



Marchés publics

Contrat annulé en raison d'une faute de l'administration : quelle indemnisation ?

L'entreprise titulaire est en droit d'obtenir le remboursement des dépenses utiles engagées. Récupérer son manque à gagner se révèle plus ardu...

Par **Hervé Letellier**, avocat associé, cabinet Symchowicz-Weissberg et Associés

Dans une décision récente (CE, 6 octobre 2017, « Société Cegelec Perpignan », n° 395268, concl. Henrard, publié au « Lebon »), le Conseil d'Etat a validé un arrêt d'appel ayant limité l'indemnisation du titulaire d'un contrat annulé - par le juge du référé contractuel - au montant de ses frais de participation, à l'exclusion, donc, de tout gain manqué. Ce faisant, la Haute juridiction est venue apporter des précisions - ou plutôt formuler des rappels - quant aux conditions d'indemnisation du titulaire d'un contrat annulé en raison d'une faute de l'administration. L'analyse de cette décision fournit l'occasion de revenir sur les règles et principes applicables à de telles hypothèses.

L'indemnisation de principe des dépenses utiles engagées

En premier lieu, ainsi que le remémore d'emblée le Conseil d'Etat dans cette décision, « l'entrepreneur dont le contrat est écarté peut prétendre, y compris en cas d'annulation du contrat

par le juge du référé contractuel, 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 ».

Le titulaire d'un contrat, du seul fait de la nullité de la convention le liant à la personne publique, est donc en droit d'être indemnisé, sur le terrain de l'enrichissement sans cause, des dépenses utiles qu'il a pu engager. Cela supposera, en cas de contestation, de démontrer que les prestations réalisées sont, en tant que telles, utilisables et utilisées par l'administration et donc véritablement utiles (CAA Versailles, 18 février 2016, n° 14VE01016; CAA Bordeaux, 19 juin 2017, n° 15BX02593).

Jurisprudence constante. Sur ce point, la récente décision du Conseil d'Etat n'apporte guère de nouveauté. Elle ne fait que confirmer une jurisprudence constante en la matière (CE, 19 avril 1974, n° 82518; CE, 23 mai 1979, n° 00063; CE, sect., 20 octobre 2000, n° 196553), tout en précisant, néanmoins, qu'un tel droit existe quel que soit le moment de l'annulation.

Que celle-ci soit prononcée en référé contractuel (donc rapidement) ou au fond (plus tardivement), les règles applicables seront donc identiques (1), même si, dans les faits, un jugement rapide pourra *de facto* exclure tout début d'exécution et, donc, toutes dépenses utiles.

Incidence de la faute du titulaire. Si l'indemnisation de ces dernières constitue ainsi un principe, il n'est néanmoins pas absolu. En effet, bien que les fautes éventuellement commises par le titulaire avant la signature du contrat soient en principe sans influence sur l'étendue de ses droits au titre de l'enrichissement sans cause (CE, 9 juin 2017, n° 399581), encore faut-il réserver le cas de la faute ayant consisté à obtenir le contrat dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration. Un tel manquement, considéré comme gravissime, exonère l'administration et peut, dans l'absolu, exclure toute indemnisation du titulaire du contrat (tant sur un fondement quasi contractuel que délictuel).

Tel sera notamment le cas, comme avait pu le rappeler la Haute juridiction dans sa décision «Decaux» (CE, 10 avril 2008, n°s 244950, 284439 et 284607), lorsque l'entreprise, compte tenu de son expérience dans le domaine objet du contrat, ne pouvait ignorer l'illégalité commise par l'acheteur, notamment en cas d'utilisation d'une procédure de mise en concurrence permettant irrégulièrement le recours à la négociation.

L'encadrement de l'indemnisation de la perte de marge bénéficiaire

En second lieu, dans le cas où l'annulation du contrat résulte d'une faute de l'administration (ce qui sera souvent le cas), le cocontractant peut également réclamer la réparation du préjudice imputable à cette faute sur le terrain quasi délictuel.

A ce titre, il peut notamment solliciter de l'administration le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses (que celles utiles) exposées par lui pour l'exécution du contrat, et aux gains dont il a été effectivement privé du fait de sa non-application, notamment le bénéfice (perte de marge nette) auquel il pouvait prétendre.

Cette indemnisation est toutefois assez largement encadrée puisque, d'une part, elle présente un caractère subsidiaire, et ne peut être envisagée que lorsque l'indemnité à laquelle a droit le titulaire du marché sur un terrain quasi contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée. D'autre part, elle peut être circonscrite (au-delà de l'application de la jurisprudence «Decaux» précitée) en cas de faute du cocontractant et conduire ainsi à un partage de responsabilités (CE, 10 octobre 2012, n° 340647).

Lien de causalité. Mais, au-delà, et c'est là le principal rappel de la décision «Cegelec Perpignan», cette indemnisation suppose que le préjudice allégué présente, par application des principes de droit commun (2), un «caractère certain» et qu'existe «un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice». Le droit à indemnités n'est donc jamais automatique pour l'opérateur, même lorsque la nullité du contrat résulte des seuls comportements fautifs de l'administration. Dans tous les cas, la preuve du caractère certain et direct du préjudice devra être rapportée.

Ainsi l'exigence de certitude ne sera pas remplie lorsque la durée du contrat, son objet, ainsi que la nature des prestations

rendent hypothétique, au-delà d'une certaine durée, la perte de marge nette sollicitée (CE, 10 février 2016, n° 387769).

Quant au lien de causalité, il sera notamment exclu, pour reprendre les conclusions du rapporteur public Olivier Henrard, lorsque «vient s'intercaler, entre la faute de l'administration et le préjudice du cocontractant, une forme d'aléa, une circonstance qui remet en question son caractère direct», dont «par exemple, la constatation que les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du marché au titulaire, qui autrement aurait été dépourvu de chance sérieuse de l'obtenir». C'est sur cette base que, dans sa décision «Cegelec Perpignan», le Conseil d'Etat a considéré que les vices identifiés avaient une «incidence déterminante sur l'attribution du marché», affectant ainsi les chances de l'entreprise évincée d'obtenir le contrat. En d'autres termes, le titulaire du marché avait été déclaré attributaire mais sans avoir véritablement disposé d'un droit à l'attribution du contrat (puisque, si les règles avaient été respectées, son offre n'aurait probablement pas été retenue), excluant ainsi tout lien de causalité et, donc, toute indemnisation sur un fondement quasi délictuel autre que celle liée au remboursement de ses frais de participation.

L'arrêt «Cegelec Perpignan» a donc le mérite de synthétiser l'état de la jurisprudence, en rappelant que le droit à indemnités du titulaire d'un contrat nul, notamment sur un fondement quasi délictuel, n'a rien d'automatique - y compris en l'absence de toute faute de l'opérateur économique. ●

(1) En effet, ainsi que le rappelait le rapporteur public Olivier Henrard, en cas d'annulation en référé contractuel, «il y a bien un contrat signé entre les parties et on ne voit pas à quel titre son détenteur pourrait être privé des droits qu'il en tire sans recevoir réparation, lorsque la faute qui a conduit à l'annulation ne lui incombe pas».

(2) Voir pour un rappel de ces principes dans l'hypothèse de recours de candidats évincés : CE, 10 juillet 2013, n° 362777 ; CE, 10 février 2017, «Société Bancel», n° 393720.

Ce qu'il faut retenir

► **En cas d'annulation de son contrat, le titulaire dispose d'un droit indemnitaire à l'encontre de la personne publique sur un fondement quasi contractuel (indemnisation des dépenses utiles) et quasi délictuel (indemnisation des préjudices résultant de la faute de l'administration, notamment du gain manqué).**

► **L'indemnisation des dépenses utiles sera due dans tous les cas, y compris en cas de faute du titulaire, sauf si celle-ci a consisté à obtenir le contrat dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration.**

► **L'indemnisation sur le fondement quasi délictuel est, elle, davantage encadrée. Elle supposera, notamment pour obtenir réparation du gain manqué, de démontrer l'existence du caractère certain du préjudice et d'un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice.**