

Section du contentieux

Séance du 28 mars 2008

Lecture du 10 avril 2008

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, commissaire du gouvernement

Quelles conséquences convient-il de tirer, sur le plan indemnitaire, de l'annulation ou de la déclaration de nullité d'un contrat administratif ? Ainsi formulée, la question ne semble pas être de celles qui appellent à défricher des territoires nouveaux ; la réponse paraît, au contraire, au moins de prime abord, s'inscrire dans un cadre juridique largement balisé.

Vous avez en effet, depuis plus d'un demi-siècle, accordé au principe de l'enrichissement sans cause le caractère de principe général du droit, ceci depuis votre décision de Section du 14 avril 1961, *Ministre de la Reconstruction et du Logement c/Sté Sud-Aviation* (p. 236 ; RDP 1961.655, concl. Heumann). Or ce principe trouve particulièrement à s'appliquer dans l'hypothèse où la nullité du contrat prive rétroactivement de cause juridique les relations qui se sont nouées entre les parties.

La théorie de l'enrichissement sans cause, d'abord dégagée par le juge judiciaire, ne repose sur aucun fondement textuel d'ordre général dans le code civil. Elle répond à la nécessité de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines lorsque l'un s'est enrichi et l'autre appauvri sans que ce déplacement de richesse trouve sa justification dans un titre juridique, soit que ce titre n'ait jamais existé, soit qu'il se révèle nul. C'est par un arrêt du 15 juin 1892 que la Cour de Cassation a consacré l'existence d'une voie de droit spécifique, l'action *de in rem verso*, reposant sur le principe « *que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui* ».

Bien avant votre décision de 1961, vous vous étiez vous-mêmes engagés dans cette voie. Certes, dans l'état initial de votre jurisprudence, vous estimiez que la protection des deniers publics s'opposait à ce qu'une collectivité pût être tenue d'indemniser les dépenses effectuées à son profit par un tiers (CE, 8 avril 1842, *Duvergier*, p. 162 ; CE, 19 juin 1856, *Tinel*, p. 425). Mais vous avez très vite admis qu'une personne publique puisse être condamnée à rémunérer des travaux dont elle a profité (CE, 22 décembre 1859, *Commune de Vézac*, p. 767 ; CE, 19 avril 1860, *Commune de Gonnord*, p. 338). Et vous avez expressément jugé, par une décision du 26 juillet 1916, *Commune de Gaud* (p. 322), qu'une commune ne peut s'enrichir aux dépens d'un entrepreneur de travaux publics et que celui-ci dispose d'une

« action afin de se faire rembourser les dépenses utiles qu'il a faites »¹. C'est ce qui permettait au président Heumann, dans ses conclusions sur l'arrêt Ministre de la Reconstruction et du Logement c/Sté Sud-Aviation, d'affirmer que « la notion d'enrichissement sans cause, même si elle n'est illustrée par aucun précédent solennel, a acquis droit de cité dans la jurisprudence administrative ».

Pour que la théorie de l'enrichissement sans cause trouve à s'appliquer, plusieurs conditions doivent, en principe, être remplies :

- un enrichissement du débiteur ;
- un appauvrissement du créancier ;
- l'existence d'un lien entre cet enrichissement et cet appauvrissement ;
- l'absence de cause juridique ;
- l'absence d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction.

Cette dernière condition reflète une affirmation couramment admise par la doctrine, consacrée par le juge judiciaire, et dont vous vous êtes fait l'écho dans certaines de vos décisions : l'action *de in rem verso* n'aurait qu'un caractère subsidiaire. On en trouve, notamment, des illustrations avec vos décisions de Section Commune de Vaux en Velin du 18 juin 1976 (p. 318) et Commune de la Teste de Buch du 27 juillet 1984 (p. 282)². Ce caractère subsidiaire s'explique assez facilement : autoriser l'invocation, à titre principal, de la théorie de l'enrichissement sans cause permettrait de contourner les multiples règles dans lesquelles la loi ou votre jurisprudence ont enserré l'exercice des autres voies de recours.

Il faut toutefois observer que vous avez apporté un important tempérament à l'affirmation de ce principe, précisément dans l'hypothèse de la nullité d'un contrat. En effet, depuis une décision du 19 avril 1974, Société « Entreprise Louis Segrette » (n°s 82518 82553, aux Tables p. 1052), vous jugez que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité est fondé à demander, en tout état de cause, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité. En outre, et dans le cas où la nullité résulte de la faute de l'administration, il peut prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et, le cas échéant, demander à ce titre le paiement du bénéfice dont il aurait été privé du fait de la nullité du contrat. Il ne peut, toutefois, en aller ainsi que si la faute a été effectivement dommageable pour le cocontractant ; tel n'est pas le cas si le remboursement des dépenses utiles lui assure une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée. Vous faites donc jouer, dans cette hypothèse, la responsabilité quasi-contractuelle avant la responsabilité quasi-délictuelle. Cette approche a été constamment reprise depuis 1974, et en particulier par votre décision de Section Société Citicable Est du 20 octobre 2000 (p. 457). Elle a été explicitée par une décision lue le 26 mars dernier, Société Spie Batignolles. Vous avez jugé que le cocontractant peut obtenir une indemnisation, sur le terrain

¹ Dans le même sens : CE, 18 juin 1920, Epoux Rigault, p. 596 ; CE, 5 août 1920, Grouvelle, p. 823 ; CE, Section, 2 décembre 1938, Sieur Lailly, p. 905 ; sur cette question cf. la thèse de G. Bayle, « L'enrichissement sans cause en droit administratif », LGDJ, 1973, pp. 9-30.

² Pour une illustration récente : CE, 21 novembre 2007, Ville de Carcassonne, n° 296962

quasi-délictuel, de dépenses par lui engagées mais dépourvues de caractère utile pour l'administration ; et vous avez estimé que, pour évaluer la limite fixée à l'indemnité susceptible d'être allouée à l'entrepreneur, il convenait de prendre en compte l'ensemble de la rémunération à laquelle celui-ci aurait eu droit en exécution du contrat, si le contrat n'avait pas été déclaré nul.

Le fondement théorique de cette approche peut prêter à discussion, dans la mesure où elle s'écarte d'un principe par ailleurs régulièrement réaffirmé³. Dans ses conclusions sur votre décision de Section Société France-Reconstruction-Plan du 2 décembre 1966, le Commissaire du Gouvernement, J. Fournier, estimait 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 la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, et qui veut que la première « absorbe » la seconde. On peut également observer que la mise en jeu de la responsabilité quasi-délictuelle de la personne publique ne constitue pas une voie de droit équivalente à la mise en jeu de sa responsabilité quasi-contractuelle : sur le terrain de la faute, on peut obtenir davantage que l'indemnisation des seules dépenses utiles, mais la faute du cocontractant peut aussi – on va le voir – atténuer la responsabilité de l'administration. Les deux responsabilités ne sont donc pas substituables. Quoi qu'il en soit, en pratique, dans votre jurisprudence, c'est bien la responsabilité quasi-délictuelle qui joue un rôle subsidiaire, lorsque la faute invoquée est à l'origine de la nullité du contrat. A tout le moins, comme l'observait le président Genevois dans ses conclusions sur la décision Commune de Vaux en Velin, l'appauvri a « *le choix entre l'action de in rem verso et l'action quasi-délictuelle sans être tenu d'exercer d'abord la seconde.* »

Relevons que la notion de dépense utile a été progressivement précisée au fil de vos décisions. Elle englobe non seulement les dépenses directes engagées au profit de l'administration, mais aussi les dépenses indirectes, charges diverses et frais généraux. L'indemnité à laquelle donne droit l'application du principe de l'enrichissement sans cause est limitée au profit que la collectivité a retiré des prestations accomplies ; mais ce profit doit être calculé en intégrant l'ensemble des dépenses que la collectivité a ainsi évité d'engager. Votre décision Sté « Entreprise Louis Segrette » de 1974 en fournit une illustration particulièrement topique ; vous avez également jugé que, s'agissant de l'affectation d'une quote-part des frais fixes, cette affectation doit se faire au coût moyen et non au coût marginal (cf. CE, 25 octobre 2004, Commune du Castellet, aux Tables p. 601). Vous appréciez, au cas par cas, si des dépenses présentent ou non un caractère utile, sans avoir, à notre connaissance, tenté de formaliser cette approche, qui demeure souple. Vous déniez tout caractère utile à des dépenses engagées pour la réalisation d'un projet auquel la collectivité a finalement renoncé (CE, 24 novembre 2006, M..., n° 268129, p. 490)⁴. En tout état de cause, le montant doit être calculé déduction faite de tout bénéfice.

Enfin, même si vous ne l'avez jamais affirmé avec la portée d'un véritable principe, il résulte de votre jurisprudence que, pour pouvoir être indemnisées, les dépenses doivent avoir été engagées avec l'assentiment, au moins tacite de l'administration. Mais, s'agissant de contrats annulés ou déclarés nuls, cette condition est, par définition, remplie.

³ Cf. par exemple F. Moderne, « Les quasi-contrats administratifs », Sirey, 1995, pp. 121-125

⁴ Les dépenses « improductives » ne peuvent pas davantage être regardée comme des dépenses utiles : cf. CE, 26 mars 2008, Société Spie Batignolles.

Les requêtes qui vous sont aujourd'hui soumises devraient vous amener non pas à remettre en cause cette construction jurisprudentielle, mais à lui apporter des compléments qui devraient, selon nous, renforcer son équilibre. Vous le ferez en tranchant deux questions principales : sur le terrain quasi-contractuel, la faute de l'appauvri peut-elle conduire à refuser de l'indemniser pour une partie des dépenses utiles qu'il a engagées ? sur le terrain quasi-délictuel, cette faute peut-elle amener le juge à lui refuser toute indemnisation de son manque à gagner ?

* * *

Il est temps, à présent, d'en venir à un bref exposé des principaux éléments du litige.

Le département des Alpes-Maritimes et la société Jean-Claude Decaux ont conclu, en octobre 1989, un marché d'une durée de 15 ans ayant pour objet la location, la maintenance et la mise à disposition de mobilier urbain. Ce marché a été passé selon la procédure applicable aux marchés négociés sans mise en concurrence préalable, procédure alors prévue par l'article 312 bis du code des marchés publics. Saisi par le préfet, le TA de Nice, par un jugement en date du 2 juin 1992, a annulé le marché, au motif que le contrat n'entrait pas dans le champ d'application de cet article. Les deux parties ont cependant poursuivi leurs relations, malgré le vide juridique né du jugement du TA (devenu définitif), jusqu'à la fin de l'année 1994...

La société Decaux a alors demandé au département de l'indemniser de son préjudice, estimé à un peu plus de 90 millions de F. S'étant heurtée à une décision implicite de rejet, elle a saisi le TA, qui a fait droit, très partiellement, à sa demande, à hauteur de 7 729 000 F, soit 7 232 000 F au titre des dépenses qui s'étaient révélées utiles à la collectivité et 497 000 F au titre du manque à gagner. Relevons dès à présent, car c'est là la question centrale du dossier, que le TA a mis à la charge du département 100 % des dépenses utiles, mais seulement 50 % du manque à gagner, en raison de la faute qu'avait commise la société en se prêtant à la conclusion d'un marché négocié sans mise en concurrence, alors que les prestations étaient susceptibles d'être fournies par d'autres entreprises.

Le département a fait appel du jugement, ce qui a conduit la société Decaux à présenter un appel incident. La CAA de Marseille a procédé en deux temps. Par un premier arrêt, en date du 22 janvier 2002, elle a statué sur le principe de la responsabilité : confirmant le jugement du TA en ce qu'il avait considéré que la société avait commis une faute de nature à atténuer la responsabilité du département à concurrence de 50 %, elle s'en est séparée en appliquant ce partage de responsabilité tant à la réparation du dommage imputable à la faute du département – le manque à gagner – qu'au remboursement des dépenses utiles. La cour a, par ailleurs, ordonné une expertise avant dire droit sur la demande de la société. Puis, par un second arrêt, en date du 21 juin 2005, elle a chiffré les dépenses utiles à un montant de 1 732 196,30 euros, et a donc accordé à la société 866 098,15 euros (50 %) à ce titre ; ayant jugé que le montant de 1 732 196,30 euros assurait à la société une rémunération supérieure à celle à laquelle elle aurait eu droit en application du contrat, la cour en a déduit qu'il n'y avait pas lieu d'indemniser le manque à gagner.

Ni le TA, ni la CAA n'ont donc remis en cause le mode de raisonnement qui est le vôtre depuis la décision Société « Entreprise Louis Segrette » de 1974 ; l'une et l'autre ont admis un partage de responsabilité sur le terrain quasi-délictuel ; mais la cour s'est singularisée en faisant jouer également ce partage sur le terrain quasi-contractuel.

Sous le n° 244950, la société Decaux s'est pourvue en cassation contre l'arrêt du 22 janvier 2002 ; dans la même instance, le département des Alpes-Maritimes a présenté un pourvoi incident.

Sous les n° 284439 et 284607, le département et la société se sont pourvus contre l'arrêt du 21 juin 2005.

* * *

Au nombre des moyens invoqués par la société Decaux pour demander l'annulation du premier arrêt, figure celui tiré de ce que la cour a entaché celui-ci d'erreur de droit, en estimant que le partage de responsabilité qu'elle avait opéré sur le terrain quasi-délictuel était également applicable au titre de l'enrichissement sans cause.

La question des incidences de la faute de l'appauvri sur l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause a donné lieu, dans la doctrine civiliste, à de très nombreuses analyses⁵, ainsi qu'à une jurisprudence du juge judiciaire aussi riche qu'évolutive. Les données sont moins abondantes en ce qui concerne le droit administratif...

On peut, en réalité, déceler deux lignes apparemment distinctes dans votre jurisprudence.

La première ligne, que nous qualifierons de ligne dominante, tend à neutraliser la faute de l'appauvri, dès lors que les dépenses engagées par celui-ci l'ont été sinon sur la demande de la collectivité, du moins avec son assentiment, même tacite (CE, Section, 14 octobre 1966, Ministre de la Reconstruction c/Ville de Bordeaux, p. 537 ; CE, 2 décembre 1966, Société France-Reconstruction-Plan, préc. ; CE, 19 mars 1982, C..., n° 18632, aux Tables p. 671 ; CE, 24 juin 1987, Bureau d'aide sociale de la ville de Briançon, n° 74118).

Une deuxième ligne jurisprudentielle tend, elle, à exonérer partiellement ou totalement la collectivité, sur le terrain quasi-contractuel, en cas de faute de l'appauvri (CE, 10 mars 1965, M... et dame D..., n° 61748, aux Tables p. 1048 ; CE, 6 octobre 1965, Consorts B..., n°s 55854 60283 et 60308, aux Tables p. 1048, RDP 1966.357 ; CE, 30 janvier 1974, Commune de Houilles, p. 75 ; CE, 18 décembre 1987, Administration générale de l'Assistance Publique à Paris et M. Jean L..., n° 57303). Dans certaines de ces espèces, vous avez estimé que la faute ou l'imprudence du cocontractant constituait la cause de son appauvrissement.

⁵ Cf. notamment H. Perinet-Marquet, « Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri », JCP 1982, I, 3075 ; A.M. Romani, « La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu », D. 1983, Chr. 127 ; J. Djoudi, « La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause », D. 2000, Chr. 609 ; J.L. Aubert, « Quelques remarques sur la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause », in Mélanges Dupichot, Bruylant, 2004

Nous vous proposons, dans l'hypothèse où la théorie de l'enrichissement sans cause vient à s'appliquer en raison de la nullité d'un contrat, de trancher clairement en faveur du premier de ces deux courants

Plusieurs considérations nous paraissent plaider en ce sens.

Nous ne nous fonderons pas, ou pas seulement, sur l'idée selon laquelle l'enrichissement sans cause aurait, par principe, un caractère exclusivement objectif, et se bornerait, pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, à une pesée des patrimoines. Des considérations subjectives sont toujours intervenues dans la jurisprudence du juge judiciaire, et on en trouve également trace dans la vôtre. Nous ne tenterons pas de dresser ici un panorama de la jurisprudence de la Cour de Cassation en la matière, mais nous relèverons qu'elle fait place, même si cette place se réduit, à la faute de l'appauvri. Il a d'abord été jugé, à plusieurs reprises, notamment par la 1^{ère} chambre civile, que la faute du demandeur qui est à l'origine de son appauvrissement le prive de l'action *de in rem verso* (cf. Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1974 ; JCP 1976, II, 18331). Puis la 1^{ère} chambre a infléchi sa jurisprudence en jugeant que le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne privait pas l'appauvri de son recours (Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997, Bull. civ. I, n° 88 ; D. 1997.407). La doctrine a logiquement interprété cette évolution comme subordonnant le caractère exonératoire de la faute de l'appauvri à la commission d'une faute d'une certaine gravité. Mais la Chambre commerciale, pour sa part, paraît s'en tenir à la jurisprudence antérieure (Cass. Com., 18 mai 1999, D. 1999 IR 157 ; JCP 1999, éd. E, p. 1127). En tout état de cause, pour le juge judiciaire, la faute, au moins en certains cas, est de nature à faire obstacle à l'invocation de l'enrichissement sans cause. Nous ne voyons pas pourquoi vous renonceriez, pour votre part, de façon absolue, à tenir compte de la faute commise par l'appauvri.

En revanche, il nous semble, conformément à la première ligne jurisprudentielle que nous évoquions, que la faute de l'appauvri ne saurait, normalement, conduire le juge à priver celui-ci de la possibilité d'invoquer l'enrichissement sans cause lorsque les dépenses qu'il a engagées l'ont été avec l'assentiment de la collectivité. Dans un tel cas de figure, la faute commise – par exemple le fait d'avoir engagé des travaux sans contrat ou avant qu'un contrat ne soit signé – peut être réelle ; mais cette faute est, en quelque sorte, couverte par le consentement, ou du moins l'absence d'opposition, de la personne publique, qui, autrement, s'enrichirait de façon indue. Or, on l'a vu, l'hypothèse dans laquelle, par construction, la collectivité a donné son consentement est bien celle où un contrat a été conclu, même s'il est ultérieurement déclaré nul ou annulé par le juge⁶.

On pourrait, il est vrai, soutenir qu'admettre systématiquement que le cocontractant de l'administration puisse se voir rembourser des dépenses engagées, malgré la nullité du contrat, reviendrait à priver d'effet celle-ci ; on ne courrait alors plus aucun risque à exécuter un contrat illégal, voire à exécuter des prestations hors de tout contrat.

Une telle interprétation serait cependant erronée, puisque seules les dépenses utiles à la collectivité, à l'exclusion de tout bénéfice, peuvent être indemnisées sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause. Pour le reste, c'est la responsabilité quasi-délictuelle

⁶ Pour une analyse de la portée de l'assentiment de la personne publique, cf. G. Bayle, préc., pp. 121 à 130.

qui s'applique, avec, nous allons le voir, la possibilité ouverte au juge de tirer toutes les conséquences de la faute du cocontractant.

Il existe, en outre, une limite au jeu de l'enrichissement sans cause : l'assentiment de la collectivité ne saurait être utilement invoqué pour obtenir le remboursement des dépenses utiles lorsque cet assentiment a été vicié par le fait même du cocontractant. Tel est le cas si la signature du contrat a été obtenue par la violence ou par le dol, au sens des articles 1112 et 1116 du code civil. Concrètement, l'entrepreneur qui corrompt tel ou tel décideur local pour emporter un marché ne saurait, selon nous, obtenir l'indemnisation des dépenses engagées, alors même que ces dépenses se seraient révélées utiles à la collectivité.

Nous vous proposons donc de consacrer une solution qui, au demeurant, vient d'être retenue par vos 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies dans une décision T... du 22 février dernier (n° 266755, aux Tables p. 812) : les fautes commises par l'entrepreneur sont sans incidence sur son droit à indemnisation, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration.

Nous estimons par conséquent que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la faute consistant, pour le cocontractant, à se prêter à la conclusion d'un marché dont il ne pouvait ignorer l'illégalité était de nature à atténuer l'indemnité mise à la charge de la collectivité sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Quelles conséquences tirer de cette erreur de droit ?

On pourrait considérer qu'elle ne doit entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué qu'en tant que celui-ci applique un partage de responsabilité aux dépenses utiles, et non en tant qu'il applique le même partage à la responsabilité quasi-délictuelle. Ce n'est pas la solution que nous vous proposons d'adopter, pour au moins deux raisons. En premier lieu, il est difficile de scinder l'opération intellectuelle consistant à appliquer un même partage, fondé sur les mêmes fautes, à deux chefs de responsabilité. En second lieu, comme on l'a vu, l'invocation de la responsabilité quasi-délictuelle ne permet, le cas échéant, que de compléter l'indemnisation des dépenses utiles. Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt du 22 janvier 2002. Puis vous ferez droit au moyen invoqué par la société Decaux dans le cadre de son pourvoi dirigé contre le second arrêt de la CAA, celui du 21 juin 2005, moyen tiré de ce que l'annulation du premier arrêt de la cour implique l'annulation du second. On pourrait peut-être imaginer de sauver, dans le second arrêt, ce qui a trait à l'évaluation financière du préjudice par la cour, en y appliquant le partage de responsabilité que vous aurez vous-même déterminé, mais un tel « détricotage » nous paraît aller, en l'espèce, au-delà de votre office. Vous annulerez donc, par voie de conséquence, l'arrêt du 21 juin 2005, et vous aurez d'autant moins de scrupules à le faire qu'un certain nombre de moyens de cassation étaient, en tout état de cause, fondés, à commencer par celui tiré de ce que la cour n'a ni visé, ni analysé un mémoire produit avant la clôture de l'instruction.

L'ancienneté des dossiers conduit à ce que vous fassiez usage de la faculté ouverte par l'article L. 821-2 du code et que vous régliez l'affaire au fond. Vous êtes donc saisis d'un appel du département et d'un appel incident de la société Decaux dirigés contre le jugement du TA de Nice. Par ce jugement, rappelons-le, le TA a mis à la charge du département une somme de 7 232 000 F au titre des dépenses utiles à la collectivité ; il a évalué le manque à

gagner à 994 000 F, a appliqué sur ce chef de préjudice un partage de responsabilité à 50/50 et a donc mis 497 000 F à la charge du département.

Vous écarterez, tout d'abord, les moyens tirés de l'irrégularité du jugement. Le moyen tiré de ce que le TA aurait méconnu les dispositions de l'article R. 200 du CTACAA alors en vigueur est dépourvu de toute précision. Par ailleurs, en limitant la période au titre de laquelle il estimait que le montant des dépenses utiles devait être calculé, le tribunal n'a pas soulevé d'office un moyen et n'avait donc pas à en aviser les parties.

Vous examinerez ensuite la question de la responsabilité quasi-contractuelle du département, et donc celle des dépenses utiles.

Si vous nous avez suivi pour annuler l'arrêt de la cour, vous jugerez tout d'abord, en écartant le moyen invoqué par le département, que la société avait droit à l'intégralité des dépenses utiles qu'elle a exposées, puisqu'il n'est pas établi, ni même allégué, qu'elle aurait elle-même commis une faute de nature à vicier le consentement de la collectivité.

Vous vous prononcerez ensuite sur la période à prendre en compte pour déterminer le montant des dépenses utiles. Le TA a en effet jugé – ce que conteste la société Decaux – que celle-ci avait droit au paiement des dépenses utiles pour les prestations effectuées avant le 2 juin 1992, date de l'annulation du marché, mais pas au-delà de cette date. Vous ferez droit au moyen invoqué par la société, tiré de ce qu'elle doit être indemnisée des dépenses utiles engagées après cette date. Il peut évidemment paraître assez choquant que le département et la société Decaux aient continué d'exécuter comme ils l'ont fait, durant deux années et demi, jusqu'à la fin de l'année 1994, un marché qui avait été annulé par le juge administratif. Toutefois, et cet élément est déterminant, c'est avec l'assentiment de la collectivité que son cocontractant a poursuivi ses prestations, prestations dont le département a tiré profit. Dès lors, la faute commise par la société Decaux, faute commune avec celle commise par le département, ne saurait avoir pour effet de faire échec à l'application du principe de l'enrichissement sans cause. Le TA a bien commis une erreur de droit en déniait le caractère de dépenses utiles aux dépenses engagées entre le 2 juin 1992 et le 31 décembre 1994. En tout état de cause, cette erreur n'a qu'une incidence modeste, l'essentiel des dépenses utiles ayant été engagé avant l'annulation du jugement.

Une fois le cadre juridique ainsi défini, les divers moyens invoqués par les deux parties ne portent que sur les modalités de calcul de l'indemnisation. Or, sur ce point, nous disposons, avec le rapport d'expertise établi devant la cour, d'un document très complet dont nous vous proposerons, pour une large part, de vous réapproprier les conclusions.

Si la société Decaux n'apporte pas la preuve des dépenses engagées, l'évaluation de l'expert tient compte des investissements et prestations effectivement réalisés, avec application des prix correspondant aux périodes où ils l'ont été. Il est inexact que les opérations d'entretien et d'affichage aient pu être exécutées simultanément, ce qui réduirait d'autant les dépenses exposées à ce titre. Le département soutient qu'un certain nombre de postes de dépenses auraient été surévalués (réalisation d'affiches et de plans supplémentaires, frais de maintenance, frais généraux) ; mais il n'apporte pas d'éléments convaincants susceptibles de remettre en cause l'analyse de l'expert. De même, le département ne démontre pas que l'expert aurait déduit de la somme des dépenses utiles un montant insuffisant de

chiffre d'affaires publicitaire. Nous nous séparons en revanche de l'expert en ce qu'il considère comme des dépenses utiles les frais de dépose du mobilier : il ne résulte pas de l'instruction que les mobiliers enlevés en cours de contrat l'aient été à la demande du département. Quant aux mobiliers déposés en 1995, il s'agissait d'une obligation légale pour la société, qui n'avait plus de titre à occuper le domaine public. Nous vous proposons donc de juger que les frais de dépose n'entrent pas dans la catégorie des dépenses utiles, comme l'avait d'ailleurs déjà fait la cour. Enfin, il est patent que la société Decaux a pu réutiliser un certain nombre de mobiliers dans le cadre de contrats ultérieurement conclus avec les communes sur le territoire desquels ils étaient implantés ; cet élément a été, à juste titre, pris en compte par l'expert.

Reste le problème des frais financiers. La question est de savoir si les frais financiers engagés par le cocontractant entrent ou non dans la catégorie des dépenses utiles. A cette question, votre jurisprudence donne, à ce stade, une réponse positive. Vous avez en effet jugé très explicitement, par votre décision Société « Entreprise Louis Segrette » du 19 avril 1974, que devaient être regardées comme des dépenses utiles les frais exposés par l'entrepreneur pour financer les travaux. Par ailleurs, vous avez jugé que, dans le cas d'une concession de service public, la nullité du contrat ouvrait au cocontractant la possibilité d'être indemnisé du déficit supporté en raison de l'exploitation, *« compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer*

les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service » (CE, 16 novembre 2005, A... et Commune de Nogent-sur-Marne, n°s 262360 263709, p. 507).

Une telle solution ne va cependant pas tout à fait de soi. Regarder comme des dépenses utiles une quote-part des frais généraux exposés par l'entreprise est logique, puisque de tels frais s'incorporent inévitablement aux travaux ou prestations effectués. En revanche, admettre qu'il en aille de même pour les frais financiers revient à considérer que la notion de dépense utile peut voir son contenu fluctuer en fonction des choix de financement effectués par l'entrepreneur – recours à l'endettement ou non. Or des investissements ont a priori la même valeur pour la collectivité, que l'entrepreneur les ait financés ou non par recours à l'emprunt. On pourrait, il est vrai, soutenir que, quel que soit le mode de financement retenu par l'entreprise, celui-ci a un coût : intérêts d'emprunt, en cas de recours à l'endettement, mais aussi coût d'immobilisation du capital, en cas de financement sur fonds propres et que toute entreprise, en fonction de sa situation et de l'évolution du marché, est appelée à procéder en permanence à des arbitrages entre les différents modes de financement possibles de ces activités. Ceci étant, il est loin d'être évident que le coût d'immobilisation du capital puisse être assimilé à une dépense utile pour la collectivité.

Nous serions donc assez tenté de vous proposer d'infléchir votre jurisprudence. Nous le serions d'autant plus que l'indemnisation des frais financiers pourrait, le cas échéant, être recherchée en mettant en jeu la responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité. Mais, en l'espèce, vous pourrez écarter ce chef de préjudice pour une raison simple : la société Decaux n'a jamais justifié des frais financiers engagés et l'expert, pour sa part, s'est borné 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, puisqu'il s'élève à 610 522,9 euros. Le

caractère totalement hypothétique d'une telle reconstitution interdit, selon nous, de reconnaître le caractère de dépenses utiles aux frais financiers allégués

Vous condamnerez donc le département à verser à la société Decaux, au titre des dépenses utiles, une somme globale de 1 121 672 euros.

La société Decaux est fondée à soutenir que cette somme doit être majorée du montant de la TVA au taux en vigueur au jour du règlement (la question a été tranchée par votre décision du 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt, à publier au Recueil).

Nous pouvons à présent en venir à l'examen de la responsabilité quasi-délictuelle du département.

Le TA – et nous avons vu que la cour avait eu la même approche – a estimé que la société Decaux avait commis une faute en se prêtant à l'exécution d'un marché négocié alors que les prestations étaient manifestement susceptibles d'être fournies par des entreprises concurrentes ; il a jugé que cette faute était de nature à atténuer de moitié la responsabilité du département des Alpes-Maritimes.

La société vous demande de juger qu'elle n'a commis aucune faute et le département que la faute de la société l'exonère de toute responsabilité.

C'est, à titre principal, la question de savoir s'il est possible de faire droit aux conclusions du département, c'est-à-dire de juger que la faute de la société est totalement exonératoire, qui a justifié le renvoi de l'affaire devant votre formation de jugement, après un premier examen, en décembre dernier, par les 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, aux conclusions de notre prédécesseur D. Casas.

Votre jurisprudence admet que la faute de la victime puisse exonérer totalement de sa responsabilité l'administration ; mais elle ne l'admet qu'avec une certaine parcimonie. On y trouve toutefois différentes illustrations de l'idée selon laquelle, alors même que la personne publique a commis une faute, voire une faute lourde (par exemple dans l'exercice de ses pouvoirs de police ou de contrôle), l'imprudence caractérisée de la victime ou les fautes graves commises par celle-ci doivent être regardées comme pleinement exonératoires. Vous estimez parfois, en vous plaçant sur le terrain de la causalité, que le comportement de la victime est la cause essentielle ou unique de son préjudice. Mais il est aussi des cas dans lesquels le comportement de la victime semble la disqualifier purement et simplement ; lui est ainsi opposée, même si ce n'est pas de façon explicite, la maxime « nemo auditur ». Pour une imprudence caractérisée, voyez votre décision de Section du 11 mai 1951, Dame veuve D... (p. 258) : le batelier qui fait monter dans une embarcation dépourvue de bouées de sauvetage un nombre de personnes double de celui qu'elle pouvait normalement contenir ne peut mettre en cause la responsabilité de la commune, alors même que celle-ci a bien commis une faute lourde en s'abstenant de prendre toute mesure de nature à prévenir les dangers. Dans la même logique, une commune n'encourt aucune responsabilité lorsque une personne adulte se noie dans une piscine municipale durant les heures de fermeture alors qu'elle ne savait pas nager (CE, 29 février 1980, Ministre de l'Economie et des Finances c/Commune de Saint-Jean-Pied-de-Port, p. 119) ; et une commune n'engage pas davantage sa responsabilité lorsqu'une personne escalade une statue, en provoque la chute et est victime de celle-ci (CE, 25 février

1988, G..., n° 70564, aux Tables p. 1016). De même, un éleveur qui méconnaît gravement les dispositions relatives à la prophylaxie de la brucellose ne peut réclamer à l'Etat la réparation du préjudice que lui cause l'abattage de son cheptel, alors même que l'abattage a concerné non seulement les animaux infectés, mais aussi des animaux sains (CE, 6 janvier 2006, Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires Rurales c/G..., n° 260714, aux Tables). Il en va également ainsi lorsque c'est la victime elle-même qui a, en réalité, empêché l'administration de remplir ses missions : voyez votre décision du 28 juin 1968, Société mutuelle d'assurances contre les accidents en pharmacie et autres (p. 412), à propos de l'affaire dite du « stalinon », ou encore CE, 1^{er} octobre 1976, Compagnie d'assurances « la Concorde » et époux R..., n° 99228 (p. 388), ainsi que CE, Section, 7 juillet 1980, SARL « Cinq-sept », p. 129. Comme le rappelait le Président Massot dans ses conclusions sur cette dernière affaire, l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit ne peut se prévaloir de la faute de l'autorité administrative qui ne l'a pas empêché de le commettre, ou ne l'a pas suffisamment surveillé.

Dans le même esprit, le risque pris délibérément par la victime, le risque auquel elle s'expose sciemment, peut vous conduire à la juger seule responsable de son préjudice (CE, Section, 23 octobre 1987, Société Nachfolger navigation company Ltd, n°72951, p. 319; CE, 10 juillet 1996, M..., n° 143487, p. 289).

Nous observerons cependant que l'imprudence grave de la victime n'est pas toujours regardée comme totalement exonératoire (cf. par exemple : CE, 28 avril 1978, Société Générale, p. 194⁷).

Il peut aussi survenir que la faute de la victime, pour réelle qu'elle soit, n'atténue en rien la responsabilité de la personne publique ; tel est le cas lorsque le préjudice est sans lien avec cette faute. Vous avez ainsi jugé que l'Etat devait indemniser le préjudice subi par une installation classée à l'occasion d'une manifestation, dans le cadre de sa responsabilité pour les dommages causés par des attroupements et rassemblements, alors même que cette installation était exploitée en méconnaissance de la législation applicable (CE, 21 février 1996, S.A.R.L. « Oeufs B.B. », p. 50)⁸.

Lorsque le comportement de la victime se borne à aggraver les conséquences de la faute commise par l'administration, ou concourt simplement à la réalisation du préjudice, sa responsabilité n'est logiquement que partielle⁹.

⁷ Voir aussi CE, 30 janvier 1980, Consorts Q..., n° 12928, aux tables p. 877 ; CE, 9 mai 1980, Commune de Lagnac-le-Long et consorts C..., n°s 07213 07393, aux tables p. 876 ; CE, 19 décembre 1980, Ministre des transports c. Assurances Générales de France et J..., n°s 16057 16058, aux tables p. 876 ; CE, 22 novembre 1985, Compagnie d'assurances « The Yorkshire insurance company limited », p. 340 ; CE, 3 novembre 1989, Société en nom collectif S... et autres, n° 80974, aux tables p. 929.

⁸ En revanche, l'exploitant d'une pisciculture qui prélève l'eau d'une rivière sans autorisation n'est pas fondé à demander la réparation du préjudice que lui cause la pollution accidentelle de cette eau (CE, 30 juillet 1997, S.A. Geoffroy, n° 156375, aux tables p. 1072).

⁹ CE, 3 novembre 1976, Association syndicale autorisée des propriétaires du parc de Maisons-Laffitte, aux tables p. ; CE, 22 mars 1985, M..., n° 39197, aux tables p. 774 ; CE, 26 juillet 1985, Compagnie nationale Air-France, p. 256 ; CE, Section, 6 novembre 2002, G..., n° 227147, p. 376.

C'est une même logique de partage de responsabilité qui prévaut lorsqu'une personne sollicite la délivrance d'une autorisation illégale, qu'elle l'obtient et que l'autorisation est ensuite annulée ; sa faute atténue la responsabilité de la personne publique, mais cette atténuation n'est, en principe, que partielle ; la jurisprudence relative à la délivrance de permis de construire en offre de multiples illustrations¹⁰. Dans le même esprit, l'auteur d'une demande engage sa responsabilité, et exonère partiellement celle de l'administration, si l'illégalité de l'autorisation lui est imputable : cf. CE, 31 mars 1989, C..., n° 81903 (p. 103), pour une hypothèse dans laquelle l'annulation de l'autorisation d'exploiter un ouvrage hydroélectrique est due aux insuffisances de l'étude d'impact, étude d'impact réalisée par le pétitionnaire lui-même. Concrètement, dans le partage de responsabilité auquel vous procédez, l'un des éléments importants d'appréciation porte sur la connaissance qu'est supposée avoir la victime du risque qu'elle encourt : ce qui est admissible d'un simple citoyen ne le sera pas d'un professionnel avisé.

Comment ces principes jurisprudentiels trouvent-ils à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration est recherchée en raison de la nullité ayant affecté un contrat ?

Lorsque le cocontractant d'une personne publique se plaint du préjudice que lui a causé une clause contractuelle ultérieurement déclarée nulle, la logique semble aller dans le sens d'un partage de responsabilité, puisque la clause en question est réputée avoir été insérée dans le contrat par le commun accord des parties (CE, Section, 9 décembre 1949, Sieur Chami, p. 542). Vous avez ainsi jugé que si l'administration commet une faute engageant sa responsabilité en insérant dans un contrat conclu avec un architecte des stipulations contraires aux prescriptions légales, l'architecte commet de son côté une faute en acceptant des clauses dont il ne pouvait ignorer l'illégalité, d'où, en l'espèce, un partage par moitié (CE, 13 juillet 1968, S..., n° 70932, p. 460). Vous avez également jugé qu'en se prêtant à la conclusion d'un marché dont les stipulations méconnaissent les dispositions réglementaires applicables, une caisse de cautionnement avait commis une faute de nature à atténuer de moitié la responsabilité de la personne publique (CE, Section, 11 février 1972, OPHLM du Calvados et caisse franco-néerlandaise de cautionnement, p. 135). Mais l'insertion de stipulations illégales dans un contrat, puis la déclaration de nullité dudit contrat, n'impliquent pas nécessairement un partage par moitié. Une fois le contrat déclaré nul, vous recherchez si la faute commise par l'une des parties n'a pas eu un rôle prépondérant ; il vous est ainsi arrivé de procéder à une répartition à hauteur de 75 et 25 % (CE, Section, 13 octobre 1972, Société anonyme de banque « Le Crédit du Nord » c/ OPHLM du Calvados, p. 630).

Qu'en est-il lorsque la nullité d'un contrat n'est pas la conséquence de la nullité de l'une de ses clauses, mais de l'irrégularité des conditions dans lesquelles il a été passé par la collectivité publique ? Cette irrégularité engage, en principe, la responsabilité pour faute de la collectivité. Tel est le cas lorsque l'exécutif d'une collectivité locale ou d'un établissement public de coopération intercommunale signe une convention sans l'autorisation de l'organe délibérant (cf. CE, 17 octobre 1980, Société Assistance Technique et Coordination et S..., n° 11905 ; CE, 6 février 1981, Commune de Sixt, aux Tables p. 910), ou encore lorsqu'une

¹⁰ Pour un partage de responsabilité à 50/50, cf. CE, 12 novembre 1975, SCI « Résidence du pays d'Oc », aux tables p. 1263 ; CE, 2 octobre 2002, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ M. et Mme G..., n° 232720, aux tables p. 926 ; pour une atténuation de la responsabilité de l'Etat à hauteur de 25 %, cf. CE, 23 juin 1976, Société « Construction immobilière rhodanienne », aux tables p. 1128

commune méconnaît les dispositions alors applicables soumettant l'approbation du contrat à l'autorité de tutelle (CE, 1^{er} février 1980, B..., n° 8556). Tel est aussi le cas lorsqu'un établissement public attribue un marché à un prétendu groupement d'entreprises sans vérifier si la société qui se prétendait être le mandataire commun l'était réellement (CE, 14 décembre 1988, Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, aux Tables p. 1003).

Toutefois, dans ces différentes hypothèses, vous avez toujours recherché si l'ex-cocontractant de l'administration avait, le cas échéant, commis une faute de nature à atténuer la responsabilité de l'administration. Il vous est ainsi arrivé de dénier tout droit à indemnité à l'entrepreneur en raison de son imprudence à donner suite à une commande passée dans des conditions irrégulières (cf. la décision Commune de Sixt précitée).

Il n'y a donc nul obstacle de principe à ce que vous procédiez aujourd'hui à la même pesée ; et il n'y a pas davantage d'obstacle de principe à ce que vous jugiez que le comportement de la société Decaux s'oppose, en l'espèce, à toute indemnisation sur le terrain quasi-délictuel. La pente naturelle de votre jurisprudence pourrait vous conduire à incliner, de façon somme toute assez classique, vers un partage de responsabilité. Mais nous estimons qu'une série d'arguments doivent vous inciter à retenir une autre solution.

Certes, il n'est pas contestable que le département des Alpes-Maritimes, en s'exonérant du respect du code des marchés publics, a commis une faute. Encore convient-il d'observer que lorsqu'une collectivité commet ce type de fautes, elle n'en tire elle-même aucun bénéfice, si ce n'est l'économie de dépenses administratives liée à l'absence de mise en concurrence ; elle en est, en revanche, la première victime, dès lors qu'elle se prive de la possibilité de voir un autre soumissionnaire présenter une offre de meilleure qualité et/ou d'un coût moindre.

Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce dont elle essaie de vous convaincre, la société Decaux a, elle aussi, ainsi que l'a jugé le TA, commis une faute, dans la mesure où elle ne pouvait ignorer, même en 1989, l'illégalité de la procédure retenue par le département et dont elle était le bénéficiaire.

Vous n'avez consacré de façon solennelle l'applicabilité du code des marchés publics aux contrats de mobilier urbain que par votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, rendue précisément sur la requête de la société Jean-Claude Decaux. Mais, ainsi que l'observait D. Casas dans ses conclusions sur cette affaire, depuis l'avis rendu par votre Section de l'Intérieur le 14 octobre 1980, avis rendu public et largement commenté, selon lequel les contrats de mobilier urbain constituent une variété de marchés de prestations de services assortis d'autorisation d'occupation du domaine public, « *personne ne pouvait plus ignorer la qualification qu'il y avait lieu de retenir pour ces contrats.* »

Au demeurant, lorsque le département des Alpes-Maritimes a conclu le marché litigieux avec la société Jean-Claude Decaux en 1989, il s'est placé dans le cadre du code des marchés publics. Mais il a fait application des dispositions de l'article 312 bis de ce code, qui permettaient de passer des marchés négociés sans mise en concurrence lorsque l'exécution ne pouvait être réalisée que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé. Tel était le cas lorsque les besoins ne pouvaient 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 la circonstance que certains des dispositifs d'affichage de la société Decaux aient fait l'objet de brevets ne suffisait certainement pas à justifier le recours à la procédure de marché négocié sans mise en concurrence, dès lors que les besoins de la collectivité pouvaient être satisfaits par le recours à d'autres procédés techniques. Nous ne sommes pas ici dans l'hypothèse où une collectivité locale décide d'acquérir un matériel qui est le seul susceptible de satisfaire ses besoins (cf. par ex. CE, 14 janvier 1987, Commissaire de la République de la Meuse, aux Tables p. 820). Vous avez d'ailleurs toujours eu une interprétation stricte des dispositions de cet article (pour une illustration de votre jurisprudence antérieure à 1989 : CE, 2 novembre 1988, Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ O.P.H.L.M. de Malakoff et société N.C.R., aux Tables p. 891). De surcroît, deux ans avant que n'intervienne la passation du marché en cause, le TA de Strasbourg avait déjà jugé, dans une configuration analogue, que la circonstance que la société Decaux bénéficiait 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 de l'article 312 bis¹¹. La société peut donc difficilement soutenir qu'elle n'en était pas avisée.

A partir du moment où une entreprise, choisie par l'administration au terme d'une procédure dont elle ne peut ignorer l'irrégularité, décide de saisir la perche qui lui est ainsi tendue, elle prend, selon nous, en toute connaissance de cause, un risque dont elle doit assumer les conséquences – ceci d'autant plus qu'elle doit précisément sa désignation à l'irrégularité commise par la collectivité.

Il est des irrégularités qui sont indécelables par le cocontractant. Supposons qu'un contrat soit déclaré nul en raison d'un vice ayant affecté la délibération autorisant sa passation : il ne serait pas envisageable, a priori, que l'on vienne reprocher son imprudence à l'entrepreneur et que la responsabilité de la collectivité soit atténuée.

Il est des situations douteuses où le cocontractant aurait pu ou aurait dû s'apercevoir que la procédure était sujette à caution : vos 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies viennent d'en donner une illustration dans la décision Société Spie Batignolles, lue le 26 mars. Un marché attribué au terme d'une procédure de concours avait été déclaré nul au motif que le conseil général n'avait pas pris de délibération préalable justifiant qu'il y soit recouru, en méconnaissance des dispositions alors applicables de l'article 302 du code des marchés publics. Vous avez estimé que la société Spie Batignolles, opérateur expérimenté, ne pouvait ignorer l'irrégularité entachant la procédure mise en œuvre par le département, ce qui vous a conduit à laisser à sa charge 50 % des conséquences dommageables de la nullité du contrat.

Il est enfin des situations, comme en l'espèce, où ce n'est pas une simple imprudence ou un manque de diligence qui peut être reproché au cocontractant. Ce qui peut lui être reproché, c'est d'avoir profité d'une irrégularité manifeste dont il a été le seul bénéficiaire. Dans la présente affaire, le préjudice subi par la société Decaux n'est qu'indirectement la conséquence de la faute de l'administration ; il est la conséquence directe du choix de la société de tirer avantage de cette faute en s'engageant dans l'exécution du marché. Selon nous, la faute de la société, qui vient en quelque sorte s'intercaler entre la faute de l'administration et le préjudice allégué, doit conduire à exonérer totalement la collectivité de sa responsabilité.

¹¹ TA de Strasbourg, 7 juillet 1987, B... c/ Ville de Strasbourg, RFDA 1988.271

Cette solution nous paraît s'imposer avec d'autant plus de force que ce qui est en cause, ici, c'est simplement le manque à gagner de la société, la perte du bénéfice escompté. Les dépenses engagées par la société et profitables au département auront été, si vous nous avez suivi, largement indemnisées. Or le bon équilibre de la construction jurisprudentielle que vous avez échafaudée depuis plus de trente ans implique, à notre sens, 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.

Nous vous invitons donc à réformer le jugement du TA en tant qu'il a admis que la responsabilité quasi-délictuelle du département devait être retenue.

Si vous ne nous suiviez pas, nous vous inviterions à confirmer le jugement du TA en tant qu'il a estimé que le manque à gagner devait être calculé sur une période de cinq ans, et non sur la durée de quinze ans initialement fixée par le marché. Le TA a considéré à bon droit que le marché, qui nécessitait une modification périodique de ses modalités d'exécution en fonction des besoins exprimés par la personne publique, entrerait dans le champ d'application de l'article 273 du code des marchés publics, relatif aux marchés de clientèle. Or l'article 273 prévoyait que de tels marchés ne peuvent aller au-delà de cinq ans. Il peut sembler paradoxal, pour apprécier le manque à gagner, de se fonder sur une disposition du code des marchés publics alors, justement, que le marché a été annulé et est réputé ne jamais avoir existé. Mais il nous paraît logique de rechercher, comme l'a fait le TA, pour calculer le bénéfice dont a été privée l'entreprise, quelle aurait été la durée du contrat si celui-ci avait été exécuté légalement ; procéder autrement reviendrait à donner une prime à l'illégalité. Vous parviendriez alors, en vous fondant sur l'expertise, avec un partage de responsabilité à 50/50, et en tenant compte de l'impôt sur les sociétés, à un montant de 227 336,13 euros à ce titre. Vous pourriez accorder cette somme, dès lors que, contrairement à ce que soutient le département, le montant accordé au titre des dépenses utiles n'assure pas à la société une rémunération supérieure à celle que lui aurait procurée l'exécution du marché ; il convient en effet, pour déterminer cette rémunération, de prendre en compte non seulement les loyers des mobiliers mis à la disposition du département, mais aussi les recettes publicitaires liées à l'exploitation des mobiliers urbains. Tel n'est cependant pas le sens de nos conclusions.

Parvenu au terme de celles-ci, nous voudrions simplement souligner que la solution proposée nous semble présenter un double avantage : elle prolonge et complète la théorie de l'enrichissement sans cause, sur le terrain quasi-contractuel, mais elle restitue à la faute du cocontractant toute sa portée, sur le terrain quasi-délictuel. Elle permet donc de concilier la nécessité de tirer toutes les conséquences juridiques de l'annulation d'un contrat et celle de régler le sort des parties dans le sens le plus conforme à l'équité.

Si vous nous avez suivi, vous mettrez donc à la charge du département une somme de 1 121 672 euros au titre du remboursement des dépenses utiles exposées par la société. Les intérêts courront à compter du 18 janvier 1993, date de la demande, pour les dépenses utiles engagées avant cette date, avec capitalisation au 24 mai 1995 et à chaque échéance annuelle ; pour les dépenses utiles engagées entre le 18 janvier 1993 et le 19 juillet 1993, ils courront à

compter de cette dernière date, avec là aussi capitalisation au 24 mai 1995 et à chaque échéance annuelle ; pour le surplus des dépenses utiles, en l'absence de demande principale avant cette date, le point de départ sera fixée au 24 mai 1995, avec capitalisation à compter du 2 septembre 1996. Vous mettrez les frais d'expertise pour moitié à la charge des deux parties. Dans les circonstances de l'espèce, nous vous invitons à ne pas faire droit aux conclusions présentées par celles-ci tendant à l'application de l'article L. 761-1.

PCMNC :

- à l'annulation des deux arrêts de la CAA de Marseille du 22 janvier 2002 et du 21 juin 2005 ;
- à ce que le département des Alpes-Maritimes soit condamné à verser à la société Jean-Claude Decaux une somme de 1 121 672 euros au titre du remboursement des dépenses utiles; sur ce montant, une somme de 1 113 956 euros portera intérêt au taux légal à compter du 18 janvier 1993 avec capitalisation au 24 mai 1995 puis à chaque échéance annuelle, une somme de 293,5 euros portera intérêt au taux légal à compter du 19 juillet 1993 avec capitalisation au 24 mai 1995 puis à chaque échéance annuelle et une somme de 7 422,5 euros portera intérêt au taux légal au 24 mai 1995 avec capitalisation au 2 septembre 1996 puis à chaque échéance annuelle ; les sommes seront majorées du montant de la TVA ;
- à ce que les frais d'expertise soient mis pour moitié à la charge du département des Alpes-Maritimes et de la société Jean-Claude Decaux ;
- à ce que vous rejetiez le surplus des conclusions d'appel des deux parties et leurs conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du CJA ;
- à ce que vous disiez qu'il n'y a pas lieu à statuer sur l'appel incident du département contre l'arrêt du 22 janvier 2002 de la CAA ;
- à ce que le jugement du TA de Nice du 28 novembre 1997 soit réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.