie financière prévue au contrat. Or celle-ci ne représente pas la valeur utile du service rendu à la collectivité, dans la mesure où elle intègre la marge bénéficiaire du prestataire, et notamment l'anticipation des éventuels surcoûts liés à la survenance d'aléas techniques ou économiques. De sorte que la charge de la preuve des dépenses utilement exposées reviendra alors davantage à l'administration qui devra défendre ses intérêts. Il est à craindre qu'elle ne parvienne pas toujours à apporter les précisions nécessaires qui permettront au juge d'apprécier le bien-fondé de sa demande tendant à ce qu'il ne soit pas mis à charge des prestations qui ne présentent aucune utilité au regard de l'intérêt général ⁷³².

Le principe d'enrichissement sans cause implique que le montant de l'indemnité allouée ne puisse être supérieur à l'enrichissement procuré. C'est ainsi qu'en droit privé le juge applique la règle dite de la double limite et accorde une indemnité à hauteur de la plus petite valeur correspondant soit à l'enrichissement procuré, soit à l'appauvrissement subi.

Cette règle a été rappelée par le conseil d'Etat ⁷³³. Toutefois le risque d'un nouvel enrichissement sans cause procuré au prestataire paraît moins probable en droit administratif. L'indemnité est en effet limitée au montant des seules dépenses utilement exposées par l'appauvri et la valeur de l'enrichissement n'est pas directement prise en compte pour le calcul de l'indemnité allouée.

⁷³¹ CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755.

⁷³² CE, 22 février 2008, n°258174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

⁷³³ CE, sect., 2 déc. 1966, Sté France Reconstruction : Rec. p. 635.

La question du plafonnement des dépenses sera davantage examinée lorsque le prestataire engage la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique au titre de la faute qu'elle a commise lors de la formation du contrat. Il peut en effet obtenir le paiement des autres dépenses qu'il a exposées et des gains dont il a été privé, "si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procuré" ⁷³⁴.

§ 2. L'indemnisation de la valeur intrinsèque des prestations

Les principes d'indemnisation retenus par le juge administratif ne permettront nullement de prendre en compte tous les aspects économiques du profit procuré à l'administration, ni de compenser l'ensemble des pertes subi par le prestataire (A) et la valeur intrinsèque du service rendu pourra être appréciée en fonction de la qualité de son exécution (B).

A. Une appréciation relative de l'augmentation de valeur du patrimoine de la personne publique

L'action en enrichissement sans cause ne permet pas en droit administratif, d'indemniser la valeur économique du service rendu par le prestataire à l'administration.

Différents avantages que les prestations délivrées par l'appauvri ont permis de procurer à la personne publique, ne sont pas pris en compte dans l'évaluation du préjudice indemnisé, comme c'est le cas en droit privé. Il en va ainsi de la plus valeur apportée à l'ouvrage ⁷³⁵ par les travaux accomplis. Celle-ci ne correspond en effet à aucune dépense particulière, que l'entreprise aurait supportée en supplément du coût des travaux.

La rentabilité de l'ouvrage n'est pas davantage appréciée. La collectivité publique ne peut invoquer la circonstance que l'ouvrage ne serait pas rentable pour prétendre que son enrichissement devrait être évalué à un montant inférieur à celui des dépenses exposées pour

⁷³⁴ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

⁷³⁵ CE 29 mars 1944, Hospices civils de Méru, Rec. p. 432.

sa construction ⁷³⁶, aucune dépense spécifique engagée par l'ancien concessionnaire n'ayant eu d'incidence sur l'exploitation en régie directe du périphérique, après la communauté urbaine en ait pris possession.

Certaines charges que la personne publique a évité de supporter en confiant l'exécution de travaux à une personne extérieure, ne sont pas indemnisées au titre du moins, de l'enrichissement sans cause. Tel est le cas des frais exposés pour le financement de l'exécution de travaux ⁷³⁷. Le code des marchés prévoit que la personne publique doit accorder une avance au titulaire du marché lorsque le montant initial ou de la tranche affermée est supérieur à 50 000 euros H.T., sauf à ce que la société la refuse ⁷³⁸. Toutefois cette somme peut apparaître insuffisante à couvrir le montant des achats de matériaux ou d'équipements nécessaires au démarrage des travaux. L'entreprise ne dispose pas forcément des fonds nécessaires à ces approvisionnements et peut se trouver dans l'obligation de recourir à un emprunt. Pour autant les frais de financement bancaire ne seront pas considérés utiles à la collectivité publique, sauf à ce qu'ils aient exposés dans le cadre de la gestion d'un service public.

L'indemnité d'enrichissement sans cause ne permettra pas non plus de rembourser les dépenses liées à l'allongement de la durée d'exécution des prestations initialement prévue ⁷³⁹. Certes, les engagements pris au titre des délais de réalisation des prestations ne sauraient produire d'effet lorsque le contrat est entaché de nullité. Toutefois on peut penser que la personne publique aurait également mobilisé davantage de moyens humains ou matériels si ses services techniques avaient dû faire face aux mêmes aléas d'exécution. Le fait que le retard pris sur le chantier ne soit pas imputable au demandeur appauvri, mais à une autre société, reste sans incidence sur la solution retenue par le juge.

Le principe d'enrichissement sans cause n'implique pas en droit administratif, une compensation des pertes supportées par l'entreprise ou des profits procurés à la collectivité publique. Ainsi les risques encourus au titre des engagements pris par la société pour exécuter

⁷³⁶ CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B.

⁷³⁷ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁷³⁸ Code des marchés publics, article 87, lorsque le délai contractuel d'exécution est supérieur à deux mois.

⁷³⁹ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

les prestations ne sont pas indemnisés. Il en va ainsi de l'indemnité versée à la suite de la dénonciation du contrat avec un fournisseur, liée au fonctionnement défectueux des horodateurs livrés. Le concessionnaire chargé de la réalisation et de l'exploitation de parcs de stationnement n'a pas obtenu le remboursement d'une telle indemnité, qui ne pouvait « être regardée comme la contrepartie d'une fourniture ou prestation utile à la commune de Toulon »

⁷⁴⁰.

Le prestataire ne saurait davantage tirer profit de l'exécution des prestations fournies à l'administration, l'indemnité d'enrichissement sans cause est en effet exclusive de toute marge bénéficiaire pour l'entreprise ⁷⁴¹.

Par ailleurs, les « redevances perçues » par le concessionnaire auprès des usagers sont intégrés aux profits procurés à l'administration et doivent être déduites des dépenses d'exploitation utilement exposées, pour calculer le déficit effectivement supporté, ouvrant droit à réparation

⁷⁴².

Si la filiale d'une célèbre société spécialisée en mobilier urbain semblait encore l'ignorer, le conseil d'Etat a rappelé en 2012 que l'obligation d'enrichissement sans cause se limite au remboursement de la "valeur intrinsèque" des prestations fournies à la collectivité publique. Celle-ci représentait moins de la moitié des dépenses que le demandeur prétendait avoir utilement exposées au profit de la commune ⁷⁴³.

B. Les conséquences indemnitaires liées à la mauvaise exécution des prestations

Le juge administratif s'est longtemps montré hésitant à rentrer dans la discussion de la qualité du service rendu à la collectivité publique. Alors qu'il contrôle le caractère utile des prestations délivrées et des frais supportés, on peut croire qu'il refuse d'indemniser les dépenses supportées par l'entreprise au titre des prestations qui ont été mal exécutées. Or le juge a fait preuve d'un laconisme certain sur ce point.

⁷⁴⁰ CE, 19 décembre 2007, n°260327, Société SOGEPARC.

⁷⁴¹ CE, sect., 2 déc. 1966, Sté France Reconstruction : Rec. p. 635.

⁷⁴² CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY.

⁷⁴³ CE, 10 octobre 2012, n°340647, Commune de Baie-Mahault.

Si les obligations contractuelles ne peuvent être invoquées pour critiquer les manquements commis dans l'exécution des prestations, l'utilité des dépenses dépend bel et bien, du fait que les services de l'administration soient en mesure d'utiliser, ou non, les prestations fournies pour mener à bien leurs missions.

Cette question paraît pouvoir être évitée s'agissant de fournitures livrées à la collectivité publique. Celles qui sont défectueuses sont en effet logiquement restituées au fournisseur. On pouvait donc comprendre dans cette hypothèse, l'économie de moyen que s'autorise alors le juge. Lorsque les services de l'administration n'ont pas été en mesure de le constater avant d'en effectuer le paiement, le juge considèrera que les fournitures ne présentent pas d'utilité pour la collectivité publique, sans autre précision apportée.

Des indications plus explicites peuvent en revanche être relevées dans les décisions plus récentes rendues par le juge, concernant des prestations de service délivrées à l'administration. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 17 janvier 2012 en fournit une illustration. Le juge a en effet précisé que la commune n'établissait pas que la prestation d'assistance informatique « aurait été mal exécutée et serait, par suite, inutile ». A propos d'un autre chef de réclamation, il a encore considéré qu'« en se bornant à exposer que la réalité de ces prestations n'est pas contestée, (la société requérante) n'établit pas, alors que leur efficacité est contestée par la commune, qu'elles auraient entraîné son appauvrissement et un enrichissement corrélatif de la commune »⁷⁴⁴. Ce faisant la qualité des prestations de service a été prise en compte au regard soit de leur mauvaise exécution, soit de leur efficacité, pour apprécier l'utilité des dépenses qui avaient été exposées par le prestataire.

Le juge a également examiné le caractère défectueux du logiciel scolaire et monétaire qui avait fourni et installé par le demandeur dans les différentes écoles de la commune pour en déduire le fait, que la borne et les cartes à puces fournies ensuite pour l'exploitation de ce système n'avaient pu être utilisées et n'étaient donc d'aucune utilité pour la collectivité⁷⁴⁵.

De même que la qualité de la prestation délivrée a été examinée par la cour, pour évaluer le montant des dépenses utiles ouvrant droit à indemnisation. En l'espèce, la société avait été

⁷⁴⁴ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, SAS A-DLB INFORMATIQUE.

⁷⁴⁵ CAA Versailles, 18 février 2016, n° 14VE01016, société TEAMNET

chargée de rechercher les économies que la maison de retraite pouvait réaliser sur les charges sociales et fiscales qu'elle supportait et la convention conclue prévoyait une rémunération du prestataire, proportionnelle aux économies réalisées suite à ses recommandations. Le juge a pris en compte le temps passé par la société pour l'audit sur place, la pertinence de l'analyse des données et la qualité de rédaction du rapport. C'est ainsi qu'il a considéré que la somme de 3 000 euros allouée par le Tribunal administratif était suffisante au regard du rapport remis à l'établissement, qui présentait un "caractère stéréotypé" ainsi que des "quelques échanges ayant fait suite à la présentation des recommandations" ⁷⁴⁶.

En revanche la jurisprudence ne semble pas tirer de conséquence de la mauvaise exécution des travaux qui a pu engendrer des malfaçons et priver la personne publique de l'usage normal de l'ouvrage ainsi livré. Si l'entreprise a effectivement supporté des dépenses pour les accomplir, celles-ci ne présentent pas forcément d'utilité pour le maître d'ouvrage lorsqu'elles correspondent à des travaux qui devront être repris en raison des désordres qui les affectent.

Le maître d'ouvrage ne peut invoquer ni la responsabilité contractuelle de l'entreprise, ni les garanties de parfait achèvement ou de bon achèvement, voire encore la garantie décennale en l'absence de contrat valide. Il devrait alors supporter le coût des travaux de reprise.

Il apparaît particulièrement complexe d'examiner l'utilité des dépenses supportées au regard des manquements commis dans l'exécution des travaux. Il sera d'autant plus difficile de déterminer le montant des dépenses utilement exposées par l'entrepreneur que les malfaçons peuvent être imputées à plusieurs intervenants au chantier. Qui plus est, les désordres peuvent être constatés bien après que le juge ait procédé au règlement des comptes entre les parties.

Si le conseil d'Etat ne prend pas en compte la mauvaise exécution des travaux au titre de l'indemnité accordée sur le fondement de l'enrichissement sans cause, il a toutefois admis en 2008 d'examiner, sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, les manquements au respect des règles de l'art commis par le concepteur ou le constructeur lors de l'exécution des travaux ⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ CAA Lyon, 22 mars 2012, n°11LY01393, Société CTR.

⁷⁴⁷ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01318, Société DORMOIS ; CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

Les carences du concessionnaire sont susceptibles d'une incidence sur le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause allouée. A quelques mois d'intervalle une solution différente a été retenue dans des cas d'espèce tout à fait comparables. La cour administrative d'appel de Versailles l'a refusée et la haute juridiction l'a ensuite admise.

A la suite de l'annulation d'un traité de concession ayant pour objet la rénovation et l'exploitation du parc de stationnement souterrain, la commune de Raincy a contesté les sommes réclamées par son ancien cocontractant et invoquer l'absence de mises aux normes des installations. La cour avait considéré que la société n'ayant pas engagé de dépense d'investissement, liée à ces travaux, aucune dépense correspondante n'avait pu peser sur la valeur non amortie des biens qui font retour à l'administration. Ainsi les carences du concessionnaire résultant de l'absence de mises aux normes des installations ne pouvaient être « de nature à remettre en cause l'utilité des dépenses »⁷⁴⁸.

Le conseil d'Etat s'est également prononcé sur la question de l'inexécution des travaux de mises aux normes en matière de sécurité incendie et de passage à l'euro dans le cadre d'un traité de concession irrégulièrement conclu pour l'exploitation d'un parc de stationnement. Toutefois il a jugé que « la cour (administrative d'appel de Paris) pouvait, le cas échéant, prendre en compte le coût de ces travaux dans l'évaluation des dépenses utilement exposées pour la collectivité (...), en imputant tout ou partie de leur montant sur la valeur non amortie des biens faisant retour à la personne publique. En revanche elle "ne pouvait, sans entacher son arrêt d'erreur de droit, retenir l'existence d'une faute engageant sur un terrain quasi-délictuel la responsabilité de MM. A »⁷⁴⁹.

Cette dernière solution aboutit donc à sanctionner la mauvaise gestion du concessionnaire sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En l'espèce toutefois, les travaux de mise aux normes étaient relatifs à la sécurité incendie et au passage à l'euro des horodateurs. Ils avaient été prévus au contrat. Si les obligations contractuelles étaient privées d'effet, les travaux s'avéraient indispensables au fonctionnement des installations reprises par la collectivité.

⁷⁴⁸ CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, M. A et B.

⁷⁴⁹ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM. A.

Ces dernières décisions permettent de montrer à tout le moins, que le juge apprécie au cas par cas le caractère utile du service rendu à la collectivité.

L'indemnisation des seules dépenses correspondant à la valeur intrinsèque des prestations est éminemment protectrice des deniers publics. Elle dissuade les prestataires d'engager des dépenses qui ne seraient pas conformes aux besoins de la collectivité. Elle permettra également de limiter les conséquences financières liées au défaut de contrôle par les services de la collectivité publique, de l'intervention des entreprises dans les affaires publiques.

Section 2. Les préjudices indemnisés

Il appartient au demandeur de rapporter la preuve de l'utilité des dépenses dont il réclame l'indemnisation. Aussi la cour administrative d'appel a-t-elle "commis une erreur de droit (...) en faisant reposer sur la commune la charge de la preuve de l'inutilité des dépenses" réclamées par la société ⁷⁵⁰.

Si le contrat irrégulièrement conclu ne saurait produire d'effet, le débat entre les parties reste très souvent organisé sur la base des pièces constitutives du contrat annulé, et notamment le bordereau de prix unitaires ou le détail des quantités estimatif, ainsi que les bons de commande et les ordres de service adressés par la personne publique.

Or le prix des prestations, tel qu'il a été initialement fixé par l'entreprise dans son offre, intègre les dépenses qu'il avait prévues d'engager au titre de l'exécution du contrat mais également les frais indirects liés à ses charges de fonctionnement et aux investissements réalisés, ainsi que sa marge bénéficiaire. Toutefois ce prix ne permettra pas de déterminer les sommes dues au titre de l'enrichissement sans cause. Il ne correspond nullement aux charges effectives que l'entreprise a supportées pour réaliser les prestations fournies à la personne publique. Aussi le demandeur devra établir le coût utile de la prestation fournie (I).

⁷⁵⁰ CE, 15 février 2012, n°351752, Commune de Castres.

Dans le cas où le prestataire a pris en charge les risques d'exploitation du service délégué, il doit justifier de l'ensemble des recettes et des charges qui résultent de sa gestion, pour prétendre à l'indemnisation du déficit subi (II).

L'indemnité d'enrichissement sans cause est soumise au paiement de la taxe sur la valeur ajoutée et donne lieu au paiement des intérêts de droit ainsi qu'à leur capitalisation (III).

§ 1. Le coût utile de la prestation fournie

L'évaluation du montant de l'indemnité suppose logiquement de procéder à un examen précis de l'ensemble des pièces comptables qui permettront de déterminer le prix de revient de la prestation délivrée (A) en prenant en compte les dépenses directes correspondant aux achats de fournitures et de matériaux et au coût de main d'œuvre (B) ainsi que la part des charges indirectes de fonctionnement et d'investissement liées à l'exécution du service rendu (C).

A. Méthodes d'évaluation du coût utile

Définir le coût utile d'une prestation impliquerait en principe de calculer son prix de revient au regard des factures détaillées des différents fournisseurs pour vérifier les prix appliqués, des fiches de travail de chaque intervenant, des documents attestant du taux horaire appliqué à chacun d'entre eux et du détail des charges sociales payées par l'entreprise. De même qu'il conviendrait d'examiner les quantités réellement fournies, la part des investissements et des frais de fonctionnement qui a été effectivement utile à la réalisation des prestations.

Une telle évaluation apparaît fastidieuse à réaliser et l'entreprise se contentera généralement de justifier sa demande au regard des documents contractuels, et notamment ceux liés à l'exécution du marché, à savoir les factures ou les demandes de travaux, les ordres de service, les décomptes, mensuels ou général, qui ont été adressés à la collectivité publique. Le défendeur pourra contester la réalité des prestations et des quantités fournies, le fait qu'elles aient été utilisées, leur efficacité ou la qualité de leur exécution, voire le caractère excessif des prix facturés.

Lorsque le prestataire a été choisi à l'issue d'une procédure qui, bien qu'irrégulière, a permis de mettre réellement en concurrence différentes entreprises, on peut penser que les pièces constitutives de son offre puissent fournir de justes indications sur les quantités à fournir et les prix du marché pratiqués. L'entreprise ayant logiquement établi son offre de façon à optimiser ses chances de remporter le marché.

Les dépenses correspondantes à des prestations supplémentaires devront être également évaluées, au regard notamment des comptes rendus de chantier, des ordres de service et des avenants.

Une expertise pourra permettre d'évaluer le montant des dépenses à indemniser. L'expert peut être désigné par référé ⁷⁵¹ ou par l'une des parties. Dans cette dernière hypothèse, l'expertise qui n'a pas été effectuée dans le cadre d'une procédure contradictoire n'a pas une valeur probante suffisante pour établir notamment la valeur non amortie des investissements réalisés par la société gestionnaire d'un service public ⁷⁵². Selon l'étendue de la mission qui lui est confiée, l'expert peut constater la réalité des prestations délivrées, évaluer les quantités qui ont été nécessaires à leur exécution, vérifier le caractère raisonnable des prix demandés, estimer la marge bénéficiaire du prestataire et déterminer si les prestations supplémentaires effectuées étaient, on non, indispensables.

B. Les dépenses directes indemnisées

Les dépenses directes correspondent au montant des fournitures et des matériaux qui ont été achetés auprès de tierces sociétés pour exécuter les prestations dont a bénéficié l'administration ainsi que les coûts de main d'œuvre supportés pour les exécuter.

Les sommes exposées pour les achats intègrent la marge bénéficiaire du fournisseur. Cette dernière n'est pas déduite ⁷⁵³ dans la mesure où l'administration l'aurait elle-même supportée si elle s'était approvisionnée directement auprès de ce fournisseur.

⁷⁵¹ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁷⁵² CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY c. Commune de Nogent-sur-Marne.

⁷⁵³ CAA BORDEAUX, 29 février 2016, n° 14BX00216, Commune de Montsinéry-Tonnégrande.

Si les décisions rendues par le juge ne le précisent pas, il y a tout de croire que la remise éventuellement consentie par le fournisseur de la société appauvrie au regard par exemple, du volume des quantités achetées, devra être prise en compte pour déterminer le montant des achats facturé à l'entreprise. A l'inverse, dans l'hypothèse où l'ex cocontractant a consenti à la commune une ristourne sur les prix du combustible, il ne saurait obtenir une indemnité au titre de cette ristourne qui n'a en réalité engendré aucun appauvrissement pour cette société, l'exécution du marché n'ayant nullement été déficitaire ⁷⁵⁴.

S'agissant des frais de main d'œuvre supportés, le demandeur devra être en mesure de justifier des temps passés par son personnel pour l'exécution des prestations, des taux horaire pratiqués ainsi que des charges sociales correspondantes, à tout le moins lorsque ceux-ci sont contestés. Cette question est en effet assez rarement discutée ; à titre d'exemple, l'Etat avait invoqué le fait que certains conducteurs d'engins auraient été mal employés et réclamé que les salaires versés à ce personnel soient exclus du montant des charges dues à l'entreprise ⁷⁵⁵.

En l'absence de tout contrat signé, le juge peut retenir un coût moyen, tel qu'il résulte des prix habituellement appliqués. Ainsi a-t-il fixé le montant de l'indemnité due au titre du traitement des ordures ménagères sur la base du coût moyen à la tonne, déterminé au regard du compte administratif des différents exercices du syndicat intercommunal ⁷⁵⁶.

En aucun cas, les dépenses réclamées au titre de l'enrichissement sans cause ne peuvent comprendre le bénéfice réalisé par le cocontractant. Celui-ci étant intégré aux prix prévus au marché, le prestataire devra déduire de ces prix, sa marge bénéfice ⁷⁵⁷.

Des frais de maintenance peuvent également avoir été utiles à la personne publique. C'est ainsi que le conseil d'Etat a examiné les dépenses directement exposées pour l'entretien des panneaux d'affichage fournis dans le cadre d'un marché irrégulier de mobiliers urbains. Pour

⁷⁵⁴ CAA Paris, 3 avril 2007, n° 06PA01701, Commune d'Alès.

⁷⁵⁵ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

⁷⁵⁶ CE, 24 octobre 2004, n° 249090, Commune du Castellet.

⁷⁵⁷ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

ce faire il a pris en compte l'importance des actes de vandalisme qui avaient provoqué la dégradation des mobiliers urbains ⁷⁵⁸.

L'absence de contrat régulièrement conclu n'exclut pas d'accorder une indemnité au titre de l'augmentation des prix qui avaient été initialement prévus au marché. Les clauses contractuelles qui prévoient ou non, une évolution des prix sont privées de toute valeur juridique. En aucun cas les formules d'actualisation ou de révision des prix, telles qu'elles ont été prévues au contrat ne pourront être invoquées. La société ne peut en effet nullement réclamer l'application du coefficient d'actualisation prévu au marché, lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'est effectivement écoulé entre la date de fixation du prix du marché et celle du début d'exécution des prestations ⁷⁵⁹.

En revanche l'appauvri pourra demander que l'indemnité accordée au titre de l'enrichissement sans cause prenne en compte l'augmentation des prix subie au cours de la période d'exécution des prestations. Il lui appartient toutefois d'apporter la justification du bien-fondé de la révision du prix qu'il réclame ⁷⁶⁰.

Si la consistance des prestations exécutées au profit de l'administration est appréciée à la date à laquelle elles ont été exécutées, le juge détermine le montant de l'indemnité à la date à laquelle il statue. Aussi dispose-t-il de l'ensemble des éléments lui permettant d'apprécier l'évolution des prix lorsqu'il statue.

Le juge a ainsi admis que les prix appliqués aux prestations effectivement effectuées peuvent être corrigés de l'indice INSEE correspondant ⁷⁶¹. Il vérifie le caractère raisonnable du taux de révision proposé par l'expert. Le taux de révision de 5 % appliqué au coût des travaux n'a pas été considéré excessif ⁷⁶².

Les sommes réclamées au titre de la révision des prix concernant des travaux supplémentaires

⁷⁵⁸ CAA Marseille, 21 juin 2005, n° 98MA00414, Département des Alpes-Maritimes.

⁷⁵⁹ CE, 6 mai 2009, n°281707, SITEC.

⁷⁶⁰ CAA Marseille, 13 décembre 2007, n° 04MA02456, M. Augustin X.

⁷⁶¹ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁷⁶² CE, 22 février 2008, M. Etienne B, n°266755.

ne correspondent en revanche nullement à des dépenses utiles à la collectivité et ne donnent lieu à aucune indemnisation ⁷⁶³.

C. L'indemnisation de certains frais indirects

Le coût utile de la prestation fournie à l'administration comprend également des frais indirects, liés au fonctionnement de la société et aux investissements qu'elle a réalisés.

Le juge admet d'indemniser la quote-part des frais généraux liée à la réalisation de la prestation. L'entreprise a nécessairement supporté des frais généraux pour réaliser les prestations sans cause. Ils correspondent à des dépenses de fonctionnement, loyer, assurance, électricité, eau, téléphone, reprographie et maintenance de ses matériels, qui ont été nécessaires à l'exécution du service rendu à la collectivité publique. La jurisprudence a reconnu le caractère utile de telles dépenses ⁷⁶⁴.

Si ces frais ont généralement été intégrés au prix des prestations prévu au marché, le demandeur devra établir la part des frais généraux qu'il a exclusivement engagés pour la réalisation des prestations fournies. Pour ce faire, il doit justifier de ce qu'il a bel et bien distingué les frais directement exposés pour l'exécution des prestations litigieuses, de ceux liés à ses autres activités. Lorsque le défendeur les conteste, une expertise sera d'autant nécessaire que le demandeur n'a pas mis en œuvre une comptabilité permettant d'identifier l'ensemble des frais engagés pour l'exécution de chacun des contrats conclus.

Le juge se montre d'ailleurs particulièrement exigeant sur ce point et vérifie que la quote-part des frais généraux ait été calculée ⁷⁶⁵. Il pourrait même refuser toute indemnisation, lorsque la part de frais généraux directement affectée à la réalisation des prestations litigieuses n'a pas été suffisamment justifiée ⁷⁶⁶.

⁷⁶³ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁷⁶⁴ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

⁷⁶⁵ CE, 10 octobre 2012, n° 340647, Commune de Baie-Mahault.

⁷⁶⁶ CAA Marseille, 6 avril 2007, n° 04MA00147, Office public d'aménagement et de construction Habitat Marseille Provence.

S'agissant de travaux, le juge peut admettre d'appliquer un coefficient de majoration au montant des travaux réalisés, pour indemniser la part des frais généraux effectivement supportés pour leur réalisation. Toutefois en « l'absence de précision sur le mode de détermination » des coefficients réclamés au titre de la quote-part des frais généraux, aucune indemnisation ne saurait être accordée ⁷⁶⁷.

Des coefficients différents peuvent d'ailleurs être appliqués, selon qu'il s'agit de travaux directement réalisés par l'ex cocontractant, ou de travaux qu'il a sous-traités ⁷⁶⁸.

Pour autant, aucune quote-part des frais généraux ne peut être réclamée sur la base d'un pourcentage appliqué de façon forfaitaire sur un montant de charges « dites utiles au service » dans le cadre d'une concession de service public. Celles-ci comprennent en effet généralement des charges très diverses comme des impôts ou des assurances, pour lesquelles il n'est alors nullement établi qu'elles correspondraient à des dépenses effectivement engagées au profit de la personne publique ⁷⁶⁹.

L'entreprise pourra encore demander le remboursement de frais de siège, dans la mesure où elle justifie qu'ils ont été effectivement affectés à l'exécution des prestations sans cause. La société a pu en effet procéder à une mutualisation de ses services afin de réaliser des économies d'échelle et réduire ses coûts. La collectivité a par conséquent bénéficié de la baisse des frais généraux en résultant. Le demandeur doit toutefois "préciser les missions exercées par les directions du siège au profit des prestations" qui ont été fournies à la personne publique ⁷⁷⁰ et le juge vérifie alors le pourcentage qu'il convient ainsi d'appliquer au chiffre d'affaires de l'entreprise.

Les dépenses d'investissement peuvent aussi présenter un caractère utile pour la personne publique. Il en va ainsi de celles qui ont été amorties dans le cadre de la réalisation des prestations.

⁷⁶⁷ CAA Marseille, 13 novembre 2008, n° 06MA00962, Société des travaux du midi.

⁷⁶⁸ CAA Marseille, 13 novembre 2008, n° 06MA00962, Société des travaux du midi.

⁷⁶⁹ CAA Lyon, 25 juin 2009, n° 07LY01811, Syndicat intercommunal des eaux du Nord-est de Lyon.

⁷⁷⁰ CAA Bordeaux, 9 juin 2011, n° 06BX01135, Société lyonnaise des eaux France.

Ces dépenses d'investissement ont pu être prises en compte pour fixer les prix prévus au marché. Aussi la transaction qui prévoit d'indemniser l'ancien cocontractant sur la base des prix prévus au contrat, sans rechercher si ce prix intègre le montant des amortissements que la société n'a pu réaliser en raison du non renouvellement du marché, sera illégale ⁷⁷¹.

En effet les investissements en matériels qui n'ont nullement permis de réaliser les prestations fournies à la personne publique n'ont pu faire l'objet d'un amortissement qui présenterait un caractère utile pour la collectivité. Tel est le cas des investissements réalisés pour l'achat de matériels de télé-assistance de personnes handicapées qui n'ont pas été utilisés dans le cadre du service proposé par la collectivité et ont été ensuite restitués à la société ⁷⁷².

Seules les dépenses correspondant à des investissements amortis dans le cadre de l'activité confiée par la personne publique, constituent des dépenses utiles. Le demandeur doit donc justifier de la part de l'investissement amorti pour le service rendu à l'administration, notamment lorsqu'il conserve les équipements concernés. Ainsi les investissements réalisés pour l'installation d'abribus qui ont été démontés par le cocontractant à la suite de la résiliation du contrat, ne donnent lieu à indemnisation qu'à proportion de la partie amortie ⁷⁷³.

Le juge a même refusé d'accorder le remboursement de la totalité du montant des dépenses d'investissements amortis au titre de l'exécution du marché, dès lors que certains des mobiliers urbains retirés par la société Decaux avaient pu être réutilisés dans le cadre d'autres contrats et bénéficier donc d'un amortissement complémentaire ⁷⁷⁴.

L'appauvri devra donc justifier des montants de l'amortissement comptable réalisé sur les dépenses d'investissement engagées dans le cadre de l'activité confiée par l'administration et de la valeur nette comptable des biens pour chacune des années d'exécution.

Il convient également de relever le cas particulier, des investissements réalisés dans le cadre des concessions de service public. Le contrat peut avoir pour objet outre l'exploitation d'un

⁷⁷¹ CE, 20 juin 2007, n°282030, Conseil général du Val d'Oise.

⁷⁷² CE, 20 juin 2007, n°282030, Conseil général du Val d'Oise.

⁷⁷³ CAA Lyon, 5 novembre 2009, n° 08LY00767, Société PUBLI ESSOR.

⁷⁷⁴ CE, 10 avril 2008, n° 244950, Société Decaux.

service public, la construction d'un ouvrage. La durée de la concession correspond normalement à la durée d'amortissement des biens dont le concessionnaire assure le financement. De même les biens nécessaires au bon fonctionnement du service public, doivent faire retour gratuitement à la collectivité concédante à l'expiration du contrat ⁷⁷⁵.

Toutefois lorsque le contrat est annulé avant son terme, la durée d'exploitation ne permet pas de couvrir les dépenses d'investissements engagées par le concessionnaire. Le patrimoine de la personne publique a donc pu s'enrichir des biens « nécessaires » ou « utiles » à l'exploitation du service, qui font retour à l'administration. Ainsi les dépenses d'investissement exposées par le concessionnaire concernant les biens de retour désignés comme tels par la convention déclarée nulle, présentent une utilité pour la collectivité. Le juge vérifiera que les biens de reprise aient été effectivement utiles à la collectivité. Le cas échéant, l'ensemble de ces biens donnent lieu à indemnisation, à hauteur de leur valeur non amortie à la date à laquelle ils font retour à l'administration ⁷⁷⁶.

Parmi les autres dépenses d'investissement, le droit d'entrée versé par le délégataire d'une concession de service public au moment de la conclusion du contrat et « destiné à apurer le passif de l'ancien délégataire » constitue un apport de trésorerie utile à la commune, quel que soit son affectation ultérieure. L'ex-délégataire a donc droit à la valeur de la redevance d'affermage non amortie ⁷⁷⁷ au titre de l'indemnité d'enrichissement sans cause.

§ 2. Le déficit d'exploitation

Lorsque la société a pris en charge les risques d'exploitation de l'activité confiée par la personne publique, le déficit d'exploitation peut donner lieu à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

⁷⁷⁵ N. SYMCHOWICZ et P. PROOT, L'avis du 19 avril 2005 : D'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de service public, AJDA, 10 juillet 2006, Etude, p 1371.

⁷⁷⁶ CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY c. Commune de Nogent-sur-Marne ; BJCP 2005, n°45, p. 128, concl. D. CASAS ; CAA Bordeaux, 1^{er} avril 2008, n° 05BX00387, Société Auxillaire de parcs ; CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01625, Société PRODITH.

⁷⁷⁷ CAA Marseille, 31 octobre 2013, n°13MA01148, Commune de Saint Raphaël ; CE, 20 févr. 2013, n° 352762, Société raphaëloise de stationnement.

Malgré les prévisions réalisées avant la conclusion du contrat, les ressources tirées de l'exploitation d'un service peuvent ne pas permettre d'en couvrir le coût. Les prévisions financières seront d'autant plus compromises que le contrat de concession de service public a été annulé avant son terme.

L'ex-concessionnaire pourra alors réclamer l'indemnisation, en sus de la valeur non amortie des biens qui font retour à l'administration, du « déficit qu'il a supporté à raison de cette exploitation »⁷⁷⁸.

Toutefois le déficit réclamé doit avoir été nécessaire à la bonne exécution du service, et ce dans le cadre d'une gestion normale⁷⁷⁹. Dès lors seules les dépenses utilement engagées pour l'exploitation de l'activité de service public peuvent être prises en compte pour évaluer le montant du déficit d'exploitation supporté par le concessionnaire⁷⁸⁰. Au besoin, le juge ordonnera une expertise aux fins d'établir que le déficit d'exploitation a effectivement été engendré par des dépenses utiles au service public⁷⁸¹.

Le déficit d'exploitation sera fort logiquement évalué, en prenant en compte l'ensemble des sommes perçues et des dépenses utilement engagées, par le concessionnaire au titre de l'exploitation du service.

Au titre des recettes, sont pris en compte les produits que le concessionnaire a tiré de l'exploitation du service, et notamment les redevances perçues sur les usagers, mais également les diverses sommes versées par la collectivité au titre de l'activité concédée. La

⁷⁷⁸ CE, 16 novembre 2005, n°262360, M. Jean-Paul et Bruno ZY c. Commune de Nogent-sur-Marne : « qu'il résulte en revanche de l'instruction (...) que, compte tenu, d'une part, des redevances perçues au titre du stationnement souterrain et des versements nets effectués par la commune au titre du stationnement de surface, d'autre part, des seules dépenses dont l'utilité ne paraît pas sérieusement contestable en l'état de l'instruction, à savoir les dépenses d'exploitation figurant aux comptes de la concession et les frais de gestion évalués forfaitairement à 8 % du chiffre d'affaires, le déficit supporté par les intéressés ne saurait être évalué, pour la période allant de 1991 à 2001, et à l'exclusion des six premiers mois de l'année 2002, pour lesquels la réalité du service est sérieusement mise en doute par la commune, à une somme inférieure à 1 500 000 euros ».

⁷⁷⁹ CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY ; CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01625, Société PRODITH.

⁷⁸⁰ CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, M A et B.

⁷⁸¹ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM. A.

commune a pu en effet effectuer des versements pour permettre au public d'accéder gratuitement à certains stationnements prévus en surface dans le cadre d'une concession de stationnement ⁷⁸².

Les charges comptabilisées doivent avoir été utiles à l'activité confiée. Elles peuvent correspondre aux dépenses d'exploitation figurant aux comptes de la concession. Sont ainsi pris en compte les dotations aux amortissements, la redevance annuelle mise à la charge du concessionnaire par le contrat, qui ne constitue pas une dépense d'investissement ⁷⁸³, les contributions versées par le concessionnaire au titre des droits d'entrée ⁷⁸⁴, les frais de gestion « évalués forfaitairement » à un pourcentage du chiffre d'affaires ⁷⁸⁵, ainsi que des frais financiers afférents à « l'exploitation du service » ⁷⁸⁶.

La prise en compte des frais financiers est particulière au contrat de concession de service public, dans la mesure où le financement des investissements est inhérent aux missions du concessionnaire. Une toute autre solution a été retenue dans le cadre de l'indemnisation de l'ex titulaire d'un marché public ⁷⁸⁷.

Les frais financiers peuvent correspondre à des « emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements » ⁷⁸⁸ et les annuités de remboursement de l'emprunt souscrit par le concessionnaire doivent alors être « réintégrées » aux charges d'exploitation ⁷⁸⁹. Le juge a admis que les frais financiers engagés au titre d'un emprunt soient calculés sur la base de la « différence entre la valeur nominale des emprunts et le total des sommes remboursées à ce titre » ⁷⁹⁰.

⁷⁸² CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY.

⁷⁸³ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM. A.

⁷⁸⁴ CAA Bordeaux, 9 juin 2011, n° 06BX01135, Commune de Castres ; CE, 20 février 2013, n° 352762, Société raphaëloise de stationnement.

⁷⁸⁵ CE, 16 novembre 2005, n°262360, MM. Jean-Paul et Bruno ZY.

⁷⁸⁶ CE, 16 nov. 2005, n° 262360, Commune de Nogent-sur-Marne ; RJEP-CJEG 2006, p. 122, note Ch. Guettier ; CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, M. A et B.

⁷⁸⁷ CE, 10 avril 2008, n° 244950, Société Decaux.

⁷⁸⁸ CAA Paris, 2 mars 2009, n° 06PA01969, MM. Jean Paul et Bruno X. ; CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01625, Société PRODITH.

⁷⁸⁹ CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, M. A et B.

⁷⁹⁰ CAA Paris, 2 mars 2009, n° 06PA01969, MM. Jean Paul et Bruno X.

Le montant des frais financiers liés cette fois, à l'immobilisation de capitaux, peut être évalué en fonction soit du coût de l'emprunt des ressources nécessaires en retenant le taux moyen des obligations, soit des produits qu'aurait généré le placement d'une telle somme ⁷⁹¹.

Lorsque le concessionnaire a constitué des provisions pour le renouvellement des installations, financées par les redevances prélevées sur les usagers, il convient alors de déduire du montant total des dépenses utiles, la somme des provisions ainsi constituées pour déterminer le montant des charges supportées ⁷⁹².

Le déficit correspond au résultat courant avant impôt ⁷⁹³.

Dès lors l'éventuel déficit d'exploitation indemnisé au titre de l'enrichissement sans cause résulte de la différence entre le montant total des dépenses utiles et celui des provisions, qui n'a pas été couverte par les recettes d'exploitation.

§ 3. Soumission de l'indemnité d'enrichissement sans cause au paiement de la T.V.A., des intérêts de droit et de la capitalisation des intérêts

L'indemnité accordée au titre de l'enrichissement sans cause donne lieu au paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, d'intérêts de droit qu'ainsi à la capitalisation des intérêts. Leur versement ne correspond nullement à une dépense utile à la collectivité mais à un droit du demandeur appauvri, au sens des dispositions soit du code général des impôts, soit du code civil.

L'indemnité accordée au titre de l'enrichissement sans cause est majorée du taux de T.V.A. applicable. Ce principe est régulièrement contesté par le défendeur dans la mesure où la taxe sur la valeur ajoutée ne constitue pas une dépense utile à la personne publique. Le paiement de la T.V.A. se justifie au regard des dispositions de l'article 256 du code général des impôts

⁷⁹¹ CAA Bordeaux, 9 juin 2011, n° 06BX01135, Commune de Castres.

⁷⁹² CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01625, Société PRODITH.

⁷⁹³ CAA Paris, 2 mars 2009, n° 06PA01969, MM. Jean Paul et Bruno X. ; CAA Versailles, 15 juillet 2010, n°08VE01241, M. A et B.

qui prévoient que « sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel ».

Dès lors que l'entreprise fournit à titre onéreux des prestations et est assujettie au paiement de la T.V.A., cette dernière doit être répercutée sur l'ensemble des sommes facturées. Tel est également le cas des sommes versés au fournisseur au titre d'une condamnation prononcée par le juge. La jurisprudence précise en effet « qu'il en va également ainsi dans le cas où, par suite d'un litige entre le fournisseur et la personne publique, les sommes dues par cette dernière en rémunération du service ou du bien obtenu prennent la forme d'une indemnité fixée par un tribunal » ⁷⁹⁴.

Le juge a également rappelé que l'indemnité d'enrichissement sans cause correspond « à des sommes qui constituent la contrepartie d'une prestation de services individualisée rendue à celui qui la verse, qui est elle-même soumise à la taxe sur la valeur ajoutée » ⁷⁹⁵.

Si le prix de la prestation fournie à la collectivité en application d'un contrat entaché de nullité, ne peut excéder le montant des dépenses supportées par l'entreprise et qui ont été utiles à la personne publique, ce principe reste « sans incidence sur l'applicabilité de la T.V.A. aux sommes facturées » ⁷⁹⁶.

Le juge vérifie toutefois que les factures produites par le demandeur n'aient pas déjà été calculées en tenant compte de la T.V.A. ⁷⁹⁷.

Toute demande de versement d'intérêts moratoires fondées sur les stipulations du contrat, voire les dispositions du code des marchés publics ne peut être que rejetée ⁷⁹⁸. Le juge a précisé

⁷⁹⁴ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt.

⁷⁹⁵ CAA Douai, 13 décembre 2007, n° 06DA00061, Société DALKIA.

⁷⁹⁶ CE, 21 mars 2007, n°281796, Commune de Boulogne-Billancourt ; CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁷⁹⁷ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

⁷⁹⁸ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris ; CE, 17 novembre 2008, n°294215, Entreprise Aubelec ; CE, 29 décembre 2008, n°286130, Commune de Montpellier.

que les sommes demandées au titre des intérêts moratoires contractuels ne correspondent nullement à une dépense utile à la personne publique ⁷⁹⁹.

Le demandeur peut en revanche obtenir le paiement d'intérêts, par application du taux légal en vigueur au montant de l'indemnité accordée au titre des dépenses utilement engagées au profit de la collectivité enrichie ⁸⁰⁰.

Le paiement d'intérêts au taux légal ne correspond pas davantage à une dépense utile à la collectivité. S'il ne saurait être justifié sur le fondement du droit au remboursement des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité publique, il n'en constitue pas moins un droit prévu à l'article 1153 du Code civil ⁸⁰¹ dont les dispositions s'appliquent au contentieux administratif.

Pour fixer le montant des intérêts alloués, il convient de distinguer selon que le demandeur ait présenté ou non des conclusions en ce sens.

Lorsque des intérêts ont été demandés, ils commencent à courir, soit à la date à laquelle la personne appauvrie a présenté à la personne publique une demande préalable tendant à lui payer les sommes dues pour l'exécution des prestations sans cause ⁸⁰², soit à celle d'enregistrement de la demande en enrichissement sans cause devant la juridiction compétente, soit le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel ⁸⁰³. En aucun cas, la date de réception des factures ne saurait faire courir le paiement des intérêts, comme c'est le cas lorsqu'un contrat valide existe.

De la même façon, le juge retient par conséquent une date différente pour le départ du calcul des intérêts, selon la part de l'indemnité qui avait été réclamée dans un premier temps à la personne publique en fonction des prestations alors réalisées, et celle présentée devant le

⁷⁹⁹ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁸⁰⁰ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris ; CAA Marseille, 23 novembre 2008, n° 06MA00962, Société des Travaux du Midi.

⁸⁰¹ Code civil, article 1153 : "Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte".

⁸⁰² CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

⁸⁰³ CE, 11 juillet 1991, n°89184, Commune de la Queue-en-Brie.

tribunal administratif concernant les prestations exécutées entre la date de la demande préalable et la saisine de la juridiction ⁸⁰⁴.

Lorsqu'aucune demande d'intérêts n'a été présentée, ces derniers commencent alors à courir de plein droit à compter de la date du prononcé du jugement allouant une indemnité.

Les intérêts ne portent fort logiquement que sur la part de l'indemnité correspondant aux sommes qui n'ont pas encore été payées par la personne publique ⁸⁰⁵.

L'indemnité accordée au titre de l'enrichissement donne lieu au paiement d'intérêts des intérêts.

Le demandeur a droit à la capitalisation des intérêts, en vertu des dispositions de l'article 1154 du code civil, qui prévoit que « les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière ».

La demande de capitalisation est donc satisfaite lorsque les intérêts sont dus pour au moins un an, à compter de la demande d'indemnisation présentée devant le juge ⁸⁰⁶.

"S'il se peut donc fort bien que cette action ne permette pas au créancier de recouvrer la totalité des sommes qu'il a engagées"⁸⁰⁷, l'indemnité d'enrichissement sans cause devrait toutefois permettre à l'entreprise d'obtenir le remboursement de la plupart des dépenses qu'elle a effectivement et loyalement engagées pour fournir des prestations utiles à l'administration.

⁸⁰⁴ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

⁸⁰⁵ CE, 11 juillet 1991, n°89184, Commune de la Queue-en-Brie.

⁸⁰⁶ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris ; CAA Paris, 20 mars 2007, n°04PA04003, Société GETRONICS.

⁸⁰⁷ Conclusions H. SAVOIE sur CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable.

Section 3. Les préjudices exclus

Le profit escompté par l'entreprise (§ 1), certains surcoûts liés à l'allongement de la durée du chantier (§ 2), voire les frais engagés pour financer l'exécution de travaux qu'elle a supportés pour réaliser les prestations (§ 3) ne présentent pas de caractère utile pour la collectivité publique.

§ 1. Le bénéfice escompté par le prestataire

Afin de dissuader le prestataire d'exécuter des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu, le principe d'enrichissement sans cause est exclusif de tout profit procuré à l'entreprise. L'action est tout d'abord écartée lorsque la société a recherché un avantage personnel en réalisant des prestations sans conclure un contrat avec l'administration⁸⁰⁸. L'indemnité est ensuite déterminée au regard des seules dépenses utilement exposées au profit de la personne publique, ce qui exclut toute indemnisation du bénéfice que l'entreprise escomptait retirer de l'exécution du marché passé⁸⁰⁹.

La marge bénéficiaire du cocontractant ne constitue nullement une « dépense utilement engagée au profit » de la personne publique⁸¹⁰. Le montant de l'indemnité accordée au titre de l'enrichissement sans cause ne peut être évalué sur la base du prix fixé au marché, qui comprend « nécessairement le bénéfice que l'entreprise entendait retirer de l'exécution du marché »⁸¹¹.

Lorsque le demandeur fonde sa demande d'indemnisation sur les pièces constitutives du contrat annulé, il doit justifier du taux de bénéfice qu'il escomptait réaliser sur l'exécution des prestations et déduire sa marge bénéficiaire des prix prévus au marché. Le juge vérifie que le montant réclamé à l'appui des factures produites par le demandeur n'inclut pas la marge bénéficiaire réalisée par le cocontractant⁸¹².

⁸⁰⁸ CAA Marseille, 28 août 2003, n° 97MA00884, Société Niçoise des Tunnels de Saint Augustin.

⁸⁰⁹ CE, sect., 2 déc. 1966, Sté France Reconstruction : Rec. p. 635.

⁸¹⁰ CE, 20 juin 2007, n°282030, Conseil général du Val d'Oise.

⁸¹¹ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

⁸¹² CE, 21 novembre 2007, n°294470, Département des Yvelines ; CAA Marseille, 5 juillet 2004, n° 02MA02354, Société Corse Télé Surveillance.

En l'absence de tout contrat signé, le juge peut prendre en compte le prix habituellement pratiqué par le demandeur, duquel il déduit la part représentative de sa marge bénéficiaire. Il examine encore le caractère normal du taux de bénéfice invoqué au regard de ceux qui sont habituellement réalisés pour fournir ce type de prestations ⁸¹³.

Si les arrêts rendus en la matière ne précisent pas la nature du bénéfice à retenir, celui-ci correspond fort logiquement à la marge bénéficiaire nette réalisée.

Il convient de relever le cas particulier des prestations de maîtrise d'œuvre. Les honoraires de l'architecte sont en effet fixés en fonction d'un pourcentage appliqué au coût prévisionnel des travaux. Or il arrive que l'enveloppe financière initialement prévue soit dépassée. Le juge a alors admis que soit pris en compte le montant réel du coût des travaux, dans la limite du pourcentage de tolérance fixé au marché (généralement de l'ordre de 5 %). Il a en effet considéré que « la nullité du contrat conclu avec la commune n'a pas pour effet de modifier les relations avec les différents co-contractants de la commune telle qu'elles figurent au contrat » ⁸¹⁴.

Le demandeur ne saurait pas davantage réclamer l'indemnisation de la perte de chiffre d'affaires résultant de l'interruption de la fourniture de combustible intervenue en raison de la résiliation d'un marché entaché de nullité, celle-ci « ne présentant pas le caractère d'une dépense utile » à la commune ⁸¹⁵.

§ 2. Les frais liés à l'allongement de la durée d'exécution des prestations

Le délai d'exécution prévu au contrat est privé de tout effet juridique du fait de la nullité du contrat et les dépenses liées à l'allongement de la durée d'exécution des prestations ne donnent lieu à aucune indemnité, du moins sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle.

⁸¹³ CAA Lyon, 25 septembre 2008, n° 05LY01033, EDF.

⁸¹⁴ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA01325, M. Jacques A.

⁸¹⁵ CAA Paris, 3 avril 2007, n° 06PA01701, Commune d'Alès.

Le retard pris sur le chantier entraîne des charges supplémentaires pour l'entreprise. Le juge reconnaît en effet que la société avait supporté des frais liés à l'immobilisation des matériels mais aussi des frais généraux et financiers. La cour a également précisé ce retard était "induit" par la "gestion administrative du chantier" ainsi que "les nombreuses modifications et évolutions du projet". Le conseil d'Etat a néanmoins considéré que le juge d'appel avait suffisamment motivé sa décision en indiquant que les "dépenses de cette nature ne présentaient pas un caractère utile pour le département" et n'avait "pas commis d'erreur de droit" ⁸¹⁶.

Lorsque plusieurs sociétés participent à la construction d'un ouvrage, il arrive fréquemment que le calendrier prévisionnel déterminant les périodes de chacun des intervenants ne puisse être respecté. Une entreprise peut se trouver confrontée à une difficulté dans l'exécution des prestations qui lui ont été confiées, qui retardera l'intervention des autres sociétés. Bien que des frais aient été supportés par les entreprises du fait de ce retard, ils ne présentent en effet aucun caractère utile pour le maître d'ouvrage.

De prime abord, la solution retenue apparaît en revanche tout à fait discutable, s'agissant des surcoûts occasionnés du fait de l'allongement de la durée des travaux induit par les modifications et les évolutions de projet. A tout le moins, celles-ci ont bel et bien entraîné des frais généraux et d'immobilisation des matériels supplémentaires. Toutefois ils ont été en réalité pris en compte au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité publique dans la mesure où la cour a admis d'indemniser les dépenses utilement exposées pour les travaux qui ont réalisés à la suite des modifications et des évolutions apportées au projet.

Le juge a également précisé que les dépenses supportées du fait de la prolongation de la durée du chantier initialement prévue, qui trouve son origine dans des contraintes liées au fonctionnement de l'établissement d'enseignement durant les travaux, sont dépourvues d'utilité pour la personne publique ⁸¹⁷.

⁸¹⁶ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁸¹⁷ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon GROSSE.

Les frais liés au report de la date de démarrage des travaux ne sauraient davantage être indemnisés au titre des dépenses utilement exposées au profit de l'administration. Non seulement la clause prévoyant la date du début des travaux est privée de toute valeur juridique à défaut de contrat valide mais les dépenses exposées en raison de ce report ne présentent aucune utilité pour la collectivité dans la mesure où elles « n'ont pas contribué à l'enrichir, ni augmenté la valeur de l'ouvrage »⁸¹⁸.

Pour sa part, la collectivité publique ne pourra pas réclamer le paiement des pénalités de retard qui avaient été appliquées conformément aux clauses du contrat, dès lors que les stipulations contractuelles sont privées de tout effet⁸¹⁹.

§ 3. Les frais financiers liés à l'exécution de travaux

Le remboursement des frais financiers que le cocontractant a supporté pour assurer l'exécution des prestations, dépend de l'objet du contrat. Une solution différente est en effet retenue selon que les prestations ont été réalisées, ou non, dans le cadre de la gestion d'un service public. Le juge considère que celles qui ont été exécutées à la suite d'un simple marché ne présentent aucune utilité pour la personne publique.

Jusqu'en 2008, le conseil d'Etat avait pourtant admis le principe inverse. La jurisprudence "Segrette" rendue le 19 avril 1974 avait ainsi accordé une indemnité d'enrichissement sans cause au titre des frais exposés pour financer les travaux jusqu'à leur achèvement. La haute juridiction avait évalué ces frais, en appliquant le taux d'intérêt courant pratiqué à la période de la réalisation des travaux, aux découverts consentis à l'entreprise⁸²⁰.

Le conseil d'Etat a également admis que la société pouvait obtenir le remboursement des frais financiers afférents à l'emprunt qu'elle avait contracté afin de verser la première partie de la soulte qu'elle était tenue de verser à la ville de Paris en vertu de la convention d'aménagement entachée de nullité⁸²¹.

⁸¹⁸ CAA Marseille, 13 novembre 2008, n° 06MA00962, Société des travaux du Midi.

⁸¹⁹ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

⁸²⁰ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

⁸²¹ CE, 12 décembre 2003, n°242649, Société Financière de la Porte Maillot.

A la suite de l'annulation d'un marché de mobilier urbain, le juge d'appel avait accordé le remboursement des frais financiers nécessaires au financement des prestations. Il avait à la fois relevé le fait que « la société a(vait) supporté le préfinancement de l'exécution du contrat » mais également la circonstance que « le département n'a(vait) jamais honoré la moindre redevance contractuelle ». "Dans ces conditions", il avait donc considéré que la collectivité publique avait elle-même réalisé "une économie sur les sommes avancées par la société X " ⁸²².

Ces frais pouvaient en effet apparaître utiles dans la mesure où la collectivité publique a été dispensée de financer elle-même l'acquisition de ces mobiliers. Elle réalisait ainsi une économie de dépense en ne supportant pas, soit le coût d'un emprunt contracté, soit le coût d'immobilisation du capital correspondant.

Qui plus est, lorsque le cocontractant n'a pas été payé des prestations fournies, il peut être contraint d'engager des frais supplémentaires pour contracter un emprunt afin d'être en mesure de financer les dépenses nécessaires à la poursuite des prestations.

Pour autant l'indemnité d'enrichissement sans cause est calculée en droit administratif au regard des seules dépenses utilement exposées au profit de la collectivité et ne correspond nullement à une compensation des profits et des pertes.

De plus l'indemnisation de tels frais suppose de prendre en compte les charges qui résultent du mode de financement choisi par le cocontractant. Or celui-ci est étroitement lié aux capacités financières de l'entreprise, mais également aux intérêts propres de la société au regard de la situation du marché financier et des taux d'intérêt pratiqués. Ces considérations apparaissent étrangères aux intérêts de la personne publique, du moins lorsqu'elle a confié la réalisation de simples prestations. Si elle a donné son assentiment à la réalisation de telles prestations, celui-ci ne saurait en aucun cas concerner les modalités de financement retenu par le cocontractant.

Le conseil d'Etat a censuré la décision rendue par la cour administrative d'appel de Marseille. Il a jugé que "les frais financiers engagés par la société Decaux pour assurer l'exécution du

⁸²² CAA Marseille, 21 juin 2005, n° 98MA00414, Département des Alpes maritimes.

contrat ne peuvent être regardées comme des dépenses utilement exposées pour le département " ⁸²³.

Les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Bertrand DACOSTA éclairent les raisons pour lesquelles la haute juridiction a opéré un tel revirement. Indemniser les frais financiers « revient à considérer que la notion de dépense utile peut voir son contenu fluctuer en fonction du choix de financement effectué par l'entrepreneur. Or des investissements ont a priori la même valeur pour la collectivité, que les entrepreneurs les ait financés ou non par recours à l'emprunt ». De même « il est loin d'être évident que le coût d'immobilisation du capital puisse être assimilé à une dépense utile pour la collectivité » ⁸²⁴.

En l'espèce, les frais financiers réclamés n'avaient d'ailleurs pas été justifiés par la Société Decaux qui s'était « bornée à procéder à une évaluation en appliquant le taux d'intérêt légal aux dépenses engagées par l'entreprise, parvenant ainsi à un total extrêmement important », s'élevant à plus de 600 000 €. Dès lors, on comprend parfaitement que le commissaire du gouvernement ait proposé d'écarter l'indemnisation de ce chef de préjudice, « le caractère totalement hypothétique d'une telle reconstitution interdi(sant) (...) de reconnaître le caractère utile aux frais financiers allégués ».

L'exclusion des frais financiers au titre de l'indemnité d'enrichissement sans cause n'est pas spécifique à l'affaire "Société Decaux", ce principe ayant été confirmé par la suite ⁸²⁵.

Certains auteurs ont appelé le conseil d'Etat "à nuancer sa position" concernant "certaines formules contractuelles déléguant le financement d'installations à une personne privée" ⁸²⁶. D'autres encore considéraient que la solution retenue dans l'arrêt "Decaux" devait être appliquée avec pragmatisme pour être à la logique financière et à l'équité ⁸²⁷.

⁸²³ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 128, J.-P. PIETRI ; AJDA 2008, p. 1092, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU.

⁸²⁴ Conclusion B. DACOSTA sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, B.J.C.P., 2008, n°59, p. 280.

⁸²⁵ CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

⁸²⁶ N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, Développements jurisprudentiels autour de la nullité des contrats publics ; BJCP 2008, n°58, p. 150.

⁸²⁷ J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité : AJDA 2008, p. 1092.

La haute juridiction n'a pas manqué de prendre en considération ces impératifs. Ainsi les frais financiers exposés dans le cadre d'un contrat de délégation de service public sont jugés utiles à la collectivité publique et sont pris en compte au titre du déficit d'exploitation subi par le concessionnaire ⁸²⁸. On comprend aisément que la jurisprudence "Decaux" n'est pas été suivie pour régler les comptes de la société qui est conduit à financer les travaux de construction ou de renouvellement d'un ouvrage dans le cadre de l'exploitation d'un service public dont elle assume les risques.

L'entreprise ne saurait davantage se prévaloir d'un préjudice financier résultant pour lui du retard de paiement des prestations fournies. Un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille en 2004 avait pu laisser planer un doute sur ce point. Le demandeur avait réclamé l'indemnisation des charges financières résultant pour lui des problèmes de trésorerie liés au retard pris par la collectivité à régler les prestations fournies. Le juge avait alors exclusivement indiqué qu'en l'absence de toute justification, il n'était pas en mesure d'évaluer ce préjudice ⁸²⁹. Toutefois la cour administrative d'appel de Marseille devait confirmer par la suite qu'aucun préjudice financier lié à un retard des paiements ne pouvait être indemnisé au titre de l'enrichissement sans cause ⁸³⁰.

Si l'action en enrichissement sans cause n'a pas permis d'indemniser l'ensemble des charges supportées par le prestataire de l'administration, ce dernier peut néanmoins escompter obtenir une indemnité complémentaire. Les préjudices exclus au titre de l'indemnité d'enrichissement sans cause peuvent en effet ouvrir droit à réparation sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique, en raison de la faute qu'elle a commise lors de l'accord passé avec le prestataire ⁸³¹. La combinaison de ces systèmes de responsabilité participera encore davantage à garantir l'équité dans la relation d'échange de l'administration avec son prestataire.

⁸²⁸ CE, 20 février 2013, n° 352762, Société raphaëloise de stationnement ; CE, 15 février 2012, n° 351752, Commune de Castres ; CAA Bordeaux, 9 juin 2011, n° 06BX01135, Société Lyonnaise des Eaux c. Commune de Castres.

⁸²⁹ CAA Marseille, 5 juillet 2004, n° 02MA02354, Société Corse Télé Surveillance.

⁸³⁰ CAA Marseille, 13 novembre 2008, n°06MA00962, Société des travaux du Midi.

⁸³¹ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

CHAPITRE II.

LA REPARATION DES DOMMAGES RESULTANT DES AGISSEMENTS FAUTIFS DES PARTIES

Dans un souci de moraliser l'achat public mais également sous l'influence du droit communautaire, la réglementation a imposé des procédures de passation complexes qui ont conduit à fragiliser la sécurité des relations contractuelles ⁸³².

Lorsque le juge prononce l'annulation du contrat, ses effets juridiques disparaissent de façon rétroactive. Les parties ne peuvent faire valoir leurs droits au regard des obligations contractuelles qui ont été souscrites. Le prestataire peut néanmoins obtenir une indemnité d'enrichissement sans cause. Celle-ci est toutefois limitée aux dépenses qui ont été utiles à la collectivité publique et l'entreprise supporte les autres dépenses engagées pour la réalisation des prestations et sera également privée du bénéfice qu'elle escomptait retirer de leur exécution.

Cette compensation apparaît insuffisante à garantir les meilleures conditions d'une collaboration entre les prestataires privés et les collectivités publiques, alors même qu'elle contribue au bon fonctionnement des services publics. Il serait à craindre que les entreprises intègrent dans leur offre de prix, les risques financiers qu'elles encourent en cas d'annulation du contrat, et notamment lorsqu'elles décèlent une irrégularité commise lors du lancement de la consultation, susceptible d'entacher la validité de l'accord passé. Certains prestataires pourraient même préférer ne pas candidater.

⁸³² L. RICHER, Vie et survie du contrat administratif illégal, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Montchrestien, 2007, p. 50

Par ailleurs la disparition rétroactive des effets du contrat n'effacera nullement les conséquences liées aux manquements commis dans l'exécution des prestations. Lorsque les travaux ont été mal réalisés, la personne publique ne peut invoquer le non respect des obligations contractuelles, ni aucune autre garantie post-contractuelle pour réclamer l'indemnisation de son préjudice résultant des désordres qui affectent l'ouvrage livré.

Le juge administratif a fait preuve de pragmatisme afin d'élaborer un système de responsabilité permettant de corriger les intérêts qui ont été lésés à la suite de l'annulation du contrat ou du fait de l'absence de contrat signé.

Comme l'a montré Madame Dominique POUYAUD, cette construction jurisprudentielle révèle que le juge "privilégie les aspects purement patrimoniaux au détriment de la théorie juridique" et que la disparition rétroactive des effets du contrat "semble secondaire par rapport à l'indemnisation qu'attend le contractant lésé " ⁸³³.

Ainsi pour parfaire la sanction d'enrichissement sans cause, le juge a admis que l'entreprise puisse obtenir un complément d'indemnisation au titre de la perte de bénéfice subie et des autres dépenses supportées qui n'ont pas été considérées utiles à la collectivité. La responsabilité de la personne publique peut être engagée sur le fondement quasi-délictuel, en raison de la faute qu'elle a commise lors de la formation de l'accord passé avec le prestataire.

La méconnaissance de la réglementation applicable en matière d'achat public est généralement le fait de chacune des parties. Cette circonstance reste néanmoins sans incidence sur le droit au remboursement des dépenses utilement exposées par le prestataire au profit de l'administration, sauf à ce que la faute de l'entreprise ait été de nature à vicier le consentement de la personne publique. En revanche le risque que l'entreprise a pris en exécutant des prestations en l'absence de contrat régulièrement conclu, pourra constituer la cause de sa perte de bénéfice. Sur le terrain quasi-délictuel, la faute du prestataire exonère partiellement ou totalement, la responsabilité de la personne publique lorsque l'imprudence du prestataire révèle son intention de tirer profit de l'irrégularité entachant la validité du contrat.

⁸³³ D. POUYAUD, La nullité des contrats administratifs, Thèse, L.G.D.J., 2003, p.482

La responsabilité quasi-délictuelle présente toutefois un caractère subsidiaire. L'entreprise ne peut utilement l'invoquer lorsque l'indemnité d'enrichissement sans cause permet déjà de compenser l'ensemble des sommes qu'elle aurait été en droit d'obtenir si le contrat avait été valide. Cette condition répond à la nécessité d'éviter tout enrichissement du prestataire cette fois (section 1).

Afin de remédier aux conséquences financières résultant pour la collectivité publique d'avoir à supporter le coût des travaux de reprise liés à la mauvaise exécution des travaux, le juge accueille les réclamations du maître d'ouvrage fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des concepteurs et des constructeurs en raison des manquements qu'ils ont commis dans les règles de leur art.

Ces derniers n'apparaissent généralement pas différents des fautes reprochées au cocontractant dans le cadre de l'exécution matérielle et technique de ses obligations contractuelles. L'appréciation de ces manquements impliquera également que le juge détermine la part de responsabilités de chacun des intervenants au chantier au regard des obligations qui étaient initialement les leurs.

Comme le soulignait le Professeur ECKERT, cette solution conduit le juge "à substituer à la responsabilité contractuelle, la responsabilité quasi-délictuelle des constructeurs" ⁸³⁴ (section 2).

Section 1. La réparation complémentaire du préjudice subi par le prestataire par la faute de la personne publique

Le prestataire peut obtenir, en sus du remboursement des dépenses utiles, la réparation du préjudice résultant de la perte du bénéfice subie et des autres dépenses engagées pour l'exécution du contrat, dont il a été privé à la suite de l'annulation du contrat, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle ⁸³⁵. L'irrégularité entachant la validité du contrat est en

⁸³⁴ Gabriel ECKERT, Nullité du marché et responsabilité quasi-délictuelle du cocontractant, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2009, comm. 9 sur CAA Lyon, 27 nov. 2008, n° 05LY00576, Bureau d'études Nicolas et SAS Jacobs France.

⁸³⁵ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

principe imputable à la personne publique. Le prestataire pourra invoquer l'ensemble des illégalités fautives qui ont conduit le juge à écarter le contrat.

Comme la responsabilité quasi-contractuelle, la responsabilité quasi-délictuelle apparaît comme une cause juridique nouvelle dans le débat contentieux engagé sur le terrain contractuel et ne constitue pas un moyen d'ordre public. Pour autant ce moyen bénéficie également d'un assouplissement procédural et peut être invoqué en cours de procédure après que l'irrégularité du contrat ait été soulevée. Mais surtout il présente un caractère subsidiaire lorsque le prestataire a obtenu une indemnité d'enrichissement sans cause (§ 1).

La faute du demandeur constitue une cause exonératoire de responsabilité de la collectivité publique. Un partage de responsabilités est donc opéré au regard des propres fautes commises par l'ex cocontractant. Ce dernier a pu en effet commettre une imprudence fautive en acceptant de réaliser des prestations en l'absence de tout contrat ou de signer un contrat entaché d'irrégularité. La gravité de sa faute est appréciée au regard de sa connaissance de l'illégalité commise mais aussi de l'avantage qu'il en a retiré (§ 2).

Le juge admet d'indemniser les gains manqués ainsi que les autres dépenses non utiles exposées pour l'exécution des prestations sans cause⁸³⁶, liées notamment à l'allongement du délai d'exécution des prestations. Pour ce faire, il examine les sommes que le prestataire était en droit d'obtenir au titre de l'exécution du contrat, si ce dernier avait été valide (§ 3).

§ 1. Les conditions d'exercice de l'action en responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique

Le juge a également admis d'assouplir les règles de recevabilité de ce moyen lorsque l'irrégularité du contrat a été soulevée en cours de procédure, afin de faciliter l'indemnisation de l'ex cocontractant (A). Pour autant la demande n'est recevable que dans la mesure où l'indemnité d'enrichissement sans cause n'a pas déjà procuré au prestataire une somme supérieure à la rémunération qu'il était en droit de l'exécution du contrat (B). Le demandeur n'échappe pas aux conditions d'engagement de la responsabilité et devra rapporter la preuve

⁸³⁶ CE, 22 janv. 1958, Chami : Rec. p. 37.

de la réalité d'un préjudice certain en lien direct avec la faute commise par la personne publique lors de la passation du contrat dont il se plaint (C).

A. L'assouplissement des règles de procédure

La responsabilité quasi-délictuelle de la personne ne constitue nullement un moyen d'ordre public et ne sera examinée par le juge que dans la mesure où les parties ont soulevé ce moyen⁸³⁷. Elle repose également sur une cause juridique distincte de la responsabilité contractuelle et le demandeur doit présenter des conclusions en ce sens pour que le juge examine le préjudice résultant pour l'entreprise de l'annulation du contrat⁸³⁸.

Lorsque le juge est saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle et est conduit à examiner l'irrégularité entachant la validité du contrat, les parties peuvent présenter de nouvelles conclusions sur le fondement des responsabilités, quasi-contractuelle et quasi-délictuelle, au cours de l'instance, voire même pour la première fois en appel.

Cet assouplissement consacré par le conseil d'Etat dans l'arrêt « Citécable » du 20 octobre 2000, dispense le requérant d'entamer une nouvelle procédure devant le tribunal administratif, lorsque la nullité du contrat a été prononcée en cours d'instance⁸³⁹.

Le commissaire du gouvernement Henri SAVOIE y voyait la conséquence de "la combinaison" entre la responsabilité quasi-contractuelle et quasi-délictuelle⁸⁴⁰.

Le cocontractant peut donc substituer au moyen tiré de la responsabilité contractuelle invoqué dans sa demande introductive d'instance, celui de la faute de l'administration à l'origine de la nullité, même après l'expiration du délai de recours en première instance⁸⁴¹.

⁸³⁷ CE, 20 octobre 2000, n° 196553, Société Citécable.

⁸³⁸ CAA Bordeaux, 15 juillet 2009, n° 08BX00050, Syndicat Mixte de la Coopération du Sud.

⁸³⁹ CE, 20 octobre 2000, n° 196553, Société Citécable.

⁸⁴⁰ H. SAVOIE, Le sort des conclusions indemnitaires après constatation de la nullité du contrat, Conclusions sur CE, 20 octobre 2000, n° 196553, Société Citécable, RFDA 2001, n°2, p 359.

⁸⁴¹ CE, 29 septembre 2010, n° 325524, Société des Travaux du Midi.

La responsabilité quasi-délictuelle peut encore être invoquée pour la première fois devant le juge d'appel, même dans le cas où la nullité du contrat a été prononcée par les premiers juges⁸⁴².

Pour autant cette faculté de saurait aboutir à « déroger à toutes les règles relatives à la recevabilité de l'appel » et l'appelant ne peut invoquer après l'expiration du délai d'appel, un nouveau moyen qui n'est pas d'ordre public et qui repose sur une cause juridique nouvelle, lorsque la nullité a été constatée par le juge de première instance⁸⁴³.

La nouvelle demande présentée sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle est en revanche recevable après l'expiration du délai d'appel pour autant qu'elle repose sur la même cause juridique qu'un moyen ayant été présenté en première instance⁸⁴⁴ ou en appel. Le Conseil d'Etat a en effet rappelé que « le moyen tiré de la faute du département à avoir tardé à signer le marché, s'il se fonde sur une autre faute que celle invoquée en première instance, ne relève pas d'une cause juridique distincte » et « est donc recevable »⁸⁴⁵.

Cet assouplissement procédural ne valait que pour les cas où le contrat a été déclaré nul⁸⁴⁶. Récemment le conseil d'Etat a admis de l'étendre au litige résultant de l'absence de contrat. Dans un arrêt rendu le 19 juin 2015, la haute juridiction a jugé qu'en l'absence de contrat signé, les parties peuvent "poursuivre le litige en invoquant, y compris pour la première fois en appel, la faute consistant, pour l'une d'elles, à avoir induit l'autre partie en erreur sur l'existence de relations "⁸⁴⁷.

Le prestataire peut choisir de ne pas présenter de nouvelles conclusions fondées sur la responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle de la personne publique soit au cours de l'instance, soit en appel, après que le juge ait prononcé l'annulation de son contrat. Ces nouvelles demandes impliquent en effet que le demandeur rapporte la preuve des sommes

⁸⁴² CAA Marseille, 4 déc. 2006, n° 04MA01042, SAS Onet Services.

⁸⁴³ CE, 9 décembre 2011, n° 342283, Commune d'Alès ; P. DEVILLERS, Précisions sur l'application de la jurisprudence Citécable Est, Contrats et Marchés publics n° 2, Février 2012, comm. 45

⁸⁴⁴ CE, 29 septembre 2010, n° 325524, Société des Travaux du Midi.

⁸⁴⁵ Idem : CE, 29 septembre 2010, n° 325524, Société des Travaux du Midi.

⁸⁴⁶ CAA Marseille, 21 juin 2007, n° 05MA00356, SARL Maçonnerie ; CAA Marseille, 19 novembre 2007, n° 05MA00481, Société CEJIP Sécurité.

⁸⁴⁷ CE, 19 juin 2015, n° 369558, Société immobilière du port de Boulogne.

qu'il réclame et distingue les dépenses utiles à la collectivité du bénéfice qu'il escomptait retirer de l'exécution des prestations. La société ne parvient pas toujours à rassembler les éléments justificatifs nécessaires dans les délais contentieux impartis. Aussi elle préférera saisir le tribunal administratif d'une nouvelle demande ayant le même objet, le paiement des prestations réalisées, mais fondée cette fois sur la responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle de la personne publique. Le juge a admis qu'elle soit dans ce cas, dispensée de présenter une nouvelle demande préalable d'indemnisation à l'administration ⁸⁴⁸.

Le demandeur peut également invoquer exclusivement, soit l'enrichissement sans cause, soit la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique ⁸⁴⁹.

Si l'entreprise a un intérêt à récupérer l'essentiel des dépenses utilement exposées pour la réalisation des prestations sans cause sur le fondement de l'enrichissement sans cause, elle peut considérer inopportun d'engager la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique. Soit qu'elle ait le souci de préserver de bonnes relations avec la collectivité, soit qu'elle n'ignore pas que sa demande a peu de chance de prospérer. Dans la plupart des cas, les deux fondements de responsabilité sont néanmoins invoqués.

B. Le caractère subsidiaire de l'indemnisation admise sur le fondement quasi-délictuel

Lorsque l'entreprise réclame le remboursement des dépenses utilement exposées au profit de la personne publique ainsi que l'indemnisation du préjudice résultant de la nullité du contrat, le juge examine successivement, la demande en enrichissement sans cause puis la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique. La recevabilité de cette dernière dépend en effet du montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause allouée. Il ne doit pas excéder la rémunération que l'entreprise était en droit d'obtenir au titre de l'exécution du marché.

Dans le cas où la demande présentée sur le fondement de l'enrichissement sans cause est rejetée, le prestataire peut néanmoins obtenir une indemnisation sur le terrain de la

⁸⁴⁸ CE, 18 septembre 2015, n° 376973, Commune de Bora-Bora.

⁸⁴⁹ CAA Paris, 25 juillet 1996, n° 94PA00284, Entreprise générale de la construction métallique.

responsabilité quasi-délictuelle. Il en va ainsi lorsque les prestations de nettoyage réalisées ont déjà été payées à l'entreprise que les autres dépenses réclamées ne présentent aucune utilité pour la commune. Pour autant le département a commis une faute à l'origine de la nullité du contrat, consistant à divulguer des informations qui ne figuraient pas au dossier de consultation aux candidats présents à une réunion. La société était en droit de réclamer l'indemnisation de surcoûts qu'elle a supportés qui ne correspondent à aucune dépense utile à la collectivité et dont elle a été privé du fait de l'annulation du marché ⁸⁵⁰.

Le droit à indemnisation du préjudice subi par le prestataire en raison de la faute commise par la personne publique lors de la formation du contrat, présente un caractère subsidiaire. Cette solution a été consacrée par l'arrêt « Segrette » rendu par le conseil d'Etat en 1974. Le demandeur ne peut prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration à l'origine de la nullité du contrat « si le remboursement (...) de ses dépenses utiles lui assure une rémunération supérieure à celle à laquelle il aurait eu droit en application des stipulations du contrat ; qu'il appartient alors au juge (...) de déterminer en premier lieu le montant des sommes dues à l'entrepreneur au titre de ses dépenses utiles et que c'est seulement dans l'hypothèse où l'indemnité ainsi calculée serait inférieure au prix du contrat qu'il y a lieu de rechercher si le préjudice qui en résulte doit être supporté en totalité ou en partie » ⁸⁵¹.

Aux termes de cet arrêt, le montant de la rémunération de l'entreprise est évalué au regard « des stipulations du contrat » et correspond ainsi au « prix du contrat ». Dans la mesure où le juge admet d'indemniser les prestations supplémentaires, non prévues au contrat au titre de la responsabilité contractuelle mais également sur le fondement de l'enrichissement sans cause, la notion de rémunération du cocontractant a été étendue. Elle recouvre l'ensemble des sommes procurées par « l'exécution du contrat » ⁸⁵².

⁸⁵⁰ CAA Marseille, 4 décembre 2006, SAS ONET, n°04MA01042.

⁸⁵¹ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE ; CE, 23 mai 1979, n° 00063, Commune de Fontenay-le-Fleury.

⁸⁵² CE, 20 octobre 2000, n°196553, Citécable.

Le conseil d'Etat a également précisé qu'il convient notamment d'inclure « le montant des éventuels avenants » ainsi que « les dépenses exposées au titre de travaux supplémentaires prescrits par le maître d'ouvrage ».

Pour rechercher si la société requérante pouvait « prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute du département », la haute juridiction a considéré que l'indemnisation des dépenses utiles ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée " dès lors qu'il résulte de l'instruction, et en particulier du rapport d'expertise, que la société aurait eu droit notamment, sur le fondement contractuel, à l'indemnisation des surcoûts engendrés par l'allongement de la durée du chantier et qui ne lui sont pas imputables » ⁸⁵³.

Il ne s'agit pas seulement de prendre en compte les montants prévus au marché et aux éventuels avenants, mais d'examiner si la demande d'indemnisation de l'entreprise aurait été recevable sur le fondement des stipulations du contrat, pour évaluer le montant de la rémunération qu'elle était susceptible d'obtenir au titre de l'exécution du marché.

Si l'arrêt ne l'a pas explicitement précisé, il semble que les dépenses engagées pour la réalisation de prestations supplémentaires qui n'ont pas été prescrites par la personne publique mais n'en apparaissent pas moins indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage puissent également être prises en compte pour évaluer le montant de la rémunération de l'entreprise. La jurisprudence admet en effet de les indemniser sur le fondement contractuel. Les dépenses utiles qu'elles ont entraîné donnent également lieu à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause, alors même que la personne publique n'a pas consenti à leur réalisation ⁸⁵⁴.

Le conseil d'Etat a donc repoussé les limites initialement prévues à la réparation du dommage résultant de la faute commise par la personne publique. La responsabilité quasi-délictuelle permet de neutraliser les effets de l'absence d'un contrat régulièrement conclu et le droit à indemnisation du prestataire est reconnu à proportion de ce que l'exécution du contrat lui aurait permis d'obtenir, si celui-ci n'avait pas été annulé.

⁸⁵³ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Société SPIE Batignolles.

⁸⁵⁴ CE, 21 mars 2007, n° 281796, Commune de Boulogne-Billancourt ; CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville de Lyon.

Le juge examine donc également les sommes mises à la charge de la société au titre de l'application des stipulations contractuelles. Ainsi le montant des pénalités de retard « dont l'entrepreneur s'est (pourtant) affranchi par la nullité du contrat » est déduit des sommes que l'entreprise escomptait retirées de l'exécution du contrat ⁸⁵⁵.

Le droit à indemnisation du prestataire sur le fondement quasi-délictuel serait ainsi évalué au regard des conséquences financières résultant des obligations contractuelles de la personne publique mais également du droit à l'équilibre financier du contrat alors que ce dernier a été annulé et est censé n'avoir jamais existé. Madame Dominique POUYAUD a souligné ce "paradoxe" qui fait apparaître la "fiction de la disparition rétroactive du contrat frappé de nullité" "particulièrement fragile" ⁸⁵⁶. Cette solution permet toutefois de rétablir l'équilibre économique de la relation d'échange entre la personne publique et son prestataire, lorsque l'absence de contrat valide est exclusivement imputable à l'administration.

C. La réalité du préjudice subi par le prestataire résultant de la faute de l'administration

L'entreprise doit établir la réalité du préjudice qu'elle a subi du fait de l'absence de contrat régulièrement conclu imputable à la personne publique qui n'a pas respecté la réglementation applicable en matière de commande publique. Cette illégalité constitue généralement une faute de service ⁸⁵⁷.

Dans la mesure où l'indemnisation accordée sur le fondement de l'enrichissement permet de rembourser au prestataire les dépenses qu'il a utilement exposées au profit de la personne publique, le préjudice invoqué sur le fondement quasi-délictuel correspond exclusivement au manque à gagner ainsi qu'aux autres dépenses non utiles à la collectivité que le prestataire a néanmoins supportées pour réaliser les prestations demandées.

⁸⁵⁵ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE ; CAA Lyon, 16 décembre 1999, n° 95LY00782, Commune de Serrières de Briord.

⁸⁵⁶ D. POUYAUD, La nullité des contrats administratifs, Thèse, L.G.D.J., 1991, p. 507.

⁸⁵⁷ L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 8e éd., L.G.D.J., p. 227, n°361.

Au titre d'un manque à gagner, les prestataires ont pu invoquer la perte de bénéfice, le coût de transport des matériels informatiques qui lui ont été restitués ⁸⁵⁸, l'impossibilité de conclure d'autres marchés en raison du retard pris dans le démarrage du chantier ⁸⁵⁹, l'atteinte portée à sa réputation ou la perte de confiance de son banquier à la suite de l'annulation du contrat conclu en vue de la réalisation d'un film assurant la promotion de la ville ⁸⁶⁰.

Toutefois dans de nombreux cas, le préjudice dont se plaint l'entreprise n'est pas établi ou ne résulte nullement de la faute commise par la collectivité publique lors de la formation de l'accord passé.

Plusieurs décisions méritent d'être recensées qui permettront de montrer les différents éléments pris en compte dans l'appréciation du préjudice invoqué.

Le prestataire doit tout d'abord justifier des charges qu'il a effectivement supportées pour exécuter le contrat mais également de la perte de bénéfice en résultant ⁸⁶¹. S'agissant de matériels informatiques qui avaient livrés à un centre hospitalier sur la base d'un bon de commande émis après l'expiration du marché, la société n'a produit aucun élément probant de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice, qu'il s'agisse des frais de revente des matériels restitués, de frais financiers, des coûts de transport pour retirer les matériels ou des honoraires relatifs aux constats d'huissier ⁸⁶².

Dans le cadre d'une convention d'occupation du domaine public, le demandeur n'a pas été davantage en mesure de justifier de ce que "l'activité prévue aurait été bénéficiaire dès la première année d'exploitation " alors même que le juge avait ordonné une expertise.

Pour apprécier la perte de bénéfice invoquée, le juge examine l'ensemble des sommes perçues par l'entreprise au regard des prestations qui ont été réalisées. Le préjudice sera d'autant plus difficile à démontrer que le contrat a été entièrement exécuté et que l'entreprise a été rémunérée pour les prestations qu'elle a exécutées.

⁸⁵⁸ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

⁸⁵⁹ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁸⁶⁰ CAA Marseille, 27 février 2012, n° 09MA01732, Société SPI Productions.

⁸⁶¹ CE, 24 novembre 2006, Me Frédérique A, n°268129.

⁸⁶² CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n° 08BX00203, Société BULL SA.

Si la société invoque la faute de la caisse de dépôt et consignations qui a « laissé se poursuivre et perdurer un contrat qu'elle savait entaché de nullité » jusqu'à son terme, elle n'a subi aucun préjudice dès lors qu'elle a « bénéficié de l'exécution du contrat » et a été payée pour l'ensemble des prestations qu'elle a réalisés pour la personne publique ⁸⁶³.

Autre exemple. La commune a commis une faute en concluant un avenant au contrat de gestion des services de distribution d'eau potable et d'assainissement sans qu'aucun avis d'appel public à la concurrence n'ait été envoyé à l'Office de publications officielles des communautés européennes ; pour autant l'ex concessionnaire n'a subi aucune perte de bénéfice résultant de la nullité du contrat dès lors que « l'exploitation de la station d'épuration à son bénéfice n'a jamais été interrompue » ⁸⁶⁴.

De la même façon, alors que la société avait perçu les redevances payées par les usagers durant toute la durée de la convention, elle n'a pas démontré que ces recettes, imputées du montant des dépenses utilement exposées, l'aurait privée d'une partie du bénéfice qu'elle pouvait normalement escompter du fait de l'exécution du contrat ⁸⁶⁵.

Le juge prend en compte les clauses du contrat pourtant dépourvues de tout effet, pour apprécier la réalité du préjudice invoqué. La société ne pourra prétendre avoir subi un quelconque manque à gagner lorsqu'elle a « perçu une subvention de la commune ainsi que des redevances des usagers » alors même qu'elle « n'a pas honoré les engagements techniques et financiers dont elle était redevable » ⁸⁶⁶.

Aucune perte de marge bénéficiaire ne pouvait être invoquée dès lors que le contrat conclu en vue de la réalisation d'un film destiné à assurer la promotion de la ville ne prévoyait pas d'engagement financier de la collectivité. Cette dernière s'était exclusivement engagée « à aider la société requérante à trouver des partenaires institutionnels, industriels et économiques

⁸⁶³ CAA Paris, 20 mai 2008, n° 07PA00278, Société AMG Ingénierie.

⁸⁶⁴ CAA Marseille, 30 juillet 2007, n° 05MA02555, Commune de Menton.

⁸⁶⁵ CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY01625, Société Prodith.

⁸⁶⁶ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable.

susceptibles de financer le projet », à « lui proposer des partenaires » et « à participer à la conception et à la rédaction du scénario »⁸⁶⁷.

Une illustration encore. Si l'entreprise réclame la réparation du préjudice résultant de la faute de la région à avoir retardé le démarrage des travaux, elle ne démontre pas avoir subi une perte de chiffre d'affaires dès lors que la durée contractuelle des travaux a été respectée⁸⁶⁸.

Le demandeur ne saurait prétendre obtenir l'indemnisation d'un préjudice qui n'est nullement certain. Si la société de restauration collective invoque une perte de bénéfice subie en raison des repas qu'elle aurait pu livrer à des tiers extérieurs à la commune, le préjudice allégué est purement éventuel dans la mesure où ces prestations présentaient un caractère facultatif, aux termes du cahier des charges et du contrat signé⁸⁶⁹.

Le prestataire doit également rapporter la preuve du lien de causalité entre le fait reproché à l'administration et le préjudice qu'il prétend avoir subi. Dans nombre de réclamations, la faute commise par la personne publique lors de la formation du contrat ne constitue nullement la cause directe de la perte de bénéfice invoquée.

Si la commune n'a pas respecté les règles de procédure de passation du contrat prévues au code des marchés publics et que cette faute est de nature à engager sa responsabilité quasi-délictuelle, aucune indemnisation n'a été accordée au titre des frais de licenciement du directeur du service clients. La société n'a pas établi le lien de causalité entre ce licenciement et la nullité du contrat d'affermage, ni même de l'impossibilité de le reclasser au sein de la société⁸⁷⁰.

De même l'annulation du contrat n'a nullement été la cause des frais exposés à la fin du contrat de travail des personnels recrutés pour les besoins du marché. Alors que la société a en effet employé deux personnes dédiées à l'exécution du marché de collecte des ordures ménagères

⁸⁶⁷ CAA Marseille, 27 février 2012, n° 09MA01732, Société SPI Productions.

⁸⁶⁸ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁸⁶⁹ CAA Versailles, 16 octobre 2007, n° 05VE00167, Société Compass Group France.

⁸⁷⁰ CAA Versailles, 14 juin 2012, n° 07VE00670, Société Avenance Enseignement et Santé.

par un contrat à durée déterminée, correspondant à celle du marché, elle ne saurait prétendre avoir subi un quelconque préjudice résultant de la faute de la commune à l'origine de l'annulation du marché, à raison des charges salariales de fin de contrat qu'elle aurait inévitablement supportées si le marché n'a pas été annulé et avait été exécuté jusqu'à son terme ⁸⁷¹.

Les propres manquements du prestataire à ses obligations contractuelles peuvent en réalité expliquer les pertes qu'il a subies. Dans la mesure où le concessionnaire a lui-même mis fin à l'exécution du contrat avant que le juge n'en prononce l'annulation, il ne pouvait réclamer une indemnité au titre de la perte de bénéfice subie du fait de la faute de la commune qui avait transmis tardivement au représentant de l'Etat, la délibération autorisant le maire à le signer ⁸⁷².

Cela vaut également lorsque la collectivité publique a résilié le contrat aux torts du titulaire. Si l'annulation du contrat a été prononcée, les manquements commis dans l'exécution du contrat restent bel et bien la cause directe du préjudice du prestataire. En servant un nombre excessif de repas à des personnes extérieures à la collectivité, le délégataire du service de restauration collective avait exploité la cuisine dans des conditions qui dépassent la capacité des installations existantes et sont contraires aux règles d'hygiène et de sécurité alimentaires. La faute de la commune consistant à ne pas avoir transmis le contrat au contrôle de légalité avant sa conclusion, était donc sans lien avec le préjudice réclamé au titre d'une perte de bénéfice ⁸⁷³.

Le préjudice de la société peut encore résulter d'une décision parfaitement régulière de la personne publique de ne pas poursuivre l'exécution du contrat. L'établissement hospitalier a commis une faute en introduisant une clause de reconduction tacite dans le marché litigieux. Le préjudice résultant de la perte de bénéfice subie par la société à la suite de la résiliation de la convention dont le juge avait prononcé l'annulation, trouve en réalité son origine, non pas

⁸⁷¹ CAA Marseille, 7 janv. 2008, n° 05MA03136, Coved.

⁸⁷² CAA Paris, 18 novembre 2003, n° 02PA02417, Commune de Nogent-sur-Marne.

⁸⁷³ CAA Versailles, 13 juin 2006, n° 04VE02101, Commune de Sannois.

dans la nullité de la clause de tacite reconduction, mais dans la décision de l'hôpital de changer de cocontractant, qui pouvait d'ailleurs être prise après chaque année d'exécution ⁸⁷⁴.

De même la faute commise par la commune à ne pas mentionner le montant du marché dans la délibération du conseil municipal autorisant le maire à le conclure, n'est pas la cause directe du manque à gagner subi par les architectes qui n'ont pu réaliser la seconde tranche du programme à la suite de la résiliation du marché. Cette dernière avait été prononcée du fait que le montant définitif de la rémunération proposé excédait largement celui fixé à titre provisoire par l'acte d'engagement ⁸⁷⁵.

Afin d'apprécier la réalité du préjudice invoqué par l'ancien cocontractant, le juge examine donc les circonstances concrètes qui l'ont conduit à supporter les charges dont il réclame l'indemnisation mais également les conditions d'exécution du contrat qui avaient été initialement prévues.

§ 2. Le partage de responsabilités opéré en raison des agissements fautifs du prestataire

La responsabilité de la personne publique recherchée sur le fondement de la faute qu'elle a commise lors de la formation du contrat implique que le juge examine si le préjudice invoqué doit être supporté « en totalité ou en partie (...) par la collectivité » ⁸⁷⁶. Le comportement fautif du prestataire constitue en effet une cause exonératoire de la personne publique. Le juge apprécie le poids respectif des agissements fautifs des parties en considérant le degré de connaissance de l'irrégularité commise, mais aussi l'avantage que les parties ont tiré de la méconnaissance des règles applicables en matière d'achat public (A). Aussi la part de responsabilité incombant au prestataire est-elle également liée à la nature de l'irrégularité entachant la validité du contrat (B).

A. L'appréciation du comportement fautif du demandeur

⁸⁷⁴ CAA Nancy, 19 mars 2009, n° 07NC01433, M. Bernard X.

⁸⁷⁵ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA01325, M. Jacques A.

⁸⁷⁶ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE.

Le prestataire de l'administration ne saurait obtenir l'entière réparation de son préjudice, lorsqu'il a lui-même commis une imprudence fautive, en exécutant des prestations sans avoir conclu un contrat régulier ou en acceptant de signer un contrat irrégulier.

Les différentes irrégularités commises par l'administration lors de la formation du contrat sont plus ou moins difficiles à déceler pour le cocontractant. L'incompétence du signataire l'est davantage que l'absence de mise en concurrence.

Le juge apprécie la gravité de la faute commise par le prestataire au regard du degré de connaissance de l'illégalité commise, mais également de l'avantage qu'il a retiré en signant un contrat dont il n'ignorait pas l'illégalité.

Plusieurs éléments permettent d'apprécier si l'entreprise était en mesure de découvrir l'irrégularité entachant la validité du contrat. Ainsi le prestataire qui a l'habitude de travailler avec l'administration connaît les contraintes juridiques liées à la passation d'un contrat public. La société qui dispose des moyens importants, et notamment d'un service juridique, est davantage en mesure d'appréhender les règles de passation applicables au contrat public ainsi que leur évolution, qu'un simple artisan.

La cour a refusé toute indemnité sur le fondement quasi-délictuel dans la mesure où la société a elle-même commis une "faute grave en se prêtant à la conclusion d'un marché dont, compte-tenu de son expérience, il ne pouvait ignorer l'illégalité"⁸⁷⁷. En l'espèce l'entreprise avait accepté de fournir des équipements sportifs destinés à l'école maternelle ou au stade municipal, à la suite de deux bons de commande signés sur papier en-tête de la société, par l'adjoint au maire. Le maire avait d'ailleurs refusé de payer les factures correspondantes dont le montant apparaissait élevé, et prié la société de reprendre le matériel livré.

Le juge prend également en compte l'avantage de l'entreprise à conclure un contrat irrégulier et ce, au regard du contexte concurrentiel de son domaine d'activité. Lorsque l'entreprise intervient dans un secteur soumis à une forte concurrence, l'absence de mise en concurrence lui procure en effet un avantage certain.

⁸⁷⁷ CAA, 20 juin 2013, n° 11BX02368, SARL FD2F.

Ces différents éléments permettront de mesurer l'aspect intentionnel, du comportement fautif du demandeur.

Le juge ne restreint pas son examen à la seule illégalité invoquée par le demandeur mais apprécie aussi les autres agissements fautifs du prestataire lors de la formation de l'accord passé. Alors que le signataire public n'avait pas régulièrement habilitée par le conseil municipal, la commune a opposé au prestataire, l'imprécision des lettres de commande auxquelles il s'est pourtant engagé et le non respect des procédures de passation ⁸⁷⁸.

Si aucune part de responsabilité n'incombe à la société lorsque la commune a commis une faute en transmettant tardivement à la préfecture la délibération autorisant le maire à signer la convention d'exploitation d'un parc de stationnement, elle « n'ignorait pas en revanche l'absence de mise en concurrence » des prestations qui lui avaient été confiées ⁸⁷⁹.

Lorsque le demandeur a effectivement subi une perte financière, en raison des dépenses non utiles à la collectivité publique qu'il a supportées du fait de l'absence d'un contrat régulièrement conclu, le juge mesure le poids respectif des fautes commises par chacune des parties lors de l'accord passé pour déterminer le quantum du partage des responsabilités. Selon le degré de gravité des fautes respectives, la responsabilité de la personne publique est atténuée et les sommes mises à sa charge sont réduites, de 25, 50 ou 75 %, voire inexistantes.

Il a en effet été jugé que la faute grave de l'entreprise qui s'est prêtée à la "conclusion d'un marché dont, compte-tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité, constitue la cause directe de sa perte de bénéfice " et la prive de toute indemnisation. En l'espèce, Le conseil d'Etat a considéré que la société chargée de l'élimination des déchets ménagers n'avait pas de raison de douter de la compétence de la communauté de communes. Pour autant il a sanctionné la décision rendue par le juge d'appel qui n'avait pas examiné la faute que la collectivité reprochait à son cocontractant ⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ CAA Versailles, 5 juillet 2005, n° 03VE04447, Commune de Ris-Orangis.

⁸⁷⁹ CAA Marseille, 4 juillet 2004, n° 10MA01064, Commune de Saint Raphaël.

⁸⁸⁰ CE, 18 novembre 2011, n° 342642, Communauté de communes de Verdun.

Comme le souligne Monsieur PIETRI, une telle solution "devrait mettre fin à des pratiques pour le moins contestables dans lesquelles des partenaires habituels de l'Administration cherchent à tirer tous les profits de situations qu'ils savent irrégulières" ⁸⁸¹.

B. La part de responsabilité incombant au prestataire dans les différentes illégalités entachant la validité de l'accord passé avec l'administration

Le juge appréciant le degré de connaissance de l'irrégularité de l'entreprise ainsi que l'avantage que lui procurait la conclusion du contrat irrégulier, la part de responsabilité incombant au prestataire était plus ou moins importante selon la nature de l'illégalité entachant la validité du contrat. Antérieurement à la jurisprudence "Ville de Béziers", il était fréquemment reproché au demandeur d'avoir ignoré l'incompétence du signataire public, la méconnaissance des règles de procédure ou l'illégalité d'une clause contractuelle.

Le Conseil d'Etat avait ainsi retenu l'imprudence de l'entrepreneur à avoir donné suite à une commande du maire qui n'avait nullement été autorisée par le conseil municipal à prendre une telle décision pour exonérer totalement la collectivité sur le fondement de sa responsabilité quasi-délictuelle ⁸⁸².

Cette solution pouvait apparaître particulièrement sévère à l'égard du cocontractant car elle exigeait du candidat qu'il s'assure de la compétence du signataire public avant de signer le contrat. Toutefois deux éléments avaient pu en l'espèce lourdement peser dans la décision du juge : il n'était pas certain que la commande ait été effectivement demandée par le maire et les fournitures n'avaient d'ailleurs jamais été livrées à la commune.

Le juge retenait généralement une solution différente, considérant que l'incompétence du maire à signer le contrat constitue « une faute exclusive de la collectivité » ⁸⁸³.

⁸⁸¹ J.P. PIETRI, commentaire sur CE, 18 novembre 2011, n° 342642, Communauté de communes de Verdun, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2012, comm. 27.

⁸⁸² CE, 6 février 1981, n° 04288, Commune de Sixt.

⁸⁸³ CAA Nancy, 12 mai 2005, n° 02NC00555, Commune d'Amneville.

S'agissant d'un marché signé le jour même de la transmission au contrôle de légalité de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le marché, le juge a considéré que « la signature par le maire de l'acte d'engagement a créé une situation apparente dans laquelle les sociétés co-contractantes pouvaient se croire assurées de détenir, même en l'absence de notification du marché, les droits attachés à la conclusion régulière d'un marché devenu définitif ». Les sociétés n'ayant « aucune part dans la faute commise par la commune » ni « commis aucune imprudence en se fiant aux décisions et aux démarches accomplies par le conseil municipal et à la signature du maire » ont obtenu l'indemnisation de leur entier manque à gagner résultant de la perte du bénéfice attendu de l'opération ⁸⁸⁴.

Tel est également le cas de l'entreprise qui n'a pris aucune part dans la faute commise par la commune consistant « à ne pas transmettre au préfet la délibération autorisant le maire de Ris-Orangis à signer le marché de maîtrise d'oeuvre pour la construction du centre de musique et de danses traditionnelles avant l'intervention de cette signature » ⁸⁸⁵.

Le juge a même précisé qu'il n'appartenait nullement à la société « de veiller au respect des formalités de transmission des actes au préfet, qui étaient de la seule responsabilité de la commune ⁸⁸⁶. En l'espèce la collectivité avait tenté de s'exonérer de sa responsabilité en invoquant également les pratiques et les interprétations de la jurisprudence tolérant à l'époque des faits, l'envoi simultané au préfet de la délibération autorisant la signature et du contrat signé ainsi que l'impossibilité d'appliquer de façon rétroactive l'interprétation inverse donnée par le Conseil d'Etat dans son avis du 10 juin 1996 "Préfet de la Côte d'Or". Le juge d'appel a rappelé que la nullité de la convention résulte de l'application des règles en vigueur à la date de sa signature et ne procède pas de l'application rétroactive d'une jurisprudence postérieure.

Un partage de responsabilité est en revanche opéré dans l'hypothèse où le cocontractant ne pouvait ignorer que le contrat avait été conclu irrégulièrement, le même jour que la délibération autorisant le maire à le signer. Le juge a en effet retenu la faute d'une société d'économie mixte qui ne pouvait ignorer l'incompétence du maire, et ce pour deux raisons. Elle est elle-même soumise à l'obligation de transmettre ses marchés au contrôle de légalité

⁸⁸⁴ CAA Marseille, 4 mai 2004, n° 99MA01331, Commune des Baux de Provence.

⁸⁸⁵ CAA Versailles, 5 juillet 2005, n° 03VE04447, Commune de Ris-Orangis.

⁸⁸⁶ CAA Versailles, 13 juin 2006, n° 04VE02101, Commune de Sannois.

lorsqu'elle agit en qualité de mandataire d'une collectivité locale. De plus un « nombre important » des membres de son conseil d'administration étaient également conseillers municipaux de la commune⁸⁸⁷. La connaissance par le demandeur de l'illégalité qui entache la validité du marché fait obstacle à ce qu'il soit entièrement indemnisé de son préjudice. En l'espèce un quart du préjudice subi par la société d'économie mixte a été laissé à sa charge.

Plus récemment, la haute juridiction a confirmé qu'il ne pouvait être reproché au cocontractant « d'avoir contracté avec une (communauté de communes) dont elle n'avait pas raison de douter de la compétence », celle-ci ayant signé un contrat portant sur le traitement des déchets, « matière pour laquelle elle n'avait pas reçu compétence de la part de ses communes membres »⁸⁸⁸.

Cette décision s'inscrit dans la proposition du commissaire du gouvernement Bertrand DACOSTA de "concilier la nécessité de tirer toutes les conséquences juridiques de l'annulation du contrat et de celle de régler le sort des parties dans le sens le plus conforme à l'équité"⁸⁸⁹.

L'imprudence commise par le cocontractant à avoir réalisé des prestations en l'absence de tout contrat écrit est retenue pour exonérer partiellement la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique.

Si l'établissement hospitalier a commis une faute en faisant réaliser des prestations sans établir de contrat, le demandeur a lui-même été imprudent en réalisant des études sur la base de simples lettres de commande, justifiant de laisser à sa charge un tiers des sommes réclamées⁸⁹⁰.

De même la responsabilité quasi-délictuelle de la commune engagée sur le fondement d'une double faute, consistant d'une part à n'avoir conclu qu'un accord verbal pour la réalisation de spectacles et d'autre part à avoir annulé tardivement ces prestations, la veille de leur

⁸⁸⁷ CAA Versailles, 3 mars 2005, n° 03VE04557, Commune de Port Marly.

⁸⁸⁸ CE, 18 novembre 2011, n° 342642, Communauté de communes de Verdun.

⁸⁸⁹ B. DACOSTA, Conclusions sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, BJCP, n°59, p. 288.

⁸⁹⁰ CE, 18 décembre 1987, n°57303, Administration générale de l'Assistance publique à Paris.

réalisation, est atténuée par l'imprudence ou la négligence de l'association. Celle-ci s'est en effet investie « financièrement et artistiquement en l'absence de tout contrat écrit émanant de la ville ». Le fait que ses précédentes interventions au conservatoire municipal aient été payées sur la base de bons de commande établis postérieurement au déroulement de ses prestations n'a pas suffi à justifier de son imprudence. Si la Commune a été condamnée à réparer les trois quarts du préjudice subi par l'association, un tiers du montant réclamé a donc été laissé à la charge de l'association ⁸⁹¹.

Ainsi l'imprudence de l'entreprise qui a accepté d'exécuter des travaux avant que le contrat ne soit devenu définitif a été retenue pour limiter la responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité à hauteur de 25 %. En l'espèce les travaux litigieux avaient fait l'objet d'un avenant préparé par les services techniques de la commune, signé par la société et renvoyé à la collectivité. Toutefois la commune n'avait pas signé l'avenant lorsque les travaux ont été réalisés ⁸⁹².

De la même façon, la faute de la communauté urbaine de Bordeaux consistant à passer une convention ayant pour objet de payer des prestations déjà réalisées, a été atténuée par celle du demandeur qui a fourni « des prestations dans le cadre des travaux préparatoires de la concession du métro de Bordeaux, en dehors de toute relation contractuelle » ⁸⁹³.

En l'espèce, la faute du demandeur retenue, consistant à exécuter des prestations sans contrat, ne correspond pas totalement à celle de la personne publique relevée par le juge, à savoir la signature d'une convention de régularisation. Toutefois la réalisation d'études par la société avant la conclusion d'une convention, a pu conduire la collectivité à commettre cette illégalité. Le juge a donc pris en compte l'ensemble des fautes commises par les parties qui ont concouru à l'illégalité.

Au-delà de la simple imprudence d'un maître d'œuvre à réaliser des prestations sans contrat, le juge a également relevé la faute qu'il a commise, tenant au non respect du code des devoirs

⁸⁹¹ CAA Nancy, 28 septembre 2006, n° 05NC00205, Commune de Lons-le-Saunier.

⁸⁹² CAA Douai, 18 déc. 2003, n° 00DA00052, Société Colas ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 67, F. Olivier.

⁸⁹³ CE, 24 novembre 2006, n°268129, Me Frédérique A.

professionnels des architectes qui prévoit la signature d'un contrat écrit préalable, ainsi que l'avantage qu'il en retiré. Le demandeur ne pouvait donc ignorer l'irrégularité qui entache de telles prestations, fournies sans contrat préalable. De même l'absence de contrat a permis au maître d'œuvre de bénéficier d'une absence de mise en concurrence contraire aux règles du code des marchés publics. La gravité de ces fautes justifiait qu'il soit laissé à sa charge la moitié de l'indemnisation réclamée ⁸⁹⁴.

La violation des seuils de procédure prévus par le code de marchés peut donner lieu à un partage de responsabilités lorsque le cocontractant est en mesure d'apprécier leur dépassement.

L'entière responsabilité de la collectivité a été retenue dès lors qu'elle avait continué à commander des prestations de voyage alors que le seuil de 300 000 F alors applicable avait déjà été atteint au cours de l'année et que la société n'était pas « à l'époque des faits, en mesure d'apprécier ce dépassement » ⁸⁹⁵. Cette dernière ne pouvait être tenue même pour partie d'une situation qui résultait essentiellement d'un "défaut d'anticipation de ses propres besoins par l'acheteur public" ⁸⁹⁶. Le dépassement du seuil avait eu lieu en 1999. Il n'est pas certain que le juge retiendrait aujourd'hui la même solution. Alertées par les sanctions qu'encourt le dépassement des seuils de procédure, nombre d'entreprises ont été conduites à mettre en œuvre des procédures de contrôle interne permettant de vérifier le cumul des montants commandés. Sauf à constituer une petite structure dotée de faibles moyens, le demandeur a peu de chance d'obtenir l'indemnisation intégrale d'un tel préjudice.

La responsabilité quasi-délictuelle du conseil général de la Réunion a été engagée au motif qu'il n'avait pas pris, préalablement au lancement de la procédure, une délibération justifiant des motifs d'ordre technique ou esthétique qui permettaient de recourir à un appel d'offres avec concours pour la réalisation d'un collège, comme l'imposait la réglementation applicable

⁸⁹⁴ CAA Nancy, 10 janvier 2005, n° 98NC01686, Office public d'aménagement et de construction du département du Nord.

⁸⁹⁵ CAA Marseille, 30 mars 2004, n° 02MA00706, SA Carlson Wagon-lit Travel ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 137, F. Olivier.

⁸⁹⁶ S. HUL, Note sous CAA Marseille, 30 mars 2004, n° 02MA00706, SA Carlson Wagon-lit Travel A.J.D.A., n°30, 13 septembre 2004, p. 1649.

à l'époque des faits. Le Conseil d'Etat a considéré que la société, « en tant que professionnelle avertie » ne pouvait ignorer l'irrégularité entachant la procédure mise en oeuvre par le département pour laisser à la charge de la société la moitié des conséquences dommageables de la nullité du contrat ⁸⁹⁷.

Le partage de responsabilités opéré à hauteur de 50 % apparaît ici particulièrement sévère. Si le demandeur est un professionnel averti qui n'ignore pas les exigences liées à la procédure du concours, il appartient néanmoins à la collectivité de prendre la délibération justifiant des motifs de recours à cette procédure, tout comme elle accomplit les formalités liées au contrôle de légalité. L'arrêt ne relève pas l'avantage qu'aurait retiré la société de cette illégalité. Le groupement a été « déclaré attributaire » à l'issue d'une consultation dont le déroulement n'est nullement mis en cause. L'arrêt ne discute pas davantage des motifs justifiant du recours à cette procédure qui a permis de confier à un groupement d'entreprises la conception et la réalisation d'un collège.

L'atteinte portée au libre jeu de la concurrence, et notamment la violation du principe d'égalité des candidats, résultant de l'organisation d'une réunion d'information au cours de laquelle ont été révélées des informations qui ne figuraient au dossier de consultation « doit être regardée comme constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique ». Pour autant ce moyen s'est retourné contre la société requérante dès lors qu'elle a retiré un avantage de l'illégalité ainsi commise. En assistant à cette réunion, elle avait elle-même bénéficié des informations « ayant faussé la concurrence et favorisé son choix en qualité d'attributaire du marché ». Le juge a donc considéré « que le fait de la victime exonère partiellement le département de sa responsabilité » à hauteur de 25 % ⁸⁹⁸.

En n'indiquant pas la durée de la délégation du service de restauration collective dans l'avis d'appel public à la concurrence et le dossier de consultation ainsi qu'en la fixant ultérieurement à dix-huit années par entente directe avec le candidat retenu, la commune a engagé sa responsabilité quasi-délictuelle. Pour autant le délégataire a commis une faute en acceptant

⁸⁹⁷ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁸⁹⁸ CAA Marseille, 4 décembre 2006, n°04MA01042, SAS ONET.

une clause dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité au regard des dispositions en vigueur justifiant d'exonérer la commune de sa responsabilité à hauteur de 40 % ⁸⁹⁹.

Les grands principes qui régissent la commande publique et les contentieux auxquels elle a donné lieu ne permettent plus au cocontractant de prétendre qu'il ignorait l'obligation de mise en concurrence des prestations qui lui ont été confiées. Dès lors le partage de responsabilités opéré entre les parties laisse à la charge du prestataire une part de plus de plus importante du préjudice qu'il a subi en raison de l'annulation du contrat.

Le juge sera d'autant plus sévère que le demandeur est un professionnel « averti », ayant une parfaite connaissance du secteur concerné dans lequel il est spécialisé, disposant de services internes qui lui permettent d'appréhender la législation, même la plus récente, en matière de passation des contrats publics. La part de responsabilité de la société sera encore accrue lorsqu'elle a retiré un avantage en échappant aux règles de mise en concurrence et en exécutant des prestations qui ne garantissaient pas le meilleur rapport qualité – prix pour la collectivité.

Le défaut de concurrence est reproché pour la passation du contrat, la conclusion des éventuels avenants au contrat mais également le recours irrégulier à la procédure négociée. Dans le cadre de sa politique de démarchage, une société a proposé à un établissement hospitalier de signer un contrat, sans publicité ni mise en concurrence préalable, et ne mentionnant pas de prix. Si le centre hospitalier a commis une faute, sa responsabilité quasi-délictuelle a été totalement exonérée dès lors que la société qui n'ignorait pas les graves irrégularités entachant la validité du contrat a elle-même commis une faute « qui doit être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme la cause exclusive du dommage dont elle demande réparation » ⁹⁰⁰.

La faute du cocontractant a été également retenue, pour atténuer la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique lorsque la durée initiale du contrat a été prolongée, sans qu'aucune mise en concurrence prévue par les textes n'ait été organisée. La durée d'une concession de gestion de l'eau et de l'assainissement ayant été prolongée par la conclusion de

⁸⁹⁹ CAA Versailles, 16 octobre 2007, n° 05VE00167, Société Compass Group France.

⁹⁰⁰ CAA Nancy, 4 juin 2012, n° 10NC02028, Société CTR.

deux avenants, en l'absence de publication au JOUE d'un avis d'appel public à la concurrence, le juge a relevé que si la commune « avait, en principe, l'initiative de cet envoi, il résulte de l'instruction que la procédure de passation incriminée a été largement prise en charge par la Compagnie générale des Eaux ». Or « cette dernière, en sa qualité de professionnel de l'eau et de l'assainissement disposant nécessairement de moyens d'information importants, ne pouvait ignorer la législation, aussi récente fût-elle, concernant les mesures de publicité à respecter ». Dès lors il convenait de retenir la faute de la société pour « atténuer d'un tiers la responsabilité encourue par la commune »⁹⁰¹.

Le juge a encore sanctionné le comportement fautif d'une société qui ne pouvait ignorer l'irrégularité commise au regard de la nouvelle réglementation, qui allait bientôt s'imposer aux prestations auxquelles elle s'engageait. Deux ans avant le terme du contrat, un avenant conclu sans publicité ni mise en concurrence avait porté la durée de la convention de restauration collective de cinq à quinze ans. Si la commune intention des parties avait été de signer un contrat de délégation de service public, ce dernier constituait en réalité un marché public soumis aux procédures de passation prévues par le code des marchés publics, dès lors que « la rémunération de la société, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être considérée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ». Le juge a retenu la faute quasi-délictuelle de la commune à avoir signé un tel contrat mais également l'imprudence de la société qui « spécialisée dans le domaine de la restauration collective, dispose de larges connaissances de ce milieu ainsi que des dispositions en vigueur et de leur éventuelle évolution » ne pouvait ignorer l'irrégularité de l'avenant signé deux semaines avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin du 29 janvier 1993. Ainsi 80 % du montant du préjudice réclamé ont été laissés à la charge du demandeur⁹⁰².

Huit mois après l'entrée en vigueur de la loi Sapin et huit ans avant le terme du contrat initial, la commune avait conclu un avenant avec le délégataire chargé du service public de chauffage, tendant à étendre non seulement le périmètre géographique de l'affermage mais surtout à prolonger la durée du contrat, la portant de 30 à 46 ans, sans aucune publicité préalable. La responsabilité quasi-délictuelle de la ville engagée, le juge a considéré que la société ne pouvait « compte tenu de sa compétence et de son expérience, ignorer cette illégalité », « nonobstant le caractère récent d'une obligation qui s'imposait dans de telles circonstances

⁹⁰¹ CAA Marseille, 30 juillet 2007, n° 05MA02555, Commune de Menton.

⁹⁰² CAA Versailles, 14 juin 2012, n° 07VE00670, Société Avenance Enseignement et Santé.

en vertu de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 » mais surtout qu'elle était la seule à tirer un profit de cette illégalité. Si la commune avait « intérêt à modifier les conditions financières de ladite délégation », elle n'était nullement « bénéficiaire de l'absence de respect de l'obligation de mise en concurrence ». La faute ainsi commise constituant « la seule cause directe » de son préjudice, le juge a rejeté la demande d'indemnisation de la perte de bénéfice subie jusqu'au terme du contrat modifié ⁹⁰³.

Le recours irrégulier à la procédure négociée permet également d'échapper à une mise en concurrence. L'arrêt « Société Decaux » rendue par le Conseil d'Etat le 10 avril 2008 en fournit une parfaite illustration. La haute juridiction n'a pas manqué de sanctionner le comportement fautif de la société en exonérant totalement le département des Alpes maritimes de sa propre responsabilité. Revenant sur le partage de responsabilité opéré par les premiers juges à hauteur de 50 %, le Conseil d'Etat a considéré que « si le département a eu irrégulièrement recours à une procédure de marché négocié, ce qui a entraîné l'annulation du contrat, la société Decaux a elle-même commis une grave faute en se prêtant à la conclusion d'un marché dont, compte tenu de son expérience, elle ne pouvait ignorer l'illégalité » pour refuser toute indemnisation à la Société Decaux sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle ⁹⁰⁴.

Certains auteurs ont considéré que la position de la haute juridiction évoluait vers un durcissement tenant à la connaissance de l'irrégularité qui entache la procédure de passation. Or rien n'en est moins sûr, et ce pour trois raisons.

Cet arrêt est intervenu quelques mois après deux importantes décisions du Conseil d'Etat. L'arrêt « Tropic » du 29 juillet 2007 ouvrait la voie du recours en contestation de validité contre un contrat signé. Mais surtout l'arrêt « Tête » du 22 février 2008 venait de mettre fin aux incertitudes concernant les conséquences indemnitaires à donner aux fautes commises par le demandeur lors de la formation sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Les conclusions du commissaire du gouvernement DACOSTA, tiraient d'ailleurs toutes les conséquences de la jurisprudence « Tête » : « le bon équilibre de la construction

⁹⁰³ CAA Versailles, 28 avril 2011, n° 10VE01344, Société de distribution de chaleur de Cergy-Pontoise.

⁹⁰⁴ CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

jurisprudentielle (...) implique que la faute du cocontractant, si elle est en principe sans incidence sur l'engagement de la responsabilité quasi contractuelle de la collectivité, produise tous ses effets en ce qui concerne la responsabilité quasi-délictuelle. La théorie de l'enrichissement sans cause garantit à l'entrepreneur l'indemnisation de ses principaux frais ; sa faute caractérisée doit lui interdire de réclamer en outre l'indemnisation du manque à gagner »⁹⁰⁵.

Dès lors que les dépenses utilement exposées par la société Decaux étaient entièrement remboursées à la société sans que ses propres fautes aient été examinées, il paraissait parfaitement logique que le juge opère un partage de responsabilités sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle.

Or le comportement fautif de la société apparaissait à double titre. Tout d'abord elle ne pouvait ignorer l'irrégularité du recours à la procédure négociée sans mise en concurrence, lorsqu'elle a conclu le contrat litigieux en 1989. Le contrat de mobilier urbain qualifié de marché public depuis l'avis rendu par le conseil d'État en 1980 est par conséquent soumis au code des marchés publics⁹⁰⁶.

Les dispositions de l'article 312 bis du code alors applicable, prévoyaient de passer des marchés négociés sans mise en concurrence dans l'hypothèse où l'exécution ne peut être réalisée que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé et notamment, « lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur ou un seul fournisseur ». Or le Tribunal administratif de Strasbourg avait considéré dès 1987 que la détention « d'une licence d'exploitation d'un système d'affichage plus lisible que celui d'autres constructeurs ne justifiait pas le recours à la procédure » du marché négocié sans mise en concurrence⁹⁰⁷. L'illégalité du recours à une procédure négociée était donc parfaitement décelable par la société Decaux.

Ensuite la société avait tiré avantage à être désignée sans avoir été mise en concurrence avec les autres entreprises du secteur. Si le département a commis une faute de nature à engager sa

⁹⁰⁵ B. DACOSTA, Conclusions sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, BJCP, n°59, p. 288.

⁹⁰⁶ Avis rendu public n° 327449 de la section intérieure du Conseil d'État du 14 octobre 1980.

⁹⁰⁷ TA Strasbourg, 7 juillet 1987, Mme Bloch c. Ville de Strasbourg : RFDA 1988, p. 271.

responsabilité quasi-délictuelle, il n'avait pour sa part tiré aucun bénéfice « si ce n'est l'économie de dépenses administratives liées à l'absence de mise en concurrence ». En revanche il « avait été la première victime dès lors qu'il s'était privé de la possibilité de voir un autre soumissionnaire présenter une offre de meilleure qualité et/ou d'un moindre coût ⁹⁰⁸ ».

Ce faisant il ne s'agit pas seulement de prendre en compte la connaissance de l'illégalité mais l'avantage qu'en retire la société. La faute ainsi commise ne résultait donc pas d'une simple imprudence ou négligence. La Société Decaux avait donc pris « un risque dont elle doit assumer les conséquences ». Son comportement « est la cause directe de son préjudice ».

Qui plus est, si la société prétendait que son préjudice résultait de ce qu'elle avait commencé à exécuter les prestations le jour de la notification du marché, soit antérieurement à la transmission du contrat en préfecture, il « n'existe aucun lien de causalité entre l'annulation du contrat de mobilier urbain par le tribunal administratif de Nice » résultant d'une absence de mise en concurrence et cette circonstance, « laquelle n'était d'ailleurs pas de nature à affecter la validité du contrat. La notification du marché préalablement à la transmission du contrat en préfecture ne constituait donc pas une cause directe du préjudice invoqué.

Le Conseil d'Etat n'avait donc nullement fait preuve d'une position particulièrement dure en considérant que la faute « grave » de la société Decaux à conclure un marché selon une procédure négociée sans mise en concurrence dont elle ne pouvait ignorer l'irrégularité et avait retiré un avantage, constituait « la seule cause directe » de son préjudice résultant de la perte du bénéfice attendu du contrat, et ce « nonobstant la faute de la collectivité ». Il a permis que soit établi « un équilibre » entre les indemnisations accordées au titre des responsabilités quasi-contractuelle et quasi-délictuelle.

Au-delà de la connaissance de l'illégalité par le cocontractant, le juge examine également l'avantage tiré de l'absence de mise en concurrence, par chacune des parties. Le Conseil d'Etat a relevé que « la commune d'Annonay a eu irrégulièrement recours à une procédure négociée pour un marché de mobilier urbain pour une durée de douze ans, renouvelée par tacite reconduction pour neuf ans à son échéance, soit jusqu'en 2014 et dont la contrepartie

⁹⁰⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement sur CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux.

financière était supérieure au seuil prévu par l'article 309 du code des marchés publics et n'entraîne dans les prévisions d'aucune des exceptions prévues par le code des marchés publics, ce qui a entraîné la nullité du contrat. La haute juridiction a considéré que la société a elle-même commis une faute « grave ». Non seulement elle s'est prêtée à la conclusion d'un marché dont, « compte tenu de son expérience et du montant des recettes publicitaires qu'elle escomptait, elle ne pouvait ignorer l'illégalité » mais encore « cette illégalité s'est renouvelée à chaque prorogation tacite de la convention de 1991 à 2005 ». Par conséquent la société ne saurait obtenir aucune indemnité dès lors que sa propre faute constitue la seule cause directe de son préjudice, nonobstant celle commise par la collectivité ⁹⁰⁹.

Alors que la commune avait commis une double faute, en signant un contrat d'affermage pour l'exploitation d'un parc de stationnement avant sa transmission en préfecture et sans qu'aucune mise en concurrence n'ait été organisée, le juge a exonéré la responsabilité de la collectivité dès lors que la société n'ignorait pas les conséquences de l'illégalité commise tenant à une absence de mise en concurrence, tant en ce qui les avantages que les inconvénients, retirés par chaque partie. L'illégalité avait permis à la société de bénéficier de l'exploitation d'un parc de stationnement pendant vingt ans. En revanche la commune en avait subi les conséquences négatives, pour ses finances publiques ⁹¹⁰.

L'illégalité d'une clause contractuelle donne lieu également à un partage de responsabilités entre les parties sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, lorsque le demandeur ne l'ignorait pas.

Alors que l'office public d'HLM avait commis une faute en introduisant au contrat de cautionnement une clause en toute méconnaissance de la réglementation applicable, le juge a également retenu la faute de la caution qui avait consenti « sans s'inquiéter auprès de l'office des raisons qui l'incitaient à les lui proposer, des obligations supérieures à celles que les dispositions réglementaires l'eussent normalement conduite à souscrire » pour atténuer de moitié la responsabilité de l'office ⁹¹¹.

⁹⁰⁹ CAA Lyon, 5 novembre 2009, n° 08LY00767, Société Publi Essor.

⁹¹⁰ CAA Marseille, 4 juillet 2011, n° 10MA01064, Commune de Saint-Raphaël.

⁹¹¹ CE, 11 février 1972, n° 79402 79495, Office public d'habitations à loyer modéré du Calvados.

Le conseil d'Etat a encore accordé une indemnisation à hauteur de 75 % du préjudice subi par le Crédit du Nord résultant de la nullité d'un contrat de cautionnement portant également sur les avances consenties par un office public d'HLM sur les matériels. Toutefois en l'espèce le contrat ne précisait nullement ni la valeur des matériels apportés sur le chantier, ni la part de cette valeur garantie par la caution comme l'exigeaient les dispositions applicables au marché. De la même façon le juge a pris en compte la faute commise par l'établissement bancaire en signant un contrat « sans s'inquiéter auprès de l'office des raisons qui l'incitaient à proposer de telles stipulations » et en laissant « espérer à l'office qu'il se conformerait à son engagement »⁹¹².

La commune a engagé sa responsabilité quasi-délictuelle en confiant au concessionnaire des prestations qui « ne présentaient pas totalement un caractère d'intérêt communal et ne constituaient nullement le complément normal de sa mission principale et qu'elles soient à la fois d'intérêt général et utiles à la commune ». Toutefois la société requérante, qui ne pouvait ignorer le défaut de validité de ces clauses, a elle-même commis une faute à l'origine de la conclusion du contrat de nature à limiter l'indemnité due par la commune de Yerres à 50 % des bénéfices dont la société a été privée par la nullité du contrat⁹¹³.

En l'espèce les clauses du contrat de concession portant sur la construction d'une cuisine centrale et l'exploitation de restauration collective prévoyaient la fourniture d'un nombre de repas supérieur au double des besoins initialement estimés par la commune lors de la consultation ainsi que l'autorisation d'utiliser les locaux et matériels pour la préparation de repas destinée à d'autres collectivités publiques, associations ou toute personne morale ou physique.

Le juge procède ainsi à l'examen des avantages respectifs tirés de la méconnaissance des règles de la commande publique par chacune des parties, pour allouer une indemnité complémentaire au prestataire permettant de couvrir les dépenses non utiles à la collectivité

⁹¹² CE, 13 octobre 1972, n° 79499, Le Crédit du Nord.

⁹¹³ CAA Paris, 10 juillet 2003, n° 01PA02303, Société SOGERES.

publique, que l'entreprise a néanmoins supportées ainsi que la perte de bénéfice subie au titre des prestations exécutées au profit de l'administration.

§ 3. Les préjudices indemnisés au titre de la faute de la collectivité publique

Pour évaluer l'étendue du préjudice subi par le prestataire, le juge administratif prend en compte les sommes auxquelles l'entreprise était en droit de réclamer si le contrat avait été valide (A). Seront indemnisées sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, les dépenses exposées pour l'exécution des prestations qui sont considérées "non utiles" à la collectivité⁹¹⁴, ainsi les gains manqués, et notamment la perte de bénéfice⁹¹⁵ (B).

A. L'évaluation des charges ouvrant droit à indemnisation

Le préjudice subi par l'entreprise en raison de la faute commise par la personne publique, est indemnisé dans la limite du prix du marché⁹¹⁶. De sorte qu'est illégale la délibération du conseil municipal autorisant le maire à conclure une convention de transaction allouant aux anciens cocontractants une indemnité tendant à compenser les conséquences de l'annulation d'un montant supérieur au prix du marché⁹¹⁷.

Le montant de l'indemnité ne saurait pourtant se limiter au seul montant du marché. Cela aboutirait à nier la réalité des aléas rencontrés durant l'exécution du service rendu. Bien qu'elles n'aient pas été prévues au contrat initial, certaines prestations supplémentaires ont été effectuées, soit à la demande de la personne publique, soit parce qu'elles étaient indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage.

La limitation du droit à indemnisation sur le fondement quasi-délictuel signifie que le cocontractant ne peut obtenir plus, que ce qu'il était en droit de prétendre au titre de l'exécution du marché. Cette solution a été consacrée par la décision « Société Spie

⁹¹⁴ CE, 18 nov. 2011, n° 342642, Communauté de communes de Verdun.

⁹¹⁵ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté SPIE Batignolles.

⁹¹⁶ CE, 19 avril 1974, n° 82518, Société SEGRETTE ; CE, 23 mai 1979, n° 00063, Commune de Fontenay-le-Fleury.

⁹¹⁷ CE, 8 décembre 1995, n° 144029, Commune de Saint-Tropez ; AJDA 1996, p. 448, note V. Haim.

Batignolles », le conseil d'Etat ayant précisé qu'il y a lieu d'indemniser « dès lors qu'il résulte de l'instruction, (...) qu'elle aurait eu droit à l'indemnisation de tels surcoûts sur le fondement contractuel ⁹¹⁸.

L'explication en est simple, du moins en apparence, la faute commise par la collectivité ne doit « pas avoir pour effet de priver la société d'obtenir une indemnité contractuelle dont elle est fondée à demander l'équivalent sur le fondement quasi délictuel » ⁹¹⁹. Elle implique que le juge recherche si l'application des stipulations contractuelles permettait au cocontractant d'obtenir la réparation de tels frais, et le cas échéant, dans quelle proportion.

L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Lyon le 26 novembre 2009 fournit une illustration de ce que le juge procède à un examen précis des circonstances de l'espèce. Pour chacun des postes de préjudice invoqués par une entreprise de travaux chargée de la construction d'une unité de soins d'un établissement hospitalier, le juge a examiné quelle solution aurait été retenue « si le marché n'était pas entaché de nullité » ⁹²⁰.

Toutefois il s'agit nullement de ressusciter les clauses du contrat, mais d'apprécier dans quelle mesure la commune intention des parties, telle qu'elle ressort de l'examen des clauses du contrat, entendait indemniser ou non, les charges supportées pour exécuter les prestations qui avaient été commandées.

En signant un marché à prix global et forfaitaire, le titulaire s'était en effet engagé à mener à son terme la réalisation de l'ouvrage, sans pouvoir réclamer une quelconque indemnisation au titre d'une éventuelle augmentation du montant initial des travaux, résultant de sujétions techniques ou de l'insuffisance des quantités prévues au marché pour autant que celles-ci n'excèdent pas 10 % du montant contractuel des travaux ⁹²¹. Dès lors l'entreprise ne saurait prétendre, à la suite de l'annulation du marché, à l'indemnisation de frais liés à des sujétions rencontrées au cours du chantier alors même que les travaux supplémentaires réalisés à la suite des modifications apportées par le maître d'ouvrage lui ont été payés. Il lui sera en effet opposé « l'absence de préjudice dépassant son forfait de rémunération si le marché n'était pas

⁹¹⁸ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁹¹⁹ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société PYGMALION.

⁹²⁰ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société PYGMALION.

⁹²¹ CCAG Travaux, article 15.2.1.

entaché de nullité »⁹²². Le juge a donc recherché si la nullité du contrat avait privé l'ex cocontractant d'une rémunération supplémentaire qu'il aurait été en droit d'obtenir au titre de la responsabilité contractuelle de la personne publique.

Dans le cadre d'une délégation du service de restauration scolaire et municipale, l'ancien délégataire peut ainsi faire valoir le "bénéfice qu'il aurait perçu chaque année, durant la durée de d'exécution " du contrat. En l'espèce la convention initiale avait été conclue en 1990, pour une durée de cinq ans. Elle avait été ensuite prolongée de dix ans, soit jusqu'en 2005, par un avenant passé sans publicité et mise en concurrence, en toute méconnaissance des procédures de passation prévues par les textes. Le tribunal avait prononcé son annulation en 2004. Le conseil d'Etat a admis que le manque à gagner soit pris en compte au titre de "chacune (des quinze) années pendant lesquelles le contrat n'a pu être exécuté" et par conséquent, de prendre également en compte la période postérieure à l'annulation du contrat⁹²³.

Outre la difficulté d'établir le caractère direct et certain d'un tel préjudice, l'atteinte portée à la réputation commerciale du prestataire à la suite de l'annulation du contrat, ne saurait être indemnisée et ce, à double titre : aucune stipulation du contrat ne prévoit la réparation d'un tel dommage et son indemnisation aboutirait à dépasser le montant de la rémunération procurée à l'entreprise en exécution du contrat⁹²⁴

La responsabilité engagée sur le fondement de la faute de la personne publique ne permet donc pas de réparer intégralement le préjudice subi par l'entreprise, l'indemnisation restant limitée aux sommes qui auraient été allouées au titre de la responsabilité contractuelle, si le contrat avait été valide.

B. Les préjudices indemnisés

⁹²² CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société PYGMALION.

⁹²³ CE, 19 avril 2013, n° 361721, Société Elres.

⁹²⁴ CAA Marseille, 27 février 2012, n° 09MA01732, Société SPI Productions.

Le prestataire peut obtenir l'indemnisation des dépenses exposées qui n'ont pas été considérées utiles à la collectivité publique (1) ainsi que la marge bénéficiaire dont il a été privé en raison du défaut d'un contrat valide (2).

1. Les dépenses non utiles à la collectivité

La décision "Société SPIE" rendue le 26 mars 2008 par le conseil d'Etat a permis de préciser quelles sont les dépenses non utiles, susceptibles d'être indemnisées sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique ⁹²⁵. Elles correspondent aux surcoûts liés à l'allongement de la durée du chantier (a), aux charges supportées en raison des pénalités de retard qui ont été appliquées (b) ainsi que certains frais engagés au titre des prestations supplémentaires exécutées (c).

a. Les surcoûts liés à l'allongement de la durée du chantier

Durant l'allongement de la durée des travaux, l'entreprise peut avoir supporté des frais supplémentaires qu'elle n'avait pas intégrés dans son offre de prix, concernant le maintien à disposition sur le chantier des équipes et des matériels à la suite de modifications apportées au projet par le maître d'ouvrage, des retards pris dans la gestion administrative du chantier ou par les autres entreprises. Toutefois le juge administratif considère ceux-ci n'ouvrent droit à aucune indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la personne publique ⁹²⁶.

En revanche le Conseil d'Etat a admis qu'il y a lieu d'indemniser sur le terrain quasi-délictuel "le préjudice lié aux dépenses nées de l'allongement de la durée du chantier imputable au maître d'ouvrage dès lors qu'il résulte de l'instruction (...) que (l'entreprise) aurait eu droit à l'indemnisation de tels surcoûts sur le fondement contractuel ⁹²⁷.

⁹²⁵ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 93, G. ECKERT.

⁹²⁶ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁹²⁷ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

Il a été jugé que les frais supplémentaires d'encadrement et de main d'œuvre, d'immobilisation des matériels, d'énergie et de consommables ainsi que la part des frais généraux supportée par la société, pour la durée des travaux excédant celle prévue au contrat ouvrent droit à réparation ⁹²⁸.

Il en va notamment ainsi lorsque la société a dû engager des dépenses supplémentaires, de personnel et de matériel, pour pallier au retard pris par d'autres entreprises et respecter le calendrier contractuel des travaux ⁹²⁹.

Tel est encore le cas lorsque l'entreprise a supporté les coûts induits par la nécessité de rechercher de nouveaux sous-traitants à la suite d'une modification du calendrier des travaux. Si la durée initialement prévue pour les travaux de rénovation du lycée Chatelet de Douai avait été respectée, le calendrier contractuel des travaux de l'entreprise avait en revanche été bouleversé, ce qui avait entraîné la défection des entreprises de second œuvre initialement sélectionnées par la société requérante. Le juge a considéré que la recherche de nouveaux sous-traitants « a(vait) nécessité une procédure de consultation représentant un coût de 17 539,26 euros dont la société aurait pu demander à être indemnisée au titre de la responsabilité contractuelle de la région Nord/Pas-de-Calais » ⁹³⁰.

Lorsque les travaux n'ont pas démarré à la date initialement prévue, le juge accorde également une indemnité correspondant à l'actualisation du prix du marché, dans la mesure où "il résulte des pièces du contrat que l'entreprise aurait eu droit à une telle actualisation" ⁹³¹.

En revanche les frais engagés par l'entreprise, résultant du refus du maître d'ouvrage de procéder à la réception des travaux à la date initialement prévue, ne donnent lieu à aucune réparation lorsque l'entreprise est elle-même responsable de l'inachèvement des prestations commandées ⁹³².

⁹²⁸ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles ; CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁹²⁹ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁹³⁰ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁹³¹ CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse, par un raisonnement a contrario.

⁹³² CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société PYGMALION.

b. Les charges supportées au titre des pénalités de retard appliquées

La personne publique peut appliquer des pénalités de retard à l'entreprise, conformément aux clauses du contrat encore valide, sans avoir à établir le préjudice qui résulte pour elle du retard pris dans l'exécution des prestations.

Le contrat ayant été annulé, aucune pénalité de retard appliquée sur le fondement contractuel ne saurait être due à la personne publique, sauf à ce qu'elle justifie de son préjudice et l'oppose à la société afin qu'il soit pris en compte pour calculer l'indemnité allouée sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle ⁹³³.

Le juge vérifie alors que le retard invoqué par la collectivité est bel et bien imputable au demandeur. Tel ne saurait être le cas lorsque les modifications apportées au projet initial par le maître d'ouvrage ont conduit la société à ne pas respecter la date d'achèvement des travaux contractuellement prévue. Le montant des pénalités devra alors être réduit à proportion du nombre de jours de retard directement imputable au cocontractant ⁹³⁴.

La collectivité pourra néanmoins se plaindre de ce que le retard pris par l'entreprise dans l'achèvement des travaux lui a causé un préjudice, résultant de ce qu'elle a empêché d'exploiter l'ouvrage dans les conditions initialement prévues. Pour autant elle ne parviendra pas toujours à justifier du préjudice en résultant et devra indemniser le demandeur des sommes retenues au titre des pénalités appliquées ⁹³⁵.

c. De certains frais engagés au titre des prestations supplémentaires exécutées

La réalisation de travaux supplémentaires ouvre droit au remboursement des dépenses utilement exposées au profit de la collectivité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Toutefois les demandes présentées au titre des dépenses résultant de l'allongement des délais

⁹³³ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société PYGMALION.

⁹³⁴ CAA Lyon, 16 décembre 1999, n° 95LY00782, Commune de Serrières de Briord.

⁹³⁵ CAA Marseille, 11 juillet 2011, Société Générale Méditerranéenne de travaux.

d'exécution du chantier en résultant, des révisions des prix prévues au contrat ou des intérêts moratoires contractuels sur les travaux supplémentaires réalisés sont rejetées ⁹³⁶.

Le juge admet de les indemniser exclusivement sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle. Tel est le cas révisions de prix qui peuvent être appliquées sur les travaux supplémentaires dès lors que l'entreprise aurait eu droit à cette révision, si le contrat n'avait pas été annulé ⁹³⁷.

Mais encore il a été jugé que les prestations complémentaires réalisées au-delà du volume prévu au contrat, qui ont été indispensables pour répondre aux besoins des usagers, puissent être rémunérées sur la base des prix du marché, actualisés ⁹³⁸.

De plus les sommes dues au titre des travaux supplémentaires, pourront être assorties du paiement des intérêts moratoires contractuels dans la mesure où l'entreprise aurait eu droit à des telles sommes en exécution du contrat ⁹³⁹.

Le juge a également admis d'indemniser les charges de personnel exposées en raison des commandes supplémentaires de travaux qui ont été passées au cours du marché, lorsque l'entreprise avait établi la réalité de ce chef de préjudice ainsi que son droit à l'indemnisation de tels surcoûts si le marché n'avait pas été annulé ⁹⁴⁰.

2. La perte de gains

Le juge admet d'indemniser les gains que l'entreprise aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat, si celui-ci n'avait pas été annulé.

Pour réclamer l'indemnisation de la perte de son bénéfice, l'entreprise doit justifier du taux de marge bénéficiaire qu'elle escomptait retirer de l'exécution du marché. Aussi le juge sera-

⁹³⁶ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles.

⁹³⁷ CE, 26 mars 2008, n°270772, Société SPIE Batignolles ; CAA Douai, 20 octobre 2009, n° 07DA00376, Société Léon Grosse.

⁹³⁸ CAA Nancy, 21 juin 2010, n° 08NC01057, Communauté de communes de Verdun.

⁹³⁹ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté SPIE Batignolles.

⁹⁴⁰ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, SOCIETE PYGMALION.

t-il amené à examiner les clauses contractuelles relatives aux modalités de rémunération du titulaire et ce, alors même que le contrat a été annulé. C'est ainsi que le bénéficiaire indemnisé a été déterminé au regard notamment, de la clause de révision des tarifs de stationnement stipulée au contrat de concession d'un parc de stationnement ⁹⁴¹.

Autre exemple, dans le cadre d'une concession de restauration collective, la perte de bénéfice a été calculée par référence à la rémunération prévisionnelle prévue au contrat, soit 0,95 € par repas et au nombre de repas prévus par année, et en prenant en compte le nombre d'années restant jusqu'au terme de la concession ⁹⁴².

Pour autant, on peut penser que le juge refuserait de déterminer le montant de la perte de bénéfice sur la base des stipulations du contrat lorsque celles-ci induisent un taux de marge bénéficiaire excessif par rapport à ceux habituellement pratiqués dans le secteur concerné. A tout le moins, lorsque les stipulations du contrat ne permettent pas d'estimer valablement le bénéfice procuré par l'exécution du contrat, le juge peut évaluer la marge bénéficiaire du demandeur sur la base d'une expertise qui a retenu une réduction forfaitaire de 0,76 € sur le coût unitaire du repas, au regard des éléments fournis par un rapport d'audit comptable et par les différents rapports d'activité du concessionnaire ⁹⁴³.

La perte de bénéfice pourra même être réclamée au titre des prestations « prévues au marché mais non exécutées » ⁹⁴⁴.

Il a été également jugé que l'entreprise peut être indemnisée du gain manqué résultant d'un arriéré de révision de prix, prévue par les stipulations du contrat. Toutefois dans la mesure où le contrat a été annulé, le demandeur ne peut se contenter de demander l'application de la clause de révision prévue au contrat et doit établir la réalité de son préjudice. Tel est le cas lorsque l'entreprise démontre l'existence d'une hausse des prix de revient justifiant que lui soit versé un complément de rémunération ⁹⁴⁵.

⁹⁴¹ CAA Paris, 2 mars 2009, n° 06PA01969, MM. Jean Paul et Bruno X.

⁹⁴² CAA Versailles, 16 octobre 2007, n° 05VE00167, Société Compass Group France.

⁹⁴³ CAA Versailles, 14 juin 2012, n° 07VE00670, Société Avenance Enseignement et Santé.

⁹⁴⁴ CAA Versailles, 9 février 2010, n° 08VE00028, Société Uni-Vert Environnement.

⁹⁴⁵ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, SOCIETE PYGMALION.

Le juge administratif refuse en revanche d'indemniser au titre de la responsabilité quasi-délictuelle les frais financiers exposés pour l'exécution d'un marché public alors même qu'ils n'ont pas été sur le fondement de l'enrichissement sans cause de la personne publique ⁹⁴⁶.

Si l'ancien cocontractant est "en droit d'obtenir la réparation intégrale" du préjudice qu'il a subi en conséquence de la faute de la commune ⁹⁴⁷, le juge sera peu enclin à indemniser le gain manqué résultant d'une baisse du chiffre d'affaires subie à la suite de l'annulation du contrat. Une entreprise de travaux spécialisée dans l'aménagement paysager des voies publiques a invoqué les pertes financières induites par la nullité du marché. N'ayant pu enregistrer le chiffre d'affaires correspondant au montant du marché, l'agrément technique délivré par un organisme de normalisation avait été dégradé. Son degré de qualification « ramené de la classe 6 à 5 » ne lui permettait plus d'accéder à des chantiers d'aménagement paysager importants, ce qui avait induit une baisse globale de son activité. Le juge a considéré que la société ne justifiait pas de ce préjudice. Pour ce faire il a rappelé que la société avait parfaitement pu rechercher d'autres marchés après avoir été déliée de ses obligations contractuelles et ne démontrait nullement qu'elle ait été « écarté de certains d'entre eux en raison de la perte d'un échelon de sa qualification ». Il a également relevé que si l'entreprise avait réalisé après le prononcé de l'annulation du contrat, un chiffre d'affaires plus faible que la moyenne des cinq années précédentes, ce moyen ne suffisait à établir une baisse globale de son activité. Son chiffre d'affaires avait en effet fluctué de façon importante au cours des dernières années et celui réalisé postérieurement au prononcé de la nullité du marché, était comparable aux résultats enregistrés certaines années ⁹⁴⁸.

L'articulation des fondements de responsabilité, quasi-contractuelle et quasi-délictuelle, se comprend d'autant mieux que l'on rend compte de la façon dont le juge procède à l'examen de ces demandes indemnitaires. Le principe d'enrichissement sans cause tend principalement à rétablir l'équilibre rompu dans la relation de collaboration entre l'administration et ses prestataires, destinée à assurer le bon fonctionnement des services publics. L'indemnité en résultant est déterminée au regard des seules considérations liées à l'intérêt général. Des circonstances particulières, et somme toute assez rares, conduisent donc le juge à écarter toute indemnisation. Il en va ainsi lorsque le prestataire a recherché un avantage personnel en exécutant des prestations en l'absence de tout contrat dans l'espoir par exemple d'obtenir la

⁹⁴⁶ CE, 26 mars 2008, n° 270772, Sté SPIE Batignolles.

⁹⁴⁷ CAA DOUAI, 17 mars 2016, n° 14DA00291, SAS GE Capital Equipement Finance

⁹⁴⁸ CAA Versailles, 9 février 2010, n° 08VE00028, Société Uni-Vert Environnement.

concession future de l'ouvrage. Tel est également le cas lorsque les manœuvres de l'entreprise ont été de nature à vicier le consentement donné par l'administration.

La responsabilité quasi-délictuelle participera davantage à la moralisation de ces relations d'échange. Le juge apprécie en effet les avantages respectifs retirés de la méconnaissance des règles de la commande publique. Il évalue la part de bonne ou mauvaise foi de chacune des parties afin de déterminer le quantum des responsabilités. Une indemnité complémentaire peut être allouée afin de compenser intégralement les conséquences financières résultant de l'inexistence d'un contrat. L'anéantissement du contrat n'interdit pas de prendre en compte les conséquences juridiques que les parties avaient initialement recherchées, lorsqu'elles avaient accepté de collaborer.

Section 2. La réparation des désordres affectant l'ouvrage, imputables au concepteur et au constructeur

L'annulation du contrat entraîne sa disparition, pour l'avenir mais également pour le passé. Selon la formule consacrée, il n'a pu faire naître de droits et d'obligations entre les parties⁹⁴⁹. Si les parties sont censées remettre les choses en l'état, en procédant à la restitution des prestations fournies ou des sommes versées, ce principe ne peut jouer dans nombre de cas. La disparition des effets juridiques de l'accord passé, n'effacent nullement les conséquences liées à une mauvaise exécution des prestations.

La personne publique a généralement la possibilité de restituer au fournisseur les produits qui seraient défectueux. Dans la mesure où ils n'ont pas été utiles à la collectivité, aucune dépense correspondante n'est mise à la charge de la personne publique sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Pour le cas où le produit livré cause un dommage à une personne ou à un autre bien, le producteur est responsable du préjudice en résultant, "qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime"⁹⁵⁰. De même le juge écarte la demande de remboursement des dépenses utilement exposées pour l'exécution d'une prestation de service en raison de son inefficacité à répondre aux besoins des services de la commune⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable.

⁹⁵⁰ Code civil, article 1386-1 et suivant.

⁹⁵¹ CAA Douai, 17 janvier 2012, n° 10DA00799, SAS A-DLB INFORMATIQUE.

Une toute autre solution a été retenue concernant les désordres qui affectent l'ouvrage. Si la réalisation des travaux ouvrent droit en principe à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause, le juge a admis que le maître d'ouvrage puisse réclamer la réparation des dommages qui lui ont été causés dans l'exécution de ces travaux sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle du concepteur et du constructeur (§ 1).

L'examen des conditions de recevabilité de cette demande se rapporte principalement à l'existence d'un préjudice subi par le maître d'ouvrage résultant de ce que l'ouvrage n'est pas conforme à sa destination. Celui-ci est imputable à la faute commise par les sociétés qui ont réalisé les travaux en méconnaissance des règles de l'art (§ 2).

La réparation du préjudice implique de déterminer la part de responsabilité des différents intervenants au chantier afin de déterminer les sommes qui devront être mises à leur charge au titre des travaux de réparation des désordres ainsi que des autres frais induits par la survenance des désordres que le maître d'ouvrage a supportés (§ 3).

§ 1. La reconnaissance de la responsabilité des entreprises sur le fondement quasi-délictuel

La nullité du contrat emporte de lourdes conséquences lorsque des désordres affectent l'ouvrage livré. Le maître d'ouvrage ne peut plus rechercher la responsabilité contractuelle des sociétés. Il ne saurait davantage invoquer les garanties post-contractuelles de parfait achèvement et de bon fonctionnement, ou même la garantie décennale du maître d'œuvre ou de l'entreprise, en raison des malfaçons qui affectent l'ouvrage ⁹⁵².

La personne publique ne peut pas non plus, réclamer au cocontractant une quelconque indemnité au titre de la résiliation d'un contrat qu'il a prononcée aux frais et risques du titulaire, pour obtenir la réparation du coût des travaux réalisés pour remédier aux désordres affectant l'ouvrage ⁹⁵³.

⁹⁵² CE, 29 janvier 1982, n° 19926, M. X c. Commune de Moussy-le-Neuf.

⁹⁵³ CAA Douai, 22 décembre 2008, n°06DA01119, Mme Blandine X.

Le conseil d'Etat a néanmoins précisé que la nullité du contrat ne fait pas obstacle à ce que la personne publique demande réparation des préjudices qui ont pu lui être causés dans l'exécution des travaux en exerçant une action contre la société sur un fondement autre, que la responsabilité décennale ou contractuelle ⁹⁵⁴.

Il serait envisageable de tirer toutes les conséquences de la notion d'utilité générale des dépenses pour régler le sort des désordres affectant l'ouvrage sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Parce que "défaillantes", les prestations ne seraient pas considérées utiles à la collectivité ⁹⁵⁵.

Deux méthodes apparaissent possibles. Les dépenses exposées par l'entreprise pour la réalisation des travaux mal exécutés ne donneraient lieu à aucune indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Une telle solution impliquerait que le juge procède à l'analyse technique des solutions mises en œuvre par la société afin d'identifier précisément les prestations, les matériaux et quantités fournis à l'origine des désordres constatés qui ne sauraient être remboursés.

La seconde consisterait à déduire des dépenses engagées par le demandeur, les frais supportés par la collectivité pour remédier aux désordres. Le conseil d'Etat a d'ailleurs retenu cette solution pour indemniser le coût des travaux de mise aux normes en matière d'incendie et de passage des horodateurs à l'euro initialement prévus au contrat, auxquels la Ville de Montpellier a dû procéder sur les biens qui font retour à la collectivité, à la suite du prononcé de l'annulation de la concession de service public. Leur montant de travaux nécessaires a en effet été déduit des dépenses d'investissement non amorties exposées par le concessionnaire pour ces biens ⁹⁵⁶.

La prise en compte des malfaçons sur le terrain quasi-contractuel impliquerait nécessairement d'identifier les manquements commis dans l'exécution des travaux et de déterminer la part de responsabilité des différents intervenants au chantier. Elle supposerait également d'examiner que les prescriptions techniques prévues au marché n'ont pas elles-mêmes engendré les

⁹⁵⁴ CE, 29 janvier 1982, n° 19926, M. X.

⁹⁵⁵ N. SYMCHOWICZ et P. PROOT, *Développements jurisprudentiels récents autour de la nullité des contrats publics*, B.J.C.P., 2007, n°58, p. 163.

⁹⁵⁶ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM. A c. commune de Nogent-sur-Marne.

désordres affectant l'ouvrage. Un tel examen impliquerait de considérer les obligations contractuelles des différentes parties, qui sont privées d'effet.

Si le juge examine les différentes dépenses exposées par l'entreprise qui ont été, ou non, utiles à la collectivité, ses décisions ne rentrent généralement pas dans la discussion de l'utilité de la dépense engagée au regard de la qualité des travaux accomplis.

La Ville de Montpellier avait tenté d'invoquer l'enrichissement sans cause des constructeurs résultant des malfaçons affectant l'ouvrage livré, pour obtenir la réparation des infiltrations d'eau apparues à la suite de la construction du palais des congrès. Toutefois le conseil d'Etat a refusé toute indemnisation à la collectivité sur ce fondement dès lors que « la seule mise en évidence des malfaçons affectant l'ouvrage reçu » ne permettait de démontrer que les versements effectués aux entreprises pour la réalisation de l'ouvrage les avaient indûment enrichies ⁹⁵⁷.

Selon le Professeur LLORENS, l'action en enrichissement sans cause constitue dans ce cas "une voie de droit trop étroite". Elle impliquerait que le maître d'ouvrage parvienne "à établir que les fautes commises par les constructeurs ont consisté en des recherches d'économie qui les ont conduit à méconnaître les règles de l'art ⁹⁵⁸.

Qui plus est, les désordres constatés après que le juge ait procédé au règlement des comptes en tre les parties impliqueraient alors une nouvelle action.

C'est sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise que le juge a admis d'indemniser la personne publique du préjudice subi, résultant de la mauvaise exécution des travaux. Cette solution avait été retenue par le juge d'appel de la Cour de Nancy le 26 janvier 2006 afin d'indemniser les désordres affectant un terrain de football.

Pour contester l'indemnité mise à sa charge par le tribunal administratif au titre de sa responsabilité contractuelle, le maître d'œuvre avait soulevé l'irrégularité de la procédure de

⁹⁵⁷ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

⁹⁵⁸ F. LLORENS, note sur CAA Bordeaux, 26 oct. 2010, n° 09BX00397, GROUPAMA Centre Atlantique Assurance, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2011, comm. n°17.

passation du marché conclu avec la commune. La nullité du marché ayant été constatée par le juge d'appel, la commune ne pouvait plus obtenir la réparation des désordres sur le fondement des obligations contractuelles de son cocontractant. Toutefois le juge a considéré qu'« un maître d'ouvrage est recevable, après constatation par le juge de la nullité du marché le liant à un constructeur, à demander sur le nouveau fondement de la responsabilité quasi-délictuelle la réparation des préjudices qui ont pu lui être causés dans l'exécution des prestations et travaux concernés et invoquer, à cet effet, les fautes qu'aurait commises ce constructeur, en livrant en dehors de toute obligation contractuelle régulière mais contre paiement de ses prestations un ouvrage non conforme à sa destination pour avoir été construit en méconnaissance des règles de l'art ⁹⁵⁹.

La collectivité avait invoqué les différentes fautes commises dans l'exécution des prestations du maître d'œuvre : erreur dans la conception de l'ouvrage tenant à l'absence d'études préalables géotechniques et d'analyses des terres végétales, insuffisante direction et surveillance des travaux, absence d'observations critiques à l'égard des plans d'exécution des ouvrages et des spécifications techniques détaillées de l'entrepreneur. Le juge a retenu que le maître d'œuvre avait « méconnu ses obligations professionnelles et les règles de l'art » et l'a condamné à « réparer les conséquences dommageables liées aux désordres constatés », conjointement avec l'entreprise titulaire du marché de travaux.

Si aucune obligation contractuelle ne peut plus être opposée à la société, le respect des règles de l'art n'en constitue pas moins une obligation pour un professionnel. Lorsqu'il a réalisé des prestations, qu'il en a été payé, il est responsable des conséquences liées à leur mauvaise exécution lorsque cette dernière résulte du non respect des règles de son art.

L'année suivante, la Cour administrative d'appel de Douai a été saisie d'une demande reconventionnelle, tendant à la condamnation de l'entreprise au paiement de dommages et intérêts compensant le coût des travaux de remodelage de la plate-forme du chantier que la commune de Sangatte avait supportés à la suite de la réalisation des travaux de réaménagement d'une école. Le marché de travaux avait été annulé sur déféré préfectoral. Si

⁹⁵⁹ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n°00NC01239, 00NC01318, 00NC00585, M. Galand, Société Dormois et Commune de Bulgneville.

le juge a admis la recevabilité des nouvelles conclusions présentées par la collectivité, il a toutefois considéré que les travaux en cause n'étaient pas imputables à l'entreprise ⁹⁶⁰.

Par une décision rendue le 22 février 2008, le conseil d'Etat a consacré la possibilité pour le maître d'ouvrage d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du concepteur ou du constructeur pour obtenir « la réparation des préjudices qui ont pu lui être causés dans l'exécution des prestations et travaux » en raison des « fautes qu'aurait commises ce concepteur ou ce constructeur, en livrant, en dehors de toute obligation contractuelle régulière, un ouvrage non conforme à sa destination pour avoir été construit en méconnaissance des règles de l'art » ⁹⁶¹.

Lors de la réalisation de l'extension du premier aérogare de l'aéroport de Nice, la chambre de commerce et d'industrie des Alpes-Maritimes avait supporté des frais supplémentaires pour des travaux de renforcement de la structure du bâtiment rendus nécessaires à l'occasion de la pose définitive de la charpente. Les maîtres d'œuvre avaient été condamnés en première instance à indemniser la chambre de commerce du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité contractuelle. En appel, les marchés de maîtrise d'œuvre ont été annulés et la responsabilité contractuelle des architectes ne pouvait plus être recherchée.

La haute juridiction a toutefois admis d'examiner la demande d'indemnisation présentée par la chambre de commerce au titre des fautes commises par les architectes pour avoir conçu un ouvrage non conforme à sa destination. Les désordres affectant la charpente étaient « imputables à une faute du maître d'œuvre ». Celui-ci avait sous estimé la charge devant être suspendue à la toiture, n'avait pas renseigné le poids maximal des équipements dans le dossier de consultation des entreprises et n'avait proposé aucune solution alternative pour remédier à ces insuffisances. Des lors le juge a considéré que le maître d'œuvre qui a « méconnu leurs obligations professionnelles » engage sa responsabilité quasi-délictuelle à l'égard du maître d'ouvrage.

⁹⁶⁰ CAA Douai, 27 juillet 2007, n° 06DA01049, Société SAE.

⁹⁶¹ CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B (ou SCHMELTZ et ORSELLI).

La disparition des obligations contractuelles n'implique pas l'absence de toute obligation. Si l'entreprise cherche à se dégager de sa responsabilité contractuelle en invoquant la nullité du contrat, l'anéantissement du contrat ne lui permet pas d'échapper à toute responsabilité concernant les prestations ou les travaux qu'il a réalisés et pour lesquels il a été rétribué, soit au titre des sommes qui avaient été déjà versées en exécution du contrat, soit au regard de l'indemnité d'enrichissement sans cause allouée.

Il ne s'agit encore nullement de faire revivre le contrat et de ressusciter les obligations contractuelles du cocontractant mais de sanctionner le comportement fautif de l'entreprise qui a livré un ouvrage construit en méconnaissance des règles de l'art. Celles-ci doivent être respectées par l'entreprise « même sans contrat »⁹⁶².

Tel est du moins le raisonnement que proposait de suivre le commissaire du gouvernement Didier CASAS. Lorsque "la faute ne pouvant plus résider dans la mauvaise exécution du contrat, il faut la voir (...) dans une éventuelle méconnaissance des règles de l'art et des règles professionnelles"⁹⁶³.

Cette décision participe ainsi à la clarification des conséquences liées à la nullité du contrat, menée par le conseil d'Etat au cours de l'année 2008. Deux décisions rendues le 22 février ont consolidé les solutions qui permettent de régler les conséquences de l'annulation de celle-ci. Deux d'un contrat. Les fautes commises lors de la formation du contrat restent dans la plupart des cas, sans incidence sur le droit à indemnisation de l'ensemble des dépenses exposées qui ont été utiles à la collectivité. Les comportements fautifs des parties pourront toutefois être sanctionnés, la personne publique engageant en effet sa responsabilité sur le terrain quasi-délictuel lorsque qu'elle a commis une faute à l'origine de l'annulation du contrat⁹⁶⁴. De même le concepteur et le constructeur devront répondre de leurs fautes tenant à la mauvaise exécution de l'ouvrage livré.

§ 2. Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'ancien cocontractant

⁹⁶² CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

⁹⁶³ D. CASAS, Conclusions sur CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B, BJCP, n°58, juin 2008, p. 185.

⁹⁶⁴ CE, avril 2008, n°244950, Société Decaux.

L'assouplissement apporté aux règles de procédure par la jurisprudence "Citécable", vaut également pour le moyen tiré de la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise. La collectivité publique peut donc l'invoquer après que l'irrégularité entachant la validité du contrat ait été soulevée soit au cours de l'instance, soit même en appel, bien que ce moyen n'est pas d'ordre public et repose sur une cause juridique nouvelle ⁹⁶⁵.

Si la demande en réparation des désordres affectant l'ouvrage présentée sur le fondement de la responsabilité contractuelle est de nature à interrompre la prescription de cinq ans prévue pour les actions en responsabilité extracontractuelle ⁹⁶⁶, les conclusions présentées sur un terrain quasi-délictuel à la suite du prononcé de la nullité du contrat, au-delà de ce délai, restent recevables ⁹⁶⁷.

L'action en responsabilité quasi-délictuelle des constructeurs ne présente aucun caractère subsidiaire et le maître d'ouvrage peut d'ailleurs l'intenter sans avoir préalablement émis un titre de recettes afin de recouvrer la créance qu'il croit détenir sur l'entreprise en raison des désordres qui affectent l'ouvrage ⁹⁶⁸.

Les conditions de recevabilité de ce moyen tiennent principalement à l'existence du préjudice que le maître d'ouvrage a subi en raison des désordres qui affectent l'ouvrage (A) et du lien de causalité avec la faute commise dans l'exécution des prestations ou des travaux par le concepteur et le constructeur (B).

A. Le préjudice résultant d'un ouvrage non conforme à sa destination.

Le juge reconnaît l'existence du préjudice de la personne publique lorsque l'ouvrage livré n'est pas conforme à sa destination.

⁹⁶⁵ CE, 20 octobre 2000, Citécable, n°196553.

⁹⁶⁶ Code civil, article 2224.

⁹⁶⁷ CE, 29 décembre 2008, n°286102, Commune de Montpellier.

⁹⁶⁸ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 07LY00214, Société Elyo Centre Est Méditerranée - Suez Énergie Services ; CAA Marseille, 7 mars 2011, n° 08MA00677, Société Etablissements Cabrol Frères.

L'expression ainsi retenue par le juge, tenant à « un ouvrage non conforme à sa destination » est semblable à celle prévue à l'article 1792 du code civil concernant la responsabilité décennale. L'ouvrage non conforme paraît inadapté, inapproprié à son utilisation, tandis que son caractère « impropre » le rendrait davantage « inapte » ou « incapable » à remplir sa fonction.

Si aux termes de l'article 1792 du code civil ⁹⁶⁹, la responsabilité décennale est engagée s'agissant des dommages qui compromettent la solidité de l'ouvrage, notamment en raison d'un vice du sol, ou l'affectent dans l'un de ses éléments, constitutifs ou d'équipement, le juge administratif n'a pas défini de façon exhaustive la nature des désordres qui permettent d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du concepteur ou du constructeur.

Les conclusions de l'expertise ordonnée dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle afin de déterminer l'étendue et la nature des désordres, sont généralement prises en compte pour examiner la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise invoquée à la suite du prononcé de l'annulation du contrat ⁹⁷⁰.

La survenance des désordres est en effet indépendante de la question de la validité du contrat. Les malfaçons ont pour origine une mauvaise exécution des travaux, qu'ils aient été exécutés ou non dans le cadre d'un contrat valide.

Le juge n'opère aucune distinction entre le caractère « impropre » ou « non conforme » de l'ouvrage, lorsqu'il considère que les températures trop basses constatées l'hiver dans les salles de cours d'un lycée le rendent « impropre » à sa destination et sont de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle du maître d'œuvre ⁹⁷¹.

La responsabilité quasi-délictuelle des entreprises a été engagée lorsque les désordres affectaient tant la solidité de l'ouvrage que certains éléments propres ou d'équipement de l'ouvrage : l'insuffisance de la structure du bâtiment empêchant la pose définitive de la

⁹⁶⁹ Code civil, art. 1792 : La responsabilité décennale couvre les « dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ».

⁹⁷⁰ CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, BET Nicolas.

⁹⁷¹ CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, BET Nicolas.

charpente de l'extension de l'aérogare de Nice ⁹⁷², les fissures et infiltrations apparues dans la structure en béton dénommé « bache à eau », destinée à stocker de l'eau chaude et à conserver ainsi l'énergie destinée au chauffage du bâtiment ⁹⁷³, les infiltrations d'eau par la toiture engendrant des fissurations sur les murs extérieurs ainsi que les entrées d'eau par la porte d'accès principale du musée de Montpellier ⁹⁷⁴, les manifestations d'humidité par fissures, taches, sur les cloisons et façades ainsi qu'un défaut d'évacuation des siphons posés dans la cuisine d'un château communal ⁹⁷⁵, les descellements des dalles posées sur la place d'un marché ⁹⁷⁶, ou encore le manque de perméabilité de la terre végétale et le mauvais développement du gazon d'un terrain de football ⁹⁷⁷.

Le juge pourrait également admettre d'indemniser sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, le préjudice résultant du retard pris par les constructeurs dans l'achèvement de l'ouvrage. Il a en effet été jugé que si l'établissement hospitalier ne pouvait en aucun cas réclamer le montant des pénalités infligées sur le fondement des stipulations du contrat déclaré nul, il ne se « prévalait sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle de la requérante, d'aucun préjudice né du retard ayant affecté l'achèvement de l'ouvrage que lesdites pénalités avaient vocation à réparer forfaitairement » ⁹⁷⁸.

Si la nature des préjudices indemnisés au titre de la responsabilité décennale et quasi-délictuelle des constructeurs est semblable, il n'est pas possible de poursuivre la comparaison entre ces deux fondements de responsabilité dès lors qu'une faute est requise pour engager leur responsabilité lorsque l'annulation du contrat a été prononcée.

B. La faute tenant à un manquement aux règles de l'art

⁹⁷² CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

⁹⁷³ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

⁹⁷⁴ CAA Marseille, 7 mars 2011, n° 08MA00677, Société Etablissements Cabrol Frères.

⁹⁷⁵ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁹⁷⁶ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

⁹⁷⁷ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

⁹⁷⁸ CAA Lyon, 26 novembre 2009, n° 06LY00786, Société Pygmalion.

Dans le cadre de la garantie décennale, les constructeurs sont en effet responsables de plein droit de la totalité des désordres, alors même qu'ils n'ont commis aucune faute ⁹⁷⁹.

A l'instar de la responsabilité contractuelle, ou de celle encourue au titre de la garantie de parfait achèvement, le maître d'ouvrage doit établir la faute du concepteur et du constructeur dans l'exécution de travaux sans titre, pour obtenir la réparation des désordres affectant l'ouvrage.

Lorsque le maître d'ouvrage a établi le préjudice résultant des désordres qui rendent l'ouvrage non conforme à sa destination, il lui faudra encore déterminer précisément la nature et la cause des désordres pour démontrer la part de responsabilité imputable à chacun des intervenants à l'ouvrage. Cette étape nécessite dans la plupart des cas, de recourir à un expert.

Le juge ordonne soit d'office, soit sur la demande des parties, à ce qu'il soit procédé à une expertise et fixe le cadre de la mission confiée à l'expert. Elle consistera généralement à déterminer l'étendue et la cause des désordres invoqués par la personne publique, de même que les travaux de réparation nécessaires et leur chiffrage.

Dès lors que l'expert a notamment pour mission de "se rendre sur les lieux et décrire les différents désordres allégués", le défendeur ne saurait contester la régularité de l'expertise au motif que l'examen ne s'est pas limité aux seuls désordres énumérés par la collectivité et a été étendue aux autres malfaçons constatées par l'expert.

En revanche l'expert ne saurait se prononcer sur la qualification juridique des faits qui constitue une question de droit dont il appartient au seul juge de connaître. Si l'expert est chargé de déterminer la cause des désordres ainsi que la part de responsabilité imputable à chacun des intervenants au chantier, le juge appréciant souverainement les faits, peut être conduit à écarter la faute de l'un constructeur relevée dans le rapport d'expertise ⁹⁸⁰. La qualification juridique des faits constitue une question de droit dont il appartient au seul juge de connaître.

⁹⁷⁹ CAA Lyon, 8 avril 2010, n°08LY00698, Société Bertrand.

⁹⁸⁰ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

La personne publique ne saurait se contenter d'invoquer de simples manquements à la mission du cocontractant, elle doit en effet établir les malfaçons qui affectent l'ouvrage, ainsi que les règles de l'art qui ont été méconnues, pour démontrer la faute « précisément imputable » à l'entreprise. Ainsi la remise tardive des plans d'exécution des ouvrages, le surcoût de travaux supplémentaires réalisés à la suite des modifications apportées aux conditions d'exécution, ne permettent pas d'établir ni les malfaçons, ni la faute du maître d'œuvre ⁹⁸¹.

Les stipulations du contrat étant privées d'effet, le maître d'ouvrage doit établir la faute de chacun des membres du groupement d'entreprises et des entreprises sous-traitantes.

Le maître d'ouvrage ne peut pas invoquer la solidarité contractuelle du groupement pour obtenir la condamnation solidaire de l'un de ses membres et doit rapporter la preuve de la faute à l'origine des désordres, imputable à chaque membre. Ainsi la région n'a pu obtenir la condamnation du bureau technique, membre du groupement solidaire de maîtrise d'œuvre à raison des désordres survenus lors de la construction d'un lycée, aucune faute « dans l'exercice de sa mission propre » n'ayant pu être démontrée ⁹⁸².

Il appartient donc à la collectivité publique d'établir la faute propre à chaque membre du groupement, voire la « faute commune des hommes de l'art à l'origine des mêmes préjudices dont il demande réparation » ⁹⁸³.

De la même façon, le maître d'ouvrage devra rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant qui a commis une faute dans l'exécution des travaux sous-traités, dès lors que la société titulaire ne peut plus être tenue responsable des manquements de sa sous-traitante du fait de la nullité du marché. Si la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise titulaire du marché de travaux de réaménagement d'une rue principale est engagée, le juge relève néanmoins au titre du partage de responsabilités, la faute commise par la société sous-traitante

⁹⁸¹ CAA Lyon, 25 juin 2009, n° 06LY02399, Région Rhône-Alpes.

⁹⁸² CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, Bureau d'Etudes techniques Nicolas.

⁹⁸³ CAA Lyon, 25 juin 2009, n° 06LY02399, Région Rhône-Alpes.

pour exonérer l'entreprise principale d'un tiers de sa responsabilité, qui reste ainsi à la charge du maître d'ouvrage ⁹⁸⁴.

La faute quasi-délictuelle des constructeurs consiste à ne pas avoir respecté les règles de l'art. Elle reste fort logiquement, très semblable à celles invoquées dans le cadre de la responsabilité contractuelle des cocontractants. Comme le souligne le Professeur LLORENS, "dans bien des cas, la faute quasi-délictuelle et la faute contractuelle auront le même contenu" ⁹⁸⁵.

Il est généralement opposé au maître d'œuvre des erreurs de conception, résultant d'une insuffisance des études préalables, d'erreurs de calcul, ou tenant à un mauvais choix du procédé technique mis en œuvre ou du matériau utilisé. Ainsi des analyses de sol auraient-elles permis de "prévenir" le manque de perméabilité de la terre d'un terrain de football ⁹⁸⁶. La simplification « à l'excès » des études acoustiques réalisées par le maître d'œuvre a engendré des erreurs de conception, de calculs acoustiques et climatologiques ainsi qu'un défaut de conformité aux obligations du programme ⁹⁸⁷. Le maître d'œuvre a mal calculé le diamètre des canalisations nécessaire à l'évacuation des eaux. Le réseau d'eaux usées n'aurait pas été détérioré par le gel si une isolation thermique adaptée au sol avait été mise en œuvre ⁹⁸⁸. Le choix inapproprié d'un joint a engendré des fissures provoquées par les mouvements de retrait et de dilatations thermiques des dalles de granit ⁹⁸⁹. Les manifestations d'humidité proviennent en outre du choix d'un matériau inadapté pour l'installation des cloisons. De même le décollement des plinthes résulte d'un mauvais choix dans les matériaux ⁹⁹⁰. Le délai de plus d'un mois pris par le maître d'œuvre pour déterminer la nature des joints à poser sur le dallage a engendré une humidification du lit de pose du dallage ⁹⁹¹.

⁹⁸⁴ CAA Marseille, 16 juillet 2012, n° 09MA04494, Commune de Lamalou- Les –Bains.

⁹⁸⁵ F. LLORENS, Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public", CJEG n°592, novembre 2002, p. 587.

⁹⁸⁶ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

⁹⁸⁷ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

⁹⁸⁸ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁹⁸⁹ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

⁹⁹⁰ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁹⁹¹ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

La faute imputable au maître d'œuvre chargé d'une mission de suivi d'exécution des travaux consiste généralement en une insuffisante direction et surveillance des travaux ⁹⁹². Il n'a pas contrôlé la pose des siphons de sol qui mal posés, présentaient des défauts d'étanchéité ⁹⁹³. Il n'a pas davantage veillé au respect des délais d'exécution qui devaient permettre aux entreprises de réaliser en laboratoire les essais nécessaires à la vérification de l'étanchéité des matériaux fournis ⁹⁹⁴. Le maître d'œuvre « a omis de formuler à l'égard de l'entreprise les observations critiques que justifiaient les plans d'exécution des ouvrages et les spécifications techniques détaillées » dont elle avait la charge ⁹⁹⁵.

Il sera ensuite reproché au constructeur d'avoir mis en œuvre des procédés techniques inappropriés ou d'avoir mal réalisé les travaux. Ont été relevés l'insuffisance du diamètre des canalisations posées, l'absence d'isolation thermique adaptée au sol, l'utilisation de matériaux inappropriés à l'installation des cloisons ou à la pose des plinthes ainsi que la mauvaise pose des siphons de sol présentant des défauts d'étanchéité ⁹⁹⁶. De même la mauvaise réalisation des systèmes de manutention des équipements scéniques, les défauts d'isolation phonique, l'oubli de travaux d'aménagement, l'absence de mise en œuvre des prescriptions acoustiques ont été imputées aux entreprises ayant exécuté les travaux ⁹⁹⁷.

Aucune faute ne sera en revanche retenue à l'encontre de l'entreprise s'agissant des défauts affectant le matériel urbain posé dans le cadre de l'aménagement d'une rue principale, dès lors que l'entreprise « s'est bornée à installer ce matériel choisi par le maître d'œuvre et fabriqué par le fournisseur dudit matériel » ⁹⁹⁸.

Pour autant le juge examine la faute commise par les constructeurs « en dehors de toute obligation contractuelle régulière », au regard du seul respect des règles de l'art.

⁹⁹² CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

⁹⁹³ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁹⁹⁴ CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, BET Nicolas.

⁹⁹⁵ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

⁹⁹⁶ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

⁹⁹⁷ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

⁹⁹⁸ CAA Marseille, 16 juillet 2012, n° 09MA04494, Commune de Lamalou-Les-Bains.

Celles-ci correspondent à un ensemble de pratiques que les professionnels ne sauraient ignorer et doivent mettre en œuvre pour exécuter correctement un ouvrage, et qui évoluent en fonction des nouvelles techniques développées.

Leur respect s'impose aux concepteurs et aux constructeurs, qu'ils interviennent d'ailleurs ou non dans un cadre contractuel. L'article 1135 du code civil prévoit en effet que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Aussi l'étendue de l'obligation incombant à la société s'apprécie au regard de la volonté des parties mais également des règles de l'art. Le cocontractant peut s'obliger dans le cadre contractuel à une obligation de résultat. Si tel n'est pas le cas, le respect des règles de l'art s'impose toutefois à lui, telle une obligation de moyens.

Le juge administratif sanctionne en effet le titulaire en raison des fautes qu'il a commises en ne respectant ni les stipulations prévues au contrat, ni les règles de son art, sur le fondement de sa responsabilité contractuelle ⁹⁹⁹. Il en va notamment ainsi lorsqu'un cabinet d'expertise remet une étude concluant à la solidité du bâtiment et ce alors, que de graves désordres apparaissent peu après, en raison du mauvais état de la charpente. Le conseil d'Etat a ainsi considéré que si l'exécution de la prestation d'étude prenait normalement fin avec la remise de son rapport et le règlement de la prestation, la responsabilité du cabinet technique était engagée « à raison des erreurs ou des carences résultant d'un manquement aux diligences normales attendues d'un professionnel pour la mission qui lui était confiée » sur le fondement contractuel ¹⁰⁰⁰. Ce faisant on attend d'un prestataire qu'il réponde des manquements qu'il a commis à ses obligations professionnelles, qui dépassent le strict cadre des obligations contractuelles.

De même, les prestations supplémentaires non prévues au contrat donnent lieu à indemnisation lorsqu'elles « sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art » ¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ CE, 5 février 1988, n°35687, Ville de Paris.

¹⁰⁰⁰ CE, 9 avril 2010, n° 309662, Commune de Levallois-Perret.

¹⁰⁰¹ CE, 27 septembre 2006, n° 269925, Société GTM Construction.

Si le contrat prévoit un grand nombre d'obligations entre les parties, il ne précise généralement pas l'ensemble des procédés techniques à mettre en œuvre. Le recours à un professionnel suppose qu'il mette en œuvre les usages de son art et son savoir-faire pour réaliser les prestations confiées. Il commet notamment une faute lorsqu'il n'avertit pas le maître d'ouvrage de ce que les matériaux prévus ne sont pas adaptés ¹⁰⁰².

Si en l'absence de contrat valide, le maître d'ouvrage ne peut rechercher la responsabilité des constructeurs au titre de leurs obligations contractuelles, il peut invoquer leur méconnaissance des règles de l'art dans la mesure où ils ont exécuté des prestations contre paiement, à tout le moins ils ont été remboursés des dépenses utilement exposées pour les accomplir.

Il ne s'agit nullement de faire renaître les obligations auxquelles le cocontractant s'est obligé en concluant un contrat, mais de sanctionner au nom de l'équité, le comportement fautif du professionnel qui n'a pas respecté les règles de son art dans l'exécution des prestations qui lui ont déjà été payées ou ont donné lieu à une indemnité d'enrichissement sans cause, afin d'indemniser le maître d'ouvrage du préjudice subi à raison des désordres affectant l'ouvrage imputable au constructeur.

Les règles de l'art résultent notamment de textes réglementaires. Le conseil d'Etat a ainsi rappelé les obligations professionnelles auxquelles est soumis un contrôleur technique aux termes de l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation, qui lui impose de « contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages » ¹⁰⁰³.

Le juge se réfère également à des normes homologuées d'exécution technique, pour examiner les manquements des constructeurs aux règles de l'art. Il a ainsi retenu l'absence de faute imputable au maître d'œuvre dès lors que le mode de fixation des tôles d'acier de la couverture préconisé était conforme au Document Technique Unifié ¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² CAA Marseille, 17 décembre 2009, n° 07MA03896, Commune de Villeveyrac.

¹⁰⁰³ CE, 29 décembre 2008, n°286102, Commune de Montpellier.

¹⁰⁰⁴ CAA Marseille, 7 mars 2011, n° 08MA00677, Société Etablissements Cabrol Frères.

A l'inverse la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise de travaux a été engagée dès lors qu'elle n'a pas mis en place un système d'étanchéité sous carrelage qu'imposaient « les normes techniques », sans que le juge ne précise la nature de celles-ci ¹⁰⁰⁵.

Le conseil d'Etat a rappelé les limites de l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle. Les manquements de l'entreprise au respect de ses obligations contractuelles, ne constituent pas une faute de nature à engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'entreprise.

La responsabilité quasi-délictuelle du concessionnaire exploitant un parc de stationnement, ne pouvait être recherchée à raison de la faute consistant « à ne pas avoir procédé sur les ouvrages concédés aux travaux de mises aux normes en matière de sécurité incendie et de passage à l'euro » dès lors que ces obligations résultent des termes du contrat de concession déclaré nul. Sanctionnant la décision du juge d'appel, la haute juridiction a considéré que le coût des travaux ainsi réalisés sur les biens faisant retour à la personne publique, peut exclusivement être pris en compte sur le fondement de la responsabilité quasi-contractuelle dans l'évaluation des dépenses utiles, « en imputant tout ou partie de leur montant sur la valeur non amortie » de ces biens ¹⁰⁰⁶.

Le concessionnaire n'avait en effet commis aucun manquement aux règles de l'art ayant engendré un désordre affectant l'ouvrage. Il n'avait en revanche nullement fait réaliser les travaux de mises aux normes prévues au contrat sur les biens de retour. Dès lors les dépenses d'investissement exposées sur ces biens ne présentaient pas un caractère totalement utile pour la commune dans la mesure où elle avait dû supporter le coût de tels travaux pour utiliser les biens nécessaires à l'exploitation du service public.

§ 3. Les préjudices indemnisés à l'issue du partage de responsabilités opéré entre les différents intervenants au chantier

Le juge procède à un partage de responsabilités entre les différentes sociétés qui ont participé à l'exécution des travaux, mais également entre le défendeur et le maître d'ouvrage. Ce partage

¹⁰⁰⁵CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰⁰⁶ CE, 19 janvier 2011, n° 327557, MM Jean-Paul et Bruno A.

de responsabilités résulte tout d'abord de la condition de recevabilité de l'action tenant à la relation de cause à effet du préjudice subi et du fait imputable à la victime. Les manquements commis par les autres cocontractants ont pu en effet contribuer à la survenance des désordres qui affectent l'ouvrage. Le partage de responsabilité correspond ensuite à l'examen de la cause exonératoire de responsabilité liée au propre comportement fautif du demandeur (A).

L'indemnisation accordée au titre de la responsabilité quasi-délictuelle du concepteur et du constructeur permettra de couvrir le coût des travaux de reprise ainsi que les autres frais induits par la survenance des désordres (B).

A. Le partage de responsabilités opéré entre les sociétés, et au regard de la faute du maître d'ouvrage

Pour s'exonérer de sa responsabilité, le défendeur invoquera généralement les fautes commises par les autres intervenants à l'ouvrage, chargés soit de la conception, soit de la construction de l'ouvrage.

Le concepteur peut tenter d'établir que les désordres sont imputables à la seule mauvaise exécution des travaux ¹⁰⁰⁷.

Chacun des différents membres de l'équipe de maîtrise d'œuvre recherche la faute de l'autre dans la survenance des désordres. Ainsi la responsabilité du concepteur est en partie exonérée par la faute du cabinet chargé de la mission ordonnancement, pilotage et coordination, consistant à ne pas avoir contrôlé les délais et veillé à ce que l'entreprise réalise les essais en laboratoire sur les matériaux prototype installés ¹⁰⁰⁸.

La société chargée du contrôle technique peut s'exonérer de sa responsabilité en établissant le fait qu'elle ait averti le maître d'ouvrage sur la non-conformité des matériaux installés aux spécifications techniques du marché ¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁷ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰⁰⁸ CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, BET Nicolas.

¹⁰⁰⁹ CAA Lyon, 27 novembre 2008, n° 05LY00576, BET Nicolas.

Pour sa part, l'entreprise de travaux invoque la faute du maître d'œuvre à avoir pris du retard dans le choix du joint à poser sur les dalles ¹⁰¹⁰. Elle pourra également rechercher la responsabilité du fournisseur du mobilier urbain qu'elle s'est bornée à installer ¹⁰¹¹.

Il s'agit alors pour le juge d'arbitrer le débat et de prendre en compte les causes premières qui ont provoqué les désordres. Ainsi a-t-il rappelé que si la pose même du carrelage a été faite dans les règles de l'art, les désordres proviennent de ce que ni le maître d'œuvre, ni l'entreprise, n'a prévu ou réalisé un système d'étanchéité, comme les normes techniques l'imposaient ¹⁰¹².

Le juge opère également un partage de responsabilités entre l'entreprise principale et sa sous-traitante. Il examine les fautes commises par la société sous-traitante dans l'exécution des travaux, pour exonérer au moins partiellement la responsabilité de l'ancien titulaire, ce dernier n'étant « plus du fait de la nullité du marché de travaux responsable de la mauvaise exécution des travaux par son sous-traitant ».

Alors que la responsabilité de l'entreprise principale a été exonérée d'un tiers par la faute de son sous-traitant, la commune qui n'avait nullement invoqué la responsabilité de la société sous-traitante n'a donc pu obtenir l'indemnisation de la part du préjudice imputable à celle-ci ¹⁰¹³.

Il en va différemment lorsque l'entreprise principale appelle en garantie la société sous-traitante. Le juge condamne alors cette dernière à supporter la part du préjudice qui lui est imputable « du fait des manquements aux règles de l'art qu'elle a commis »¹⁰¹⁴.

Pour atténuer sa responsabilité, la société invoque également les agissements fautifs du maître d'ouvrage, et notamment lorsque ce dernier a participé à la conception de l'ouvrage.

¹⁰¹⁰ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰¹¹ CAA Marseille, 16 juillet 2012, n° 09MA04494, Commune de Lamalou - Les -Bains.

¹⁰¹² CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰¹³ CAA Marseille, 16 juillet 2012, n° 09MA04494, Commune de Lamalou- Les -Bains.

¹⁰¹⁴ CAA Marseille, 7 mars 2011, n° 08MA00677, Société Etablissements Cabrol Frères.

Alors que sa responsabilité quasi-délictuelle était recherchée en raison des désordres qui affectaient le dallage réalisé dans le cadre d'une opération d'aménagement de la place du marché, le maître d'œuvre a demandé le partage de sa responsabilité à part égale avec la commune dès lors qu'elle avait exercé conjointement la maîtrise d'œuvre. Il a également critiqué la pression de lavage utilisée par les services de la commune pour le nettoyage de la place qui avait entraîné la détérioration des joints. Toutefois le juge a refusé d'imputer à la commune une part de responsabilités dès lors que les comptes rendus de chantier révélaient que les services techniques de la ville n'étaient « intervenus que dans les travaux antérieurs à la phase de dallage et avaient préconisé la mise en place de joints de dilatation non prévus par la norme applicable mais rendus nécessaires par l'ampleur de la place, solution que le maître d'œuvre avait refusée. Il a aussi considéré qu'aucune faute ne résultait de l'«entretien de l'ouvrage non conforme aux préconisations ».

La responsabilité de la commune a été en revanche retenue dans la mesure où elle avait agi en qualité de maître d'œuvre et avait fait un choix technique inapproprié, d'ailleurs contraire aux préconisations du contrôleur technique, justifiant qu'il soit laissé à sa charge 60 % des frais de réparation des désordres affectant l'ouvrage ¹⁰¹⁵.

B. Les préjudices indemnisés

Le maître d'ouvrage peut obtenir « la réparation des préjudices qui ont pu lui être causés dans l'exécution des prestations et travaux » réalisés en vertu d'un contrat dont le juge a prononcé l'annulation ¹⁰¹⁶. Dès lors le concepteur et le constructeur doivent l'indemniser de l'ensemble des frais qui résultent de la livraison d'un ouvrage non conforme à sa destination. Ils correspondent au remboursement principalement du coût des travaux de réparation des désordres mais également des dépenses induites par les malfaçons, comme les travaux de reprise provisoire, les frais d'expertise.

La personne publique a droit au remboursement du coût des travaux nécessaires à la réparation des désordres constatés par le juge, généralement sur la base de l'expertise ordonnée.

¹⁰¹⁵ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰¹⁶ CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B.

Ceux-ci correspondent aux travaux qui doivent être réalisés non seulement pour réparer les désordres apparents mais également pour remédier définitivement à la cause de ces malfaçons.

Ils ne se limitent donc pas seulement à « une simple intervention sur les fuites d'eau et sections de canalisations insuffisantes » mais doivent remédier à la malfaçon résultant de l'absence d'étanchéité du carrelage, qui a provoqué l'humidité des cloisons et les fissures sur les façades. Peu importe que ces travaux n'aient pas initialement été prévus au contrat, dès lors qu'ils correspondent « aux réparations nécessaires en conformité avec les règles de l'art », ils ne sauraient donc être « regardés comme une amélioration de l'ouvrage devant rester à la charge de la commune »¹⁰¹⁷.

Les dommages doivent être évalués à la date à laquelle leur cause a pris fin et lorsque leur étendue est connue. La nature et l'étendue des travaux sont ainsi déterminées en prenant en compte l'évolution des désordres. Les travaux doivent en effet réparer « dans leur totalité les désordres ayant un caractère évolutif inéluctable ». S'agissant de descellements, soulèvements et déstabilisations du dallage réalisé sur la place du marché, la réfection ne se limite à la seule surface du dallage affectée par les désordres mais doit concerner l'ensemble de la surface de l'ouvrage, dès lors que « les infiltrations d'eau dans le lit de pose vont se diffuser sous la dalle en raison du cheminement des eaux infiltrées dans le sable stabilisé »¹⁰¹⁸.

Si les travaux de reprise représentent un coût supérieur à celui initialement prévu au contrat, le montant de la réfection ne s'apprécie pas par rapport à l'ouvrage tel qu'il a été construit mais par rapport à l'ouvrage tel qu'il aurait dû être conçu¹⁰¹⁹.

Le juge admet de fixer le montant des travaux de réfection sur la base du devis établi par une entreprise dans le cadre d'une expertise¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰¹⁸ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰¹⁹ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰²⁰ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

La collectivité pourra procéder aux travaux de réparation dès que l'évaluation des dommages a été faite. Celle-ci peut correspondre à celle du dépôt du rapport d'expertise. Toutefois la commune ne saurait réclamer l'actualisation du coût des travaux de réfection lorsqu'elle ne les pas fait réaliser rapidement et dans la mesure où elle « ne justifie pas avoir été à cette date dans l'impossibilité absolue de financer les travaux, ni avoir rencontré des difficultés techniques majeures pour les réaliser »¹⁰²¹.

Les travaux de réfection comprenant généralement la taxe sur la valeur ajoutée, cette dernière constitue un « élément indissociable du coût des travaux » et devra être payée à l'entreprise, à moins que le maître d'ouvrage ne relève d'un régime fiscal lui permettant de déduire tout ou partie de cette taxe de celle qu'il a perçues à raison de ses propres opérations.

Il n'appartient nullement au juge de rechercher si la collectivité justifiait n'être pas susceptible de déduire cette taxe¹⁰²², mais au constructeur mis en cause d'apporter au juge tout élément de nature à remettre en cause la présomption de non assujettissement des collectivités territoriales à la taxe sur la valeur ajoutée pour réclamer que le montant de celle-ci ne soit pas inclus dans le montant du préjudice indemnisable¹⁰²³.

Le juge admet également d'indemniser les travaux de reprise provisoire effectués sur l'ouvrage dans la mesure où la collectivité justifie que la dépense a été rendue nécessaire par les désordres constatés ainsi que de leur coût.

L'obligation de réaliser "ponctuellement" de tels travaux peut ainsi résulter « du risque certain d'accident » encouru en raison des désordres qui affectant le dallage de la place de marché¹⁰²⁴.

¹⁰²¹ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰²² CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

¹⁰²³ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰²⁴ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

Au-delà des coûts de réparation et de conservation de l'ouvrage, le juge admet d'indemniser d'autres frais induits par la survenance des désordres.

Ainsi les dépenses supportées par la commune au titre des pertes en eau et en énergie, résultant de la fuite de l'installation de chauffage ont été remboursées ¹⁰²⁵. De même les factures correspondant à des prestations de nettoyage du bâtiment ont été indemnisées ¹⁰²⁶.

Les frais de l'expertise ordonnée par le juge afin de déterminer l'étendue et l'origine des désordres ainsi que les travaux de réfection pour y remédier, sont mis à la charge des constructeurs dans la mesure où leur responsabilité quasi-délictuelle est engagée à raison des désordres qui rendent l'ouvrage non conforme à sa destination.

La personne publique peut être indemnisée des autres frais exposés à la suite des désordres, tant pour l'établissement d'un constat d'huissier nécessaire à l'identification des désordres que pour le recours à un cabinet d'expertise technique afin de diagnostiquer les désordres, leur étendue ainsi que les travaux rendus nécessaires par la réfection de l'ouvrage, pour autant qu'elle en justifie la nécessité et le montant ¹⁰²⁷.

La liquidation de ces frais pourra être contestée dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'ordonnance, devant la juridiction de son auteur. L'entreprise n'est en revanche pas recevable à la contester pour la première devant le juge d'appel ¹⁰²⁸.

Les différentes sommes auxquelles sont condamnés les constructeurs au titre des travaux de réparation donnent lieu au paiement d'intérêts au taux légal, à compter de la date à laquelle l'indemnisation des désordres affectant l'ouvrage a été réclamée ¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

¹⁰²⁶ CE, 29 décembre 2008, n° 286102, Commune de Montpellier.

¹⁰²⁷ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

¹⁰²⁸ CAA Marseille, 16 avril 2012, n° 09MA04634, M. Alain A c. commune de La Pomarède.

¹⁰²⁹ CAA Nancy, 26 janvier 2006, n° 00NC01239, M. X.

S'agissant des frais réglés au titre des travaux de réfection provisoire et des honoraires d'expertise ou de constat d'huissier, les intérêts de droit sont dus à compter du jour de leur paiement ¹⁰³⁰.

En reconnaissant la responsabilité quasi-délictuelle des concepteurs et des constructeurs au titre des manquements aux règles de l'art, pour réparer le dommage causé au maître d'ouvrage du fait des désordres qui affectent l'ouvrage livré, les juridictions administratives achevaient la construction d'un système de responsabilités permettant de régler les conséquences financières résultant de l'annulation du contrat.

¹⁰³⁰ CAA Paris, 4 août 2008, n°05PA03820, Commune de Vitry-sur-Seine.

CONCLUSION

La notion d'enrichissement sans cause demeure une notion r tive à la théorisation. Bâtie sur des éléments hétéroclites, elle combine ceux de responsabilité délictuelle et contractuelle en principe, distincts. Empirique certes, elle n'en demeure pas moins pragmatique, et illustre ces notions dont le juriste peine à reconstituer l'unité, mais que le système juridique, mieux vaudrait parler de pouvoir prétorien, a crée au fil des contentieux à traiter.

Au final, l'enrichissement n'a pas seulement contribué au règlement indemnitaire des situations péri-contractuelles, il l'a garanti de façon à sécuriser les relations de collaboration de l'administration et des prestataires qui sont associés à l'accomplissement des services rendus à la population.

Il ne saurait trouver à s'appliquer aux situations de déséquilibre résultant d'un ordre unilatéralement donné par l'autorité administrative, lorsque celle-ci doit faire face à une situation exceptionnelle et requiert les services d'un particulier ou d'une entreprise. Ce mode d'action reposant sur la contrainte, l'ordre juridique a prévu les dispositions légales permettant d'encadrer ce pouvoir de puissance publique, ainsi que les modalités de la rétribution accordée. Dans le cas où la personne requise n'obtient aucune contrepartie pour le service rendu, elle pourra toujours rechercher la responsabilité extracontractuelle de la personne publique sur le fondement de ces dispositions.

Lorsque la violation des règles édictées afin de protéger les intérêts publics, révèle que la personne publique n'a pas été en mesure de s'engager en toute connaissance des conditions d'exécution des prestations qu'elle entendait confiées au prestataire, un problème d'apparence insoluble devait être traité. Le juge administratif a imaginé une solution dans laquelle la validité du contrat n'est désormais plus seulement appréciée au regard de la légalité de l'accord passé, mais de la gravité de l'irrégularité, des circonstances dans lesquelles elle a été commise

ainsi que des conséquences qu'elle emporte sur les conditions d'exécution des prestations. Le contrat qu'on pensait avoir été conclu ayant été déclaré nul, le déséquilibre entre les situations des parties ne peut plus alors être réglé que sur le terrain extracontractuel. Le juge administratif a fait le choix de ne pas retenir les fondements classiques de responsabilité extracontractuelle pour connaître des dommages résultant de l'inexistence du lien contractuel. On voit nettement que la responsabilité résulte de la faute de la personne publique qui n'a pas respecté la réglementation applicable en matière de commande publique, mais le juge préfère l'estomper en affirmant simplement l'existence d'un préjudice anormal et spécial subi par le prestataire qui caractériserait une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Cependant la solution imaginée ne parvient pas à masquer totalement la responsabilité pour faute. Celle-ci ressurgit, mais appliquée au cocontractant de l'administration. La jurisprudence constante considère que la propre faute de l'entreprise qui a accepté de réaliser des prestations en l'absence de contrat ou de signer un contrat entaché d'illégalité est susceptible d'exonérer à tout le moins, partiellement la responsabilité de l'administration. En pareil cas, si la faute était particulièrement grave, le cocontractant de l'administration pourrait perdre tout droit à remboursement des dépenses qu'il a exposées pour rendre un service utile à la collectivité.

Inversement, à défaut de faute du cocontractant, l'administration devra une indemnisation intégrale des dépenses effectuées dans le cadre d'un contrat qui n'a jamais existé. De sorte qu'on peut considérer que les modalités d'indemnisation de la responsabilité extracontractuelle ne garantissent nullement la préservation des deniers publics, en prévoyant la réparation intégrale des dommages causés au justiciable. Comme, si un véritable contrat avait existé...

Il faut dire et affirmer qu'à défaut de voie de droit applicable à la situation d'appauvrissement du prestataire, le juge administratif a finalement élaboré une solution juridique équitable. Celle-ci repose sur la conciliation de deux objectifs. D'une part, elle est fondée sur un principe de justice élémentaire selon lequel nul ne saurait s'enrichir aux dépens d'autrui afin de garantir les divers intérêts en présence, et d'autre part, il fallait préserver l'intérêt général contre les risques de dérives que présentait l'indemnisation systématique du pseudo cocontractant.

Cet intérêt général qui surplombe tout le droit administratif mérite quelques observations conclusives. En l'occurrence, il est nécessaire que les prestations dont l'administration peut avoir besoin pour fonctionner lui soient livrées. Mais, il est également nécessaire de préserver les deniers publics. La solution élégante a consisté à n'indemniser que les seules dépenses dont l'utilité à la collectivité aura pu être démontrée. De plus, afin d'éviter les dérives et immixtions fautives la personne publique ne saurait supporter la charge de dépenses qu'elle n'a pas décidées. Le juge a donc soumis l'indemnisation des prestations réalisées à l'assentiment de l'administration. Une solution ne va pas sans rappeler celle qui s'applique classiquement au collaborateur occasionnel, et qui, au final, ne surprend pas.

L'intérêt général implique également d'assurer la continuité des services rendus à la population et par suite, de sécuriser les relations de collaboration de la personne publique avec ses prestataires. Or un régime trop strict refusant toute indemnisation nuirait à cette continuité, plus aucun cocontractant n'acceptant d'intervenir tant qu'un contrat en bonne et due forme n'a pas été passé. De ce point de vue, l'enrichissement sans cause permet de préserver les intérêts du prestataire en lui garantissant à tout le moins, le remboursement de l'ensemble des dépenses qui ont été utiles à la collectivité. Si l'on passe sous silence la référence à la faute du cocontractant au moment de la détermination de l'indemnisation, ceci pourrait conduire à considérer que l'enrichissement sans cause constitue une responsabilité objective qui n'emporte pas de jugement de valeur sur le comportement des parties. Dans la mesure où la personne publique a donné son accord pour que des prestations lui soient délivrées et ne s'est pas opposée à leur exécution, il serait injuste de priver le prestataire d'une part des dépenses qu'il a utilement exposées au profit de l'administration du fait qu'il ait commis une faute en acceptant d'effectuer ce service en l'absence d'un contrat régulièrement conclu, alors même que la personne publique a elle-même commis cette faute.

Toutefois le bénéfice que l'entreprise escomptait réaliser en exécutant les prestations demandées ne constitue nullement une dépense, qui plus est utile à la collectivité. Dans les cas où l'inexistence du contrat ne résulterait que de la seule faute de l'administration, l'entreprise se trouverait privée de toute rémunération au titre du travail qu'il a fourni. C'est pourquoi le juge a prévu que la responsabilité pour faute de la personne publique puisse être engagée afin d'indemniser la perte de bénéfice dont l'entreprise a été privée du fait de l'annulation du contrat. A ce moment-là, un partage de responsabilités peut être opéré au titre de la faute propre de l'entreprise.

Bien entendu l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique présente un caractère subsidiaire par rapport à l'enrichissement sans cause. Elle ne saurait être invoquée lorsque le montant de l'indemnité d'enrichissement sans cause excède celui de la rémunération que l'entreprise aurait été droit d'obtenir au titre de l'exécution du contrat, si celui-ci n'avait pas été annulé. Cela impliquera de prendre en compte les sommes dues au cocontractant en raison des charges supplémentaires qu'il aurait engagées à la suite de modifications de projet apportées par la personne publique, de sujétions imprévues, et en raison des travaux, qui bien que non prévus au contrat ont été néanmoins indispensables au bon achèvement de l'ouvrage. Autant d'aléas qui ont pu également être considérés pour déterminer le montant de l'indemnité due au titre des dépenses utiles à la collectivité. Cette combinaison originale des deux fondements de responsabilité, soit quasi-contractuelle, soit quasi-délictuelle, a permis d'éviter que le prestataire ne puisse bénéficier d'un avantage injustifié au titre du service rendu à la collectivité.

Si l'on devait tenter une dernière synthèse, il serait possible de conclure que la solution juridique élaborée par le juge pour réparer les dommages causés par l'inexistence d'un contrat apparaît en définitive comme un système de responsabilité "péri-contractuelle".

Dès lors que les parties ont librement accepté de collaborer et avaient entendu déterminer leur propre loi, leur différend sera réglé en prenant en compte les engagements qu'elles avaient pris et ce, de façon à maintenir l'équilibre de leur relation. Le tout sans qu'il y ait contrat au sens juridique du terme.

Un parallèle sans doute audacieux pourrait être trouvé avec l'évolution des sciences exactes qui n'hésitent plus à déduire l'existence d'un objet juridique à partir des seules perturbations des lois scientifiques établies. On songe ici, à la remise en cause de la physique classique par la théorie de la réalité. Tout se passe en définitive comme si, l'analyse juridique révélait en deçà de la notion de contrat, l'existence d'engagements bilatéraux informels, inqualifiables juridiquement, dès lors qu'ils ne peuvent prétendre au statut contractuel, ce qui n'interdit nullement au juge de leur conférer des effets juridiques indemnitaires lorsqu'ils sont rompus. De ce point de vue, l'enrichissement sans cause dévoile sans doute une des faces cachées

d'une notion peu étudiée par la doctrine publiciste, à savoir le statut de la promesse en droit administratif.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne regroupe qu'une partie des ouvrages et travaux consultés.

OUVRAGES

- BERGEAL C. et F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, 2e éd., Ed. Le Moniteur, 2010.
- BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, PUF, Coll. Thémis, 1995.
- CARBONNIER J., *Droit civil - Les obligations*, 27e éd., PUF, Coll. « Thémis. Droit privé », 2004.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, 10e éd., Montchrestien, 1997.
- DARCY G., *La responsabilité de l'Administration*, Dalloz, Coll. "Connaissances du droit", 1996.
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, 2e éd., Dalloz, 1938.
- EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, t.2, L.G.D.J., 1982.
- EWALD F., *L'Etat Providence*, Grasset, 1996.
- GUETTIER C., *Droit des contrats administratifs*, 3e éd., PUF, Coll. Thémis droit, 2011.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., SIREY, 2005.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3e éd., L.G.D.J., 1993.
- GUEZOU O., *Traité de contentieux de la commande publique*, Ed. Le Moniteur, 2015.
- DE LAUBADERE A., MODERNE F. et DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, 2e éd., L.G.D.J., 1983.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16 éd., Dalloz, 2007.
- MODERNE F., *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, 1995.
- MOREAU J., *Droit administratif*, PUF, Coll. "Droit fondamental", 1990.
- MOREAU J., *La responsabilité administrative*, 2e éd., PUF, Coll. Que sais-je, 1995.
- MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif*, 5e éd., Montchrestien, 1997
- NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 2e éd., Montchrestien, Coll. "lextenso éditions", 2010.
- ODENT R., *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007.

PAILLET M., *La responsabilité administrative*, Dalloz, Coll. Cours, 1996.

PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945.

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8e éd., L.G.D.J., 2012.

G. RIPERT, *La règle morale*, 4e éd., L.G.D.J., 1949.

TERRE F., *Droit civil. Les obligations*, 7e éd., Dalloz, 1999.

VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité d Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2e éd, LG.D.J., 1998.

WALINE M., *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4e éd., Sirey, 1946.

MELANGES

BRAIBANT G., "*Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration*", in Mélanges L. HAMON, *Economica*, 1982, p. 99

COMPERNOLLE J., "*Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts*", in Mélanges F. RIGAUX, Bruylant, 1993, p.495.

FORT F.-X., "*Les aspects administratifs de la liberté contractuelle*", in Mélanges M. GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Collection Mélanges, 2006, vol. I, p.27.

LAFAIX J.-F., "*Loyauté et théorie du contrat*", in Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., 2013, p. 367.

NICINSKI S., "*Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs*", in Mélanges M. GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier Collection Mélanges, 2006, vol. I, p. 45.

PAILLET M., "*Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle - Sur la "tyrannie" du principe de primauté de la responsabilité contractuelle*", in Mélanges M. GUIBAL, Faculté de droit de Montpellier, Collection Mélanges, vol. I, p. 571.

RICHER L., "*Vie et survie des contrats administratifs illégaux*", in Mélanges J. MORAND-DEVILLER, Montchrestien, 2007, p. 509.

SEILLIER B., "*La loyauté [hors] des relations contractuelles*", in Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., p. 444.

D. TRUCHET, "*La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où* ", in Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., 2013, p. 715.

WALINE J., "*La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif* », in Mélanges J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 965.

COLLOQUE

CHAZAL J.-P., *"Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin, La nouvelle crise du contrat "*, Actes du colloque du 14 mai 2001, organisé par le centre René-Demogüe de l'Université de Lille II, ISBN 2247050700, Site Sciences Po Institutional Repository.

THESES

BAYLES G., *L'enrichissement en droit administratif*, L.G.D.J., 1973.

CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, L.G.D.J., 1953.

DELVOLVE P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., 1969.

P FILIOS C., *L'enrichissement sans cause en droit privé français interne et vues comparatives*, Lille II, BRUYLANT, 1999.

FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, L.G.D.J., 2003.

GORE F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui. Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, Dalloz, 1949.

EMERI Claude, *La responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs*, L.G.D.J., 1966.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972.

HAGEGE Béatrice, *Les causes exonératoires de la responsabilité administrative*, Paris 13, 1996.

LAFAY F., *Le quasi-contrat en droit administratif*, Nancy, 1991.

LOMBARD F., *La cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008.

MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Toulouse, 1920.

MOREAU Jacques, *L'influence de la situation de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J., 1957.

OUM OUM J.-F., *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, L.G.D.J., 2014.

POUILLAUDE H.-B., *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J., 2011.

POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1991.

ROUJOU DE BOUBÉE E., *Essai sur la notion de réparation*, L.G.D.J., 1974.

SOUSSE Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J., 1994.

THEODOROFF T., *L'enrichissement sans cause*, Imprimerie du Rapide, 1907.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977.

ARTICLES

BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., "*Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité*", A.J.D.A. 2008, p. 1092.

CHEVALLIER J., "*Le droit administratif, droit de privilège ?*", Pouvoirs n°46, 2008, p. 57.

DREIFUSS M., "*Réflexions sur la responsabilité extracontractuelle consécutive à la nullité d'un contrat administratif*", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, mai 2009, n° 20, p. 28.

ECKERT G., "*Conditions d'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité publique en cas de prestations réalisées en dehors de tout contrat*", Contrats et Marchés publics n° 9, septembre 2001, comm. 155.

ECKERT G., "*Nullité du marché et responsabilité quasi-délictuelle du cocontractant*", Contrats et Marchés publics n° 1, janvier 2009, comm. 9.

EISENMANN C., "*Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*", J.C.P. 1949, I, 741.

FICKLER-DESPRES O., "*Les promesses de l'administration*", Semaine Juridique Edition Générale, n° 4, janvier 1998, I 104.

FLEURY T., "*La liberté contractuelle des personnes publiques – Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes*", R.F.D.A. 2012, p. 231.

De GASTINES L., "*La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*", R.D.P. 1992, p. 135.

GAUDEMET Y., "*Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire*", R.D.P. 2010, p 313.

J. GHESTIN, "*Le contrat en tant qu'échange économique*", Revue d'économie industrielle, 2e et 3eme trimestres 2000, vol. 92, pp. 81-100. :

10.3406/rei.2000.1039http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rei_0154-3229_2000_num_92_1_1039.

GILLI J.-P., "*La responsabilité d'équité de la puissance publique*", D.1971, chron. p. 373.

GOURDOU J. et TERNEYRE P., "*Renouveau de l'office du juge du contrat*", Revue juridique de l'économie publique, n° 676, Juin 2010, comm. 30.

JEZE G., "*Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public*", R.D.P. 1905, p. 764.

JOSSERAND L., "*Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*", R.T.D. Civ. 1937, 1, p. 12.

KIRAT T., VIDAL L. et MARTY F., "*Le juge administratif et le risque : sujétions imprévues et imprévision dans le contentieux du contrat administratif*", Économie et droit du contrat administratif, Doc. fr., 2005, p. 213.

- LLORENS F., "*Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public*", C.J.E.G. n°592, novembre 2002, p. 571.
- LOCHAK D., "*Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?*", Pouvoirs n°46, 1998, p. 43
- MAILLARD D., "*L'encadrement législatif du pouvoir de réquisition des préfets et la police administrative générale*", Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 19 mai 2003, 1475, p. 649.
- MARIANI-BEGNINI I., "*L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité*", R.D.P. 1997, p. 841.
- L. MICHOD, "*Gestion d'affaires appliquée aux services publics*", Rev. Gén. Adm., 1894.II.149.
- MOREAU D., "*Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif*", R.J.E.P., octobre 2014, étude 7.
- MOREAU J., "*Promesses et responsabilités administratives*", in Mélanges L. RICHER, L.G.D.J., 2013, p. 237.
- PERINET-MARQUET H., "*Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri*", J.C.P. G 1982, I, 3075, n°22.
- PICARD E., "*La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamentale ?*", A.J.D.A. 1998, p. 651.
- RIVERO J., "*Consensus et légitimité*", Pouvoirs n°5, 1978, p. 57.
- ROMANI A.-M., "*La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause*", R.T.D. civ. 1987, p. 223.
- ROUAST A., "*L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*", R.T.D. civ. 1922, p. 35.
- SESTIER J.-F., "*De l'arrêt « Tropic » à l'arrêt « Tarn-et-Garonne » : mort et résurrection du recours des tiers*", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 20, 19 mai 2014, 2152.
- SYMCHOWICZ N. et. PROOT P. "*L'avis du 19 avril 2005 : D'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de service public*", A.J.D.A., 10 juillet 2006, p 1371.
- VIALLE P., "*Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*", R.D.P. 1974, p. 1243.
- VINEY G., "*Enrichissement sans cause et responsabilité civile*", Semaine Juridique Ed. gén. n°26, juin 1998, II 10102.
- WALINE J., "*L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publique*", E.D.C.E. n°46, 1995, p. 459.

WALINE J., "Collaborateurs bénévoles et collaborateurs occasionnels du service public", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 46, 19 novembre 2012, 2370.

CONCLUSIONS DES RAPPORTEURS PUBLICS

BOULOUIS N., sous CE, 31 mai 2010, n°329483, Communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier, BJCP 72/2010, p. 368.

CASAS D., sous CE, 22 février 2008, n°266755, M. Etienne B (non publiées).

CASAS D., sous CE, 22 février 2008, n°286174, M. Charles-Jean A et M. Michel B, BJCP, n°58, juin 2008, p. 185.

DACOSTA B., sous CE, 15 févr. 2008, Commune de La Londe-les-Maures, n° 279045, RJEP 2008, comm.34.

DACOSTA B. sous CE, 10 avril 2008, n°244950, Société Decaux, BJCP, n°59, p. 288.

DACOSTA B., sous CE, 4 mai 2011, n° 340089, Communauté de communes du Queyras, RJEP 2012, omm. 12.

FOURNIER M., sous CE, 2 décembre 1966, Société « France-Reconstruction-Plan », A.J.D.A. 1967.II.189-190.

GALMOT J., sous CE, 14 octobre 1966, Marais, D. 1966, p. 636.

HEUMANN C. sous CE 14 avril 1961, Société Sud Aviation, R.D.P. 1958, p. 655.

SAVOIE H., sous CE, 20 octobre 2000, n°196553, Société Citécable, RFDA, 2001, n°2, p. 359.

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations	3
Sommaire	4
Introduction	5
Première partie. L'inexistence d'un contrat, fait juridique original	16
Chapitre I. Variété des situations d'enrichissement sans cause créées par l'inexistence du contrat	20
<u>Section 1.</u> Le défaut initial d'un titre conventionnel	21
§ 1. Une contribution spontanée à l'intérêt général	21
§ 2. Des prestations irrégulièrement demandées par la personne publique	23
A – Illustrations jurisprudentielles de demandes irrégulières de prestations par la personne publique	24
B – Recherche d'explications d'une situation anormale	26
1. L'urgence en discussion	26
2. La dynamique d'un projet	27
3. La promesse non tenue par l'administration	28
§ 3. Le service rendu à l'administration en marge des prévisions contractuelles	30
A – Le défaut d'anticipation des besoins	30
B – Les inévitables aléas	33
<u>Section 2.</u> La disparition du contrat originaire	35
§ 1. Une disparition indépendante de la volonté des parties	37
§ 2. Les manquements aux règles de sélection du prestataire	38
A – Les règles de passation d'ordre public	38
B – Limites aux risques d'annulation résultant de la jurisprudence "ville de Béziers"	40
§ 3. Des causes affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son accord	43
A – La question de la compétence du signataire public	44
1. Permanence d'un contentieux objectif résiduel dans l'appréciation de la validité du contrat.....	44

2. Les causes d'incompétence du signataire public	46
3. Le retentissement des vices d'incompétence sur la validité du contrat	49
B – Le vice du consentement	53
1. L'erreur, à l'origine de la disparition du contrat	54
2. Le dol anéantissant le contrat	55
3. Une forme de violence, la contrainte entachant la validité du contrat	58
§ 4. L'illégalité des stipulations contractuelles	59
A – Le virage opéré par les jurisprudences "Ville de Béziers" et "Département du Tarn-et-Garonne"	59
B – Les clauses illégales, à l'origine de la nullité du contrat	61
1. L'illégalité liée à l'abandon de prérogatives	61
2. La stipulation contractuelle contraire à un texte	63
Chapitre II. Inapplicabilité des solutions juridiques classiques aux situations péri- contractuelles	66
<u>Section 1.</u> Défaut de dispositions légales ou réglementaires applicables à la situation du prestataire appauvri	67
§ 1. Impossibilité de justifier l'enrichissement procuré à la collectivité publique au regard d'une disposition légale ou réglementaire	68
A – Absence de fondement légal justifiant des dépenses exposées par le prestataire appauvri.....	68
B – La prescription quadriennale : un droit de conserver l'enrichissement contesté	70
§ 2. Absence d'obligation légale de rémunérer le prestataire	71
A – Impossibilité d'invoquer les textes prévoyant un droit de rétribution du service requis ..	71
1. Le droit à rétribution du service rendu par la personne requise	72
2. Rapprochement de l'intervention du requis avec celle du prestataire sans titre	74
3. Limite : une prérogative de puissance publique justifiée par des circonstances exceptionnelles	77
B – Impossibilité d'invoquer les dispositions prévoyant une rétribution du service rendu par le collaborateur occasionnel du service public	80
C – Caractère inopérant des dispositions relatives à la gestion d'affaires et à la répétition de l'indu inopérantes	82
1. La gestion d'affaires inapplicable	82
2. La répétition de l'indu inefficace	84
<u>Section 2.</u> Impossibilité d'invoquer la responsabilité de la personne publique	

sur le fondement contractuel	86
§ 1. La validité de l'engagement contractuel	87
A – La volonté de s'obliger	87
1. L'origine philosophique, ou idéologique de la force attachée à la rencontre des volontés des parties	88
2. La reconnaissance de la valeur impérative des engagements contractuels	89
3. Le défaut d'une manifestation de volonté de s'obliger au titre des conditions d'exécution des prestations fournies par le demandeur appauvri	90
B – Une liberté contractuelle encadrée, dans un souci de protéger les intérêts en présence	91
1. Les explications doctrinales de la soumission de la liberté contractuelle au droit positif	92
2. Finalité des règles encadrant la passation des contrats	96
a. Les diverses compétences participant à la décision de contracter	96
b. Les procédures favorisant le choix de la meilleure offre de prestation	97
c. Les limites posées aux engagements pris par la personne publique	98
3. Le contrôle du respect des principes gouvernant la conclusion du contrat	99
§ 2. Les conséquences données aux irrégularités entachant l'accord des parties	102
A – Une modulation de la sanction	102
B – La volonté de "sauver" l'accord intervenu entre les parties	105
§ 3. L'obligation contractuelle d'indemniser certaines charges extracontractuelles supportées par le cocontractant	111
<u>Section 3.</u> Le refus de réparer le dommage causé à l'appauvri sur les fondements classiques de la responsabilité extracontractuelle	115
§ 1. Le fait imputable à la personne la personne publique	115
A – La violation de la réglementation applicable en matière de commande publique	116
B – Le défaut de paiement des prestations caractérisant une rupture d'égalité devant les charges publiques	119
§ 2. Un lien de causalité indirect avec le préjudice subi par le prestataire appauvri	125
§ 3. L'explication : un régime d'indemnisation inapproprié	129
A – L'exonération de responsabilité en raison du comportement fautif du prestataire	129
B – Le principe de réparation intégrale du préjudice, peu protecteur des deniers publics	132

Seconde partie. L'élaboration d'une solution juridique adaptée aux situations

péri-contractuelles	134
Chapitre I. Le fondement de la réparation : la recherche d'une solution équitable ...	138
Section 1. L'équité, fondement de la réparation	139
§ 1. L'équité dans l'ordre juridique	139
§ 2. L'équité au secours d'un droit lacunaire	142
Section 2. L'appel au principe d'enrichissement sans cause pour combler un vide juridique	144
§ 1. La nécessité de mettre fin à la situation d'appauvrissement du prestataire appauvri de l'administration	145
§ 2. L'inspiration de l'équité de la doctrine civiliste : la finalité du principe d'enrichissement sans cause	148
§ 3. L'adaptation du principe d'enrichissement sans cause aux nécessités du droit administratif	152
Section 3. L'adaptation de l'enrichissement sans cause aux situations péri-contractuelles ...	158
§ 1. La montée en puissance du phénomène contractualiste	159
§ 2. Les limites : le maintien envers et contre tous d'une responsabilité objective	161
§ 3. Un correctif : la réparation complémentaire des dommages résultant des comportements fautifs des parties	166
Chapitre II. Les conditions d'exercice de l'action en enrichissement sans cause	172
Section 1. Un déplacement de valeur injustifié	173
§ 1. Les conditions matérielles de la sanction d'enrichissement sans cause	173
A – Le préjudice tenant à un appauvrissement du prestataire	174
B – L'enrichissement procuré à la personne publique	175
1. L'absence d'enrichissement procuré à la collectivité publique malgré l'appauvrissement subi par le prestataire	176
2. L'utilité du service rendu	176
3. Une économie de dépense	178
C – Un lien de corrélation entre l'appauvrissement subi et l'enrichissement procuré	179
1. L'acceptation d'un lien de corrélation indirect entre l'enrichissement et l'appauvrissement par le juge civil	179
2. La solution retenue par le juge administratif	180
D – La cause de l'enrichissement, ou de l'appauvrissement, résultant de l'absence de contrepartie financière	183

§ 2. L'exclusion de l'action en raison de l'avantage personnel recherché par l'appauvri	184
A – L'avantage personnel, la cause de l'appauvrissement du demandeur	
à l'action de in rem verso	184
B – Un principe également retenu par le juge administratif	185
1. La rémunération du travail fourni par l'entreprise	186
2. Le but particulier ayant motivé l'intervention sans titre de l'entreprise	186
<u>Section 2.</u> L'acceptation de l'intervention du prestataire par la personne publique	188
§ 1. L'exigence d'un assentiment donné par la personne publique	189
A – L'élément spécifique de l'obligation d'enrichissement sans cause	
en droit administratif	189
B – Les diverses formes de l'assentiment	191
1. Les éléments d'information révélant l'accord imparfaitement	
donné par la personne publique	191
2. La demande explicite de prestations	192
3. Un accord implicitement donné	193
4. La présomption de l'accord donné par l'administration	196
§ 2. De la faute de l'entreprise anéantissant l'assentiment de la personne publique	199
A – L'incidence de la faute de l'appauvri en droit privé	200
B – Une neutralisation de la faute d'imprudence commise par le prestataire	
de l'administration	202
1. La force attachée à la volonté de la personne publique	202
2. La faute de l'appauvri considérée comme cause exonératoire de	
responsabilité de l'enrichi	204
3. La clarification opérée par la décision "Tête"	206
<u>Section 3.</u> Le moyen d'enrichissement sans cause dans le débat contentieux	210
§ 1. La subsidiarité de l'action ou l'absence de toute autre voie de droit	
pour obtenir le paiement des prestations	211
A – La signification du principe de subsidiarité de l'action	
en enrichissement sans cause	211
1. L'absence de cause juridique	212
2. L'absence d'un droit de conserver l'enrichissement procuré	214
B – Mise en œuvre du principe de subsidiarité en droit privé	215
C – Une subsidiarité nuancée en droit administratif	216
1. Les obstacles à l'indemnisation des prestations effectuées	

au profit de la collectivité publique	216
2. Le caractère accessoire du fondement de responsabilité quasi-délictuelle	220
§ 2. Les règles de procédure applicables à la demande d'enrichissement sans cause	221
A – La cause juridique nouvelle tenant à l'enrichissement sans cause de l'une des parties	222
B – Assouplissement des règles de recevabilité du moyen d'enrichissement sans cause	224
Troisième partie. La réparation des situations péri-contractuelles	230
Chapitre I. Le rétablissement de l'équilibre patrimonial	233
<u>Section 1.</u> L'obligation de rembourser les dépenses d'utilité générale supportées par le cocontractant "putatif"	234
§ 1. La compensation de l'avantage procuré à la collectivité	234
A – La notion d'utilité générale des dépenses exposées	235
1. Les intérêts supérieurs considérés	235
2. L'appréciation du profit matériel et financier procuré à l'administration	237
B – Le moment où est appréciée l'utilité générale des dépenses	241
C – Le règlement des comptes entre les parties	244
§ 2. L'indemnisation de la valeur intrinsèque des prestations	247
A – Une appréciation relative de l'augmentation de valeur du patrimoine de la personne publique	247
B – Les conséquences indemnitaires liées à la mauvaise exécution des prestations	249
<u>Section 2.</u> Les préjudices indemnisés	253
§ 1. Le coût utile de la prestation fournie	254
A – Méthodes d'évaluation du coût utile	254
B – Les dépenses directes indemnisées	255
C – L'indemnisation de certains frais indirects	258
§ 2. Le déficit d'exploitation	261
§ 3. Soumission de l'indemnité d'enrichissement sans cause au paiement de la T.V.A., des intérêts de droit et de la capitalisation des intérêts	264
<u>Section 3.</u> Les préjudices exclus	268
§ 1. Le bénéfice escompté par le prestataire	268
§ 2. Les frais liés à l'allongement de la durée d'exécution des prestations	269
§ 3. Les frais financiers liés à l'exécution de travaux	271
Chapitre II. La réparation des dommages résultant des agissements fautifs des parties	275

<u>Section 1.</u> La réparation complémentaire du préjudice subi par le prestataire par la faute de la personne publique	277
§ 1. Les conditions d'exercice de l'action en responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique	278
A – L'assouplissement des règles de procédure	279
B – Le caractère subsidiaire de l'indemnisation admise sur le fondement quasi-délictuel ..	281
C – La réalité du préjudice subi par le prestataire résultant de la faute de l'administration	284
§ 2. Le partage de responsabilités opéré en raison des agissements fautifs du prestataire	289
A – L'appréciation du comportement fautif du demandeur	289
B – La part de responsabilité incombant au prestataire dans les différentes illégalités entachant la validité de l'accord passé avec l'administration	292
§ 3. Les préjudices indemnisés au titre de la faute de la personne publique	305
A – L'évaluation des charges ouvrant droit à indemnisation	305
B – Les préjudices indemnisés	307
1. Les dépenses non utiles à la collectivité	308
a. Les surcoûts liés à l'allongement de la durée du chantier	308
b. Les charges supportées au titre des pénalités de retard appliquées	310
c. De certains frais engagés au titre des prestations supplémentaires exécutées	310
2. La perte de gains	311
<u>Section 2.</u> La réparation des désordres affectant l'ouvrage, imputables au concepteur et au constructeur	314
§ 1. La reconnaissance de la responsabilité des entreprises sur le fondement quasi-délictuel	315
§ 2. Les conditions d'engagement de la responsabilité de l'ancien cocontractant	320
A – Le préjudice résultant d'un ouvrage non conforme à sa destination	321
B – La faute tenant aux manquements aux règles de l'art	323
§ 3. Les préjudices indemnisés à l'issue du partage de responsabilités opéré entre les différents intervenants au chantier	330
A – Le p artage de responsabilités opéré entre les sociétés, et au regard de la faute du maître d'ouvrage	331
B – Les préjudices indemnisés	333
Conclusion générale	338

Bibliographie	343
Table des matières	349

Mots clés :

Contrat administratif – Nullité du contrat – Enrichissement sans cause – Responsabilité quasi-délictuelle – Situation péri-contractuelle

Public service contract - Nullity of the contract - Enrichment without cause - Quasi-delictual responsibility - Situations peri-contract

Résumé en français

Les situations péri-contractuelles se caractérisent par le fait qu'une tierce personne a réalisé des prestations au profit d'une personne publique en l'absence de contrat valide. Le prestataire ne peut réclamer le paiement du service rendu à la collectivité en invoquant les obligations résultant de l'accord qu'il a passé avec l'Administration. Pour sa part, la personne publique ne bénéficie d'aucune garantie contractuelle, ou post-contractuelle, au titre des malfaçons affectant l'ouvrage livré.

Afin de garantir les divers intérêts en présence, le juge administratif a progressivement élaboré une solution juridique équitable, qui permet de régler le déséquilibre entre les situations financières des parties, en combinant les fondements de responsabilité, soit quasi-contractuelle, soit quasi-délictuelle.

L'indemnité d'enrichissement sans cause permettra ainsi de couvrir l'ensemble des dépenses que le prestataire a utilement exposées au profit de la personne publique et une indemnisation complémentaire pourra lui être accordée afin de compenser le manque à gagner qu'il a subi du fait de l'inexistence d'un contrat.

De plus les dommages résultant pour la personne publique, de la livraison d'un ouvrage non conforme à sa destination, pour avoir été construit en méconnaissance des règles de l'art, ouvrent droit à réparation sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle des entreprises.

Résumé en anglais

The situations peri-contract are characterized by the fact that a third person realizes services for the benefit of a public person in the absence of valid contract. The person receiving benefits cannot demand the payment of the service provided in the community by calling upon the obligations resulting from an agreement spent with the Administration. The public person does'nt benefit from any contractual guarantee, or post-contractual, in conformance for the faults affecting the delivered work.

To guarantee the diverse interests in presence, the administrative judge gradually develops a legal solution which enables to adjust the imbalance between the financial situations of the parts by combining the foundations of quasi-contractual or quasi-delictual responsibility.

The compensation of enrichment without cause will in that way allows to cover the total expense that the person receiving benefits usefully exposed for the benefit of the public person and a complementary compensation can be granted to him to compensate for the loss of income which he suffered because of the absence of contract.

More the damage resulting for the public person, of the delivery of a work not in compliance with its destination, to have been built in misunderstanding of the rules of the art, opens straight ahead to repair on the foundation of the quasi-delictual responsibility of companies.