

# Les conséquences indemnitaires de l'annulation d'un marché de mobilier urbain pour le concurrent fautif.

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Les conséquences indemnitaires de l'annulation d'un marché de mobilier urbain pour le concurrent fautif.. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2008. hal-01879593

**HAL Id: hal-01879593**

**<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01879593>**

Submitted on 24 Sep 2018

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

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

**« Les conséquences indemnitaires de l'annulation d'un marché de mobilier urbain pour le concurrent fautif : CE, sect., 10 avril 2008, Sté Decaux », *Contrats Concurrence et Consommation*, juin 2008, comm. n° 159.**

Catherine Prebissy-Schnall

Cet arrêt du Conseil d'État est une belle illustration de l'articulation entre la responsabilité quasi contractuelle et la responsabilité quasi délictuelle pour l'opérateur économique fautif : sa faute ne joue pas sur le terrain quasi contractuel lui permettant ainsi d'obtenir le remboursement de ses dépenses utiles sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause tandis que sa faute produit tous ses effets sur le terrain quasi délictuel empêchant ainsi la société d'obtenir l'indemnisation de son manque à gagner.

[CE, sect., 10 avr. 2008, req. n° 244950, 284439, 284607, Sté Decaux c/ Dpt des Alpes-Maritimes : JurisData n° 2008-073381](#)

Saisi d'un pourvoi contre les arrêts du 22 janvier 2002 et du 21 juin 2005 de la cour administrative d'appel de Marseille, le Conseil d'État tire les conséquences, sur le plan indemnitaire, de l'annulation d'un marché public et plus précisément de la faute du cocontractant sur son indemnisation lorsqu'il n'est pas étranger à l'annulation du contrat. Cet arrêt se situe dans la ligne d'une jurisprudence constante suivant laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut s'enrichir aux dépens d'un opérateur économique et qu'il est donc tenu d'indemniser les dépenses utiles effectuées à son profit. Réciproquement, l'entreprise ne peut pas obtenir la réparation de son manque à gagner dont l'origine se situe dans sa faute. La responsabilité quasi contractuelle est ainsi mise en œuvre avant la responsabilité quasi délictuelle (*CE, 20 oct. 2000, Sté Citecable Est : Rec. CE 2000, p. 457*). Si le cocontractant dont le contrat est entaché de nullité peut donc obtenir davantage que l'indemnisation des seules dépenses utiles, la faute commise par le cocontractant vient logiquement limiter la part de responsabilité laissée à la charge de l'administration. Quelle nouveauté apporte donc l'arrêt du Conseil d'État ?

Les éléments du litige n'ont en effet rien de singulier : En l'espèce, le contentieux opposait le département des Alpes-Maritimes et la société Decaux suite à l'annulation d'un marché de mobilier urbain, sur déféré préfectoral, par le tribunal administratif de Nice le 2 juin 1992. Le marché a été passé selon une procédure de marché négocié sans mise en concurrence préalable prévue par l'article 312*bis* de la première version du Code des marchés publics. Or, la conclusion de ce contrat n'entraîne pas dans le champ d'application de cet article. La collectivité a accepté la poursuite irrégulière de l'exécution du marché par la société Decaux en dépit de son annulation, ce qui a entraîné une indemnisation intégrale accordée au cocontractant au titre des dépenses utiles. De son côté, la société Decaux a accepté de conclure de manière illégale, un marché négocié ce qui l'a empêchée d'obtenir la réparation du préjudice subi à raison de la perte du bénéfice attendu par le marché.

L'intérêt juridique de l'arrêt tient à la fois à l'évocation et à l'articulation des différents types de responsabilités qui peuvent être mis en œuvre parfois concurremment : responsabilité quasi contractuelle, responsabilité pour fraude ou dol, responsabilité quasi délictuelle. En effet, dans la mesure où le processus de dévolution et d'exécution d'un marché public est une opération complexe avec un avant et un après contrat, des litiges ayant des fondements juridiques

différents peuvent coexister. En confirmant la part de responsabilité quasi contractuelle qui est laissée à la charge de la collectivité et en rejetant l'indemnisation sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle, le Conseil d'État a tranché deux problèmes : Est-ce que la faute de la société a une incidence sur sa demande de remboursement des dépenses qui ont été utiles au pouvoir adjudicateur ? (1) Et comment cette faute du cocontractant peut conduire le juge à lui refuser toute indemnisation de son « bénéfice attendu » ? (2).

### **1. La faute de la société n'est pas de nature à limiter son droit à un remboursement intégral des dépenses utiles**

Dans le droit de la commande publique, l'existence d'un quasi-contrat est révélée lorsque des prestations ont été réalisées soit en prévision de la signature d'un contrat, soit en exécution d'un contrat nul ou annulé (*F. Moderne, Les quasi-contrats administratifs : Sirey 1995*). Puisqu'aucun marché public n'est présumé avoir existé entre le département des Alpes-Maritimes et la société Decaux, la situation génère une responsabilité quasi contractuelle qui peut être fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause (*CE, 19 avr. 1974, Sté Entreprise Louis Segrette : AJDA 1974, p. 453. – CE, 28 juill. 2000, Jacquier : Contrats et marchés publ. nov. 2000, p. 21*). Principe général du droit applicable même sans texte à la matière des travaux publics (*CE, 14 avr. 1961, Min. reconstruction et logement c/ Sté Sud-Aviation : Rec. CE 1961, p. 236 ; RD publ. 1961, p. 655, concl. Heumann*), cette théorie permet de demander au juge l'indemnisation des dépenses utiles exposées par le cocontractant au profit du pouvoir adjudicateur. Cette prise en compte de l'utilité des prestations ou des travaux est particulièrement visible lorsque le juge apprécie *in concreto* et au cas par cas les dépenses engagées par la société. Ainsi, la notion de dépenses utiles ne couvre pas tous les frais engagés par le cocontractant. Dans un arrêt récent du 26 mars 2008 (*Sté Spie Batignolles, req. n° 270772*), le Conseil d'État a estimé que les travaux supplémentaires liés aux modifications et aux évolutions du projet réclamées par le pouvoir adjudicateur constituaient des dépenses utiles ouvrant droit à indemnisation mais que tel n'était pas le cas des sommes réclamées au titre des dépenses entraînées par l'allongement des délais d'exécution du chantier (dépenses « improductives »), qui sont dépourvues d'utilité pour la collectivité.

En l'espèce, le Conseil d'État considère que les frais financiers engagés par la société Decaux pour assurer l'exécution du marché public sont exclus de l'évaluation du montant des dépenses utiles. Le juge accepte d'infléchir sa jurisprudence en suivant les conclusions du commissaire du gouvernement B. Dacosta qui considère que le fait d'inclure les frais financiers dans les dépenses utiles peut conduire à faire fluctuer le contenu de la notion de dépense utile en fonction des choix de financement effectués par l'entrepreneur. De même, les frais de dépose engagés pour l'enlèvement du mobilier urbain en cours d'exécution du contrat n'ouvrent pas droit à indemnisation au motif que cet enlèvement n'avait pas été demandé par la collectivité.

Il résulte que l'indemnisation n'est donc possible que si les dépenses ont été engagées avec l'accord, tacite ou non, de la collectivité (*CE, 8 déc. 1995, Cne de Saint-Tropez : Rec. CE 1995, p. 431 ; AJDA 1996, p. 448, note V. Haim*). Dans la mesure où l'assentiment de l'administration conditionne le résultat de l'action « *de in rem verso* », il ne doit pas être obtenu frauduleusement ou extorqué par violence ou encore surpris par le dol (*C. civ., art. 1109*). Les décisions du Conseil d'État rendues le 8 décembre 1997 (*CE, 7e et 10e ss sect. réunies, 8 déc. 1997, n° 15.4715, Sté A 2 IL : [JurisData n° 1997-051004](#) ; D. 1998, p. 359, obs. P. Terneyre*) et le 19 décembre 2007 (Sur l'affaire du TGV Nord, *CE, 7e et 2e ss sect., 19 déc. 2007, n° 268918, 269280, 269293, Sté Campenon-Bernard : [JurisData n° 2007-072854](#)*) illustrent parfaitement dans quels cas les fautes commises par le cocontractant antérieurement

à la signature du contrat peuvent être de nature à vicier le consentement de l'administration : ainsi, tel est le cas lorsqu'une entreprise tient l'administration dans l'ignorance de ce qu'elle a fait l'objet d'une procédure judiciaire ; constitue également une manœuvre dolosive le fait pour des entreprises susceptibles d'obtenir le marché de se concerter en vue de se répartir les travaux d'infrastructures des différents réseaux de TGV, dès lors que l'accord général qu'elles ont ainsi conclu a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence par les prix, d'augmenter la valeur globale des travaux et, finalement, d'obliger la SNCF à accepter des conditions plus onéreuses que celles auxquelles elle aurait dû normalement souscrire.

En définitive, sauf s'il y a eu intention délibérée de tromper, la faute, l'imprudence ou la négligence commise antérieurement à la signature du marché ne prive pas la société appauvrie de son recours sur le fondement de l'enrichissement sans cause dès l'instant où les dépenses ont été engagées avec l'assentiment de la collectivité (*CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ss-sect., 22 févr. 2008, req. n° 26.6755, M. B c/ Communauté urbaine de Lyon : [JurisData n° 2008-073188](#)*). Ainsi, l'indemnité à laquelle peut prétendre la société Decaux en remboursement des dépenses ayant été utiles à la collectivité, ne peut être diminuée par sa propre faute qui consistait à se prêter à la conclusion d'un contrat dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité. Le Conseil d'État annule le partage de responsabilités appliqué par la cour administrative d'appel aux dépenses utiles et accorde un remboursement intégral.

Cependant, dans le cas où le dommage (c'est-à-dire l'enrichissement de la collectivité et l'appauvrissement corrélatif) devait trouver son origine dans la faute exclusive commise par l'opérateur économique, sans que la condition de l'assentiment de la collectivité soit remplie, il ne saurait alors y avoir d'enrichissement sans cause. Cette solution a certes le mérite d'éviter un remboursement automatique de ses dépenses mais elle conduit inévitablement à la mise en jeu d'une responsabilité quasi contractuelle à deux vitesses : une ligne jurisprudentielle qui tient compte de la faute de l'appauvri pour exclure l'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause en cas d'absence ou de vice du consentement de la collectivité et une autre ligne jurisprudentielle qui ne tient pas compte de la faute de l'appauvri, couverte par l'assentiment de la collectivité, pour accepter l'indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause.

Toutefois, deux remarques peuvent nuancer un tel constat : la théorie des vices du consentement ne joue pas souvent en matière de marché public compte tenu notamment de la difficulté de la preuve de la fraude ou du dol ; et il est somme toute logique de conserver une telle construction jurisprudentielle qui évite qu'un opérateur économique indélicat puisse obtenir l'indemnisation de ses dépenses, nonobstant leur caractère d'utilité pour le pouvoir adjudicateur.

Le Conseil d'État se prononce ensuite sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle. La règle veut qu'à l'indemnité quasi contractuelle doit en principe être ajoutée une indemnité quasi délictuelle. Ainsi, la réparation serait intégrale puisqu'elle inclut les pertes subies ainsi que le gain manqué. Toutefois, le juge administratif prend aussi en compte la faute commise par le cocontractant qui a accepté d'exécuter un marché public irrégulier. Une telle imprudence peut exonérer le pouvoir adjudicateur d'une part ou de la totalité de sa responsabilité.

**2. La faute de la société est de nature à supprimer son droit à réparation du préjudice subi à raison de la perte du bénéfice attendu par le marché.**

Pendant de longues années et fort d'une doctrine partagée sur la nature juridique du contrat de mobilier urbain (*CE, ass., 4 nov. 2005, Sté Jean-Claude Decaux, req. n° 247298 et 247299, épilogue de CE Avis 14 oct. 1980 : EDCE 1981, p. 196 ; AJDA 1983, p. 193, note J.-M. Auby*) la société Decaux a accepté de passer ses contrats par la procédure du marché négocié, dans un système relativement opaque entravant le jeu de la libre concurrence et avec la complicité des collectivités. Pour ces dernières, le recours à une telle procédure en dehors des cas prévus par le Code des marchés publics a quelques avantages : la souplesse de négociation contractuelle, la simplification du processus de dévolution du marché et une réduction des coûts des opérations administratives. Pour la société Decaux, cette atteinte au principe de la concurrence lui assure d'être l'attributaire du marché de mobilier urbain puisqu'elle permet l'exclusion de candidats potentiels. C'est pourquoi, dans notre affaire, il peut sembler logique que le juge retienne un partage des responsabilités sur le terrain quasi délictuel puisque la faute de la société Decaux est commune avec celle commise par le département. De nombreux exemples jurisprudentiels montrent que le Conseil d'État a souvent opté pour un tel partage de responsabilité (*CE, 13 juill. 1968, Stoskopf : Rec. CE 1968, p. 460. – CE, 2 oct. 2002, Ministre de l'Équipement, des transports et du logement c/ M. et Mme Grondin : Rec. CE 2002, p. 926* à propos d'un maire ayant délivré un permis de construire dans une zone qu'il savait inondable). Et il convient surtout de citer l'arrêt rendu par le Conseil d'État quinze jours plus tôt et qui porte sur une affaire analogue (*CE, 26 mars 2008, Sté Spie Batignolles, préc.*) : « La société requérante peut donc prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute du département, qui a eu recours à une procédure d'appel d'offre avec concours sans que l'assemblée délibérante ait adopté une délibération justifiant le recours à cette procédure, entraînant ainsi la nullité du marché ; que toutefois, en tant que professionnelle avertie, la Société Spie Batignolles ne pouvait ignorer l'irrégularité entachant la procédure mise en œuvre par le département ; qu'eu égard à la faute ainsi commise par cette société, qui a accepté de signer un contrat dont elle n'ignorait pas l'illégalité, il y a lieu de laisser à sa charge la moitié des conséquences dommageables de la nullité du contrat ». Ces exemples révèlent également que le juge a toujours recherché puis pris en compte le poids de la faute du cocontractant par rapport à celle du pouvoir adjudicateur pour aggraver ou atténuer la responsabilité quasi délictuelle de l'administration (*CE, sect., 13 oct. 1972, SA Le Crédit du Nord c/ OPHLM du Calvados : Rec. CE 1972, p. 630*). La responsabilité quasi contractuelle et la responsabilité quasi délictuelle peuvent ainsi se cumuler (c'est-à-dire qu'au remboursement des dépenses utiles s'ajoute celui des autres frais exposés pour l'exécution du marché ainsi que les gains dont le cocontractant a été privé par la nullité du contrat). Cependant, l'indemnité obtenue sur le terrain quasi contractuel ne doit pas lui assurer une rémunération supérieure à celle que l'exécution du marché lui aurait procurée. Pour l'évaluation de la limite ainsi fixée à l'indemnité susceptible d'être accordée à l'entrepreneur, il convient de prendre en compte l'ensemble de la rémunération à laquelle ce dernier aurait eu droit en exécution du contrat, en incluant notamment le montant des éventuels avenants et, le cas échéant, les dépenses exposées au titre de travaux supplémentaires prescrits par le maître d'ouvrage.

En l'espèce la solution du Conseil d'État est plus sévère. Quels arguments ont fait pencher la balance vers l'exonération totale de responsabilité du département ? On peut en citer au moins deux : la connaissance certaine de l'illégalité de la procédure par la société Decaux et l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice subi à raison de la perte du bénéfice attendu par le marché.

En effet, bien que ce contrat ait été conclu en 1989, la qualification de marchés publics ne pouvait être ignorée de l'attributaire, leader mondial du mobilier urbain. En 1987, le tribunal administratif de Strasbourg (*TA Strasbourg, 7 juill. 1987, Mme Bloch, M. Lenormand et Mme*

*Vial c/ Ville de Strasbourg : AJDA 1988, p. 63 ; RFD adm. 1988, p. 271*) avait déjà jugé que la détention de droits exclusifs par la société Decaux ne justifiait pas le recours à un marché négocié dès lors que la prestation pouvait être réalisée par des procédés différents de ceux proposés par la société en cause. Plus précisément, dans le domaine de l'affichage, une licence d'exploitation d'un système d'affichage à pastilles plus lisible que le système à rouleaux utilisé par les autres constructeurs d'équipements similaires, ne suffisait pas à justifier la dispense de mise en concurrence. Par ailleurs, le jugement précisait que les possibilités de recourir aux marchés négociés sans publicité préalable ouvertes par les directives européennes sur les marchés publics et par l'article 312 *bis* du Code des marchés publics sont d'interprétation stricte et doivent être considérées comme exhaustives. Il est donc clair que la société Decaux, opérateur économique expérimenté, a pris un risque calculé en soumissionnant au contrat de mobilier urbain lancé par le département. La solution du Conseil d'État aurait été certainement toute différente :

– si l'irrégularité commise par le département avait été indétectable par l'attributaire (on pense à la pratique des petits faux de commodités administratives qui consiste par exemple à rattacher fictivement des décisions n'ayant pas fait l'objet d'une délibération, au procès-verbal d'une séance de l'assemblée délibérante précédente. La régularisation par délibération antidatée ne fait pas disparaître l'illégalité) ;

– ou si la faute de l'entrepreneur avait été une simple faute de négligence ou d'imprudence.

Autre point, plus délicat pour la victime, est l'établissement du lien de causalité entre la faute et le préjudice dont on demande réparation. L'administration a certes commis une faute mais faut-il encore que le manque à gagner de la société soit la conséquence directe de la faute commise par le département. En d'autres termes existe-il un lien direct de cause à effet entre l'annulation du marché et la poursuite par la société Decaux de l'exécution du marché ? *Nemo auditur turpitudinem allengans* : c'est bien le comportement de la société Decaux, en acceptant un marché dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité, qui est la cause essentielle de son préjudice. Cause essentielle ou cause unique ? Le Conseil d'État aurait pu confirmer la solution des premiers juges qui avaient opté pour une atténuation de moitié de la responsabilité du département et donc admis l'existence d'un concours de fautes à l'origine du dommage. Mais il a choisi, au contraire, de s'écarter un peu de sa jurisprudence antérieure. Comment expliquer cet infléchissement ? En plaçant la théorie de l'enrichissement sans cause au centre du règlement indemnitaire des parties, le Conseil d'État évite ainsi d'étirer à l'extrême les possibilités d'indemnisation lorsqu'un marché public est annulé tout en garantissant au cocontractant fautif une indemnisation de ses principales dépenses.

Mots clés : Règles de concurrence et marchés publics, Mobilier urbain, Annulation du marché, Conséquence indemnitaire