

Note sous Tribunal Suprême, 29 novembre 2018, SAM Caroli Immo c.

Ministre d'État

Yves Gaudemet,

Président du Comité supérieur d'études juridiques,

Professeur émérite de la Faculté de droit de Paris

1.- Renouant avec une tradition magnifiquement inaugurée par le doyen Vedel et le professeur Prosper Weil et qui n'a jamais été véritablement interrompue, il a paru nécessaire de rendre compte dans le Recueil de la décision prononcée récemment par le Tribunal suprême, le 29 novembre 2018, dont on dira d'emblée qu'elle consacre une interprétation qui peut surprendre de l'article 90 de la Constitution déterminant les compétences de cette haute juridiction.

Le Tribunal suprême est à tous égards une institution remarquable de la Principauté. Garant de l'État de droit au plus haut niveau, il peut être saisi de la loi reprochée d'atteinte aux libertés et droits consacrés par le titre III de la Constitution et l'annuler^[1]. Dans la Constitution du 17 décembre 1962, voulue par le prince Rainier III et dont la rédaction fut préparée par un collège d'éminents juristes composé du doyen Vedel et des professeurs P. Weil et M. Bridel, le Tribunal suprême occupe l'essentiel du titre X de la Constitution consacré à « La Justice ». Alors que l'exercice du pouvoir judiciaire par les « cours et tribunaux » fait l'objet d'un seul article (art. 88) qui renvoie à la loi l'organisation, la compétence et le fonctionnement de ceux-ci ainsi que le statut des juges, la composition du Tribunal suprême et son mode de fonctionnement sont fixés par la Constitution elle-même qui renvoie pour le surplus, non à la loi, mais à l'ordonnance souveraine. Et surtout – ce qui intéresse particulièrement ici – la compétence du Tribunal suprême est déterminée par la Constitution elle-même : c'est l'objet de son article 90 savamment pensé en combinant volonté de ne rien retrancher à cette pièce maîtresse de l'État de droit qu'est le Tribunal suprême et, en même temps, un pragmatisme bienvenu.

2.- Le Tribunal suprême est ainsi une juridiction suprême sans doute, mais pas au sens où on l'entend parfois, celui d'une cour placée au sommet d'un ordre juridictionnel et pouvant être saisie, en dernier ressort, des décisions des juridictions inférieures. Si le Tribunal suprême de Monaco est une juridiction suprême, c'est parce qu'il a accès au contentieux de l'annulation de la loi qui porterait atteinte aux libertés et droits que la Constitution garantit.

Ainsi et si l'on veut inscrire le Tribunal suprême dans l'organigramme classique des juridictions, il est une juridiction d'exception dont, en conséquence, la compétence doit être comprise strictement. C'est ce que le doyen Vedel avait rappelé avec une vigueur nécessaire lorsque, avant de rentrer dans le rang, le Tribunal suprême avait paru vouloir étendre sa compétence au-delà de celle que la Constitution lui attribue^[2]. Peut-être reprendrait-il la plume aujourd'hui. Car c'est bien à nouveau de cela qu'il s'agit dans la décision ici commentée.

¹ Institué par la Constitution du 5 janvier 1911, le Tribunal suprême est doté dès alors d'un pouvoir d'annulation de la loi inconstitutionnelle, par quoi il est ordinairement présenté comme la plus ancienne juridiction constitutionnelle du monde (v. not. R. Drago, Le Tribunal Suprême de la Principauté de Monaco : Revue de droit monégasque, 1989, n° 1, pp. 29 et ss..

² Cf. note G. Vedel ss TS, 25 juin 1986, Dame de Castellane née de Boisgelin, au Recueil ; solution confirmée par TS, 15 mars 1988, Époux R. Sangiorgio, note. G.-H. George, au Recueil.

3.- Dans un litige qui opposait une société monégasque de projet, la SAM Caroli Immo à l'État monégasque, pour la réalisation d'une importante opération immobilière sur des terrains de l'esplanade du Port de Monaco qui devaient préalablement faire l'objet d'une décision de désaffectation du domaine public, il était fait reproche à l'État monégasque d'avoir retiré le projet de loi requis pour cette désaffectation, d'abord déposé dans le délai prévu par le protocole liant les parties, et d'avoir rejeté la demande de déposer un nouveau projet de loi de même objet.

Plus précisément, la Société requérante présentait des conclusions d'annulation et des conclusions indemnitaires. Il était demandé au Tribunal suprême, d'abord, d'annuler pour excès de pouvoir la décision par laquelle le Ministre d'État avait rejeté sa demande de dépôt d'un projet de loi de désaffectation du domaine public, ainsi que « l'ensemble des actes et décisions caractérisant le retrait de signature de l'État » et, ensuite, de condamner l'État à verser à la Société requérante une somme de plus de 420 millions d'euros, en réparation d'un préjudice dont on comprenait qu'il correspondait, selon le chiffrage de la Société demanderesse, à tous les débours exposés et au gain manqué constitué par la perte des bénéfices attendus de l'opération ainsi qu'à la perte du bénéfice commercial généré par l'exploitation d'une partie des ouvrages.

I / La question de la compétence

4.- La première question qui se posait était celle de la compétence du Tribunal suprême pour connaître de ces demandes.

L'article 90 de la Constitution – dont, on l'a dit, le dispositif doit être lu strictement – fait du Tribunal suprême un juge constitutionnel compétent pour statuer sur « les recours en annulation », en appréciation de légalité et en indemnité en cas d'atteinte aux libertés et droits consacrés par le titre III de la Constitution, hors les cas où ces recours relèveraient de sa compétence en matière administrative ; et, en matière administrative précisément, un juge qui statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir contre les décisions administratives ainsi que sur l'octroi des indemnités qui en résultent.

À cette question de compétence, question première et essentielle au regard du rôle et de la place du Tribunal suprême dans l'équilibre voulu par la Constitution, il est répondu de la manière suivante, avec une curieuse inversion des conclusions qui ne contribue pas à la cohérence de la solution (a) et, dans la seconde branche de celle-ci, par un motif de principe qui, sans conséquences immédiates en l'espèce, semble signifier le rejet par le Tribunal suprême de la théorie de l'acte de gouvernement pourtant présente dans tous les systèmes juridiques (b).

a) la compétence à l'égard du refus du Ministre d'État

5.- Le Tribunal suprême était saisi – rappelons-le – d'une demande d'annulation du refus du Ministre d'État de déposer un projet de loi de désaffectation « ainsi que de l'ensemble des actes et décisions caractérisant le retrait de signature de l'État ». On peut penser que, par-là, la requête entendait – en appelant à une jurisprudence bien connue – surpasser l'immunité contentieuse d'un acte d'initiative législative relevant de la catégorie des actes de gouvernement par l'appel à la détachabilité d'actes subséquents et comme tels susceptibles d'être contestés. Autrement dit, la détachabilité d'actes caractérisant le retrait de signature du Ministre d'État s'entendait d'une détachabilité par rapport à l'acte de gouvernement que constituait le retrait du projet de loi.

Mais le Tribunal suprême raisonne tout différemment et, faisant de ce contentieux de l'acte détachable la demande principale – qu'il examine en premier –, y voit un acte détachable du protocole convenu entre les parties et non du refus de déposer un projet de loi, dont la légalité était d'abord contestée dans la requête. Et ce n'est que dans un second temps qu'il examinera la requête en ce qu'elle est dirigée contre le refus du Ministre d'État de revenir sur le retrait du projet de loi de désaffectation.

6.- Au bénéfice de cette inversion logique et de la liberté ainsi prise par rapport aux conclusions du requérant, le Tribunal suprême se tourne vers le contrat, puisqu'il distingue les « actes caractérisant le retrait de signature du Ministre d'État » du retrait du projet de loi.

Il analyse longuement les stipulations du protocole pour conclure que, « eu égard aux conditions dans lesquelles les stipulations du contrat sont demeurées durablement privées de tout effet et aux motifs qui ont fondé les décisions successives du ministre d'État, celles-ci doivent être regardées comme caractérisant un retrait de la signature de l'État », et il affirme que, « dans les circonstances particulières de l'espèce, la décision attaquée est détachable du contrat et peut dès lors être contestée devant le Tribunal suprême ».

En conséquence de quoi, s'agissant d'une décision unilatérale détachable du contrat, le Tribunal statuant en matière administrative suprême affirme sa compétence pour en connaître. On y reviendra.

b) la compétence à l'égard de la demande d'annulation

7.- Mais auparavant, la décision examine, toujours en termes de compétence du Tribunal suprême, ce qui était la conclusion principale des requérants, savoir la demande d'annulation du refus du Ministre d'État de revenir sur le retrait du projet de loi.

Alors qu'on n'avait guère de doute sur le caractère d'acte de gouvernement de tout ce qui relève directement de l'initiative des lois, selon une jurisprudence bien établie et que l'on retrouve dans tous les systèmes de droit, le Tribunal suprême se déclare au contraire compétent pour examiner dans les circonstances de l'espèce le recours contre cette décision. Il faut citer ici ce motif rédigé en termes de principe : « considérant que le Prince, agissant dans la plénitude de sa souveraineté, a assigné à toutes les autorités nationales une limite inspirée de son désir de garantir à ces sujets, ainsi qu'aux résidents de la Principauté, le libre exercice de leurs droits fondamentaux ; que pour ce faire, il a confié au Tribunal suprême le soin de statuer sur le recours ayant pour objet une atteinte aux droits et libertés consacrés par le titre III de la Constitution ; que les termes généraux de l'article précité donnent compétence au Tribunal suprême pour examiner les recours dirigés contre les actes se rattachant à l'exercice du pouvoir législatif dès lors que de tels actes sont, par eux-mêmes, de nature à mettre en cause l'exercice d'une liberté ou d'un droit garanti par le titre III de la Constitution ».

Sans doute en l'espèce le Tribunal suprême poursuit-il en rejetant au fond la demande des requérants tendant à l'annulation de l'acte qu'il qualifie lui-même comme « se rattachant à l'exercice du pouvoir législatif » au motif que cet acte, en l'espèce, n'apparaît pas comme susceptible d'affecter les droits et libertés garantis par le titre III de la Constitution.

8.- Mais le Tribunal suprême se reconnaît d'abord compétent et le pas ainsi franchi est considérable... et aventureux.

Il fait du Tribunal suprême le gardien de la Constitution à l'égard de toutes les autorités de la Principauté, quel que soit leur statut, y compris les actes se rattachant à l'exercice du pouvoir législatif. Rien n'autorise dès lors à penser que le raisonnement ici tenu par le Tribunal suprême ne vaudrait pas de la même façon pour contrôler une initiative positive de la loi, la transformation d'une proposition de

loi en projet de loi ou encore tout autre acte de la procédure législative. Or la Constitution monégasque confie le pouvoir législatif « au Prince et au Conseil national » (art. 3 de la Constitution) ; l'initiative et la sanction des lois par leur promulgation appartiennent en propre au Prince (art. 66 de la Constitution).

C'est donc reconnaître au Tribunal suprême une compétence de contrôle qui excède, et considérablement celle que la Constitution lui reconnaît et dont on a dit qu'elle était d'interprétation restrictive, comme il en est de toutes les cours constitutionnelles. Outre que la construction de l'acte de gouvernement se retrouve, sous une forme ou sous une autre, dans tous les systèmes juridiques et s'impose à toutes les juridictions, le constituant monégasque n'a jamais eu l'intention de reconnaître quelque juridiction que ce soit au Tribunal suprême sur les actes concernant les rapports du Prince et du Conseil national pour la confection de la loi [Voir en droit français l'immunité absolue des mesures prises par le gouvernement dans l'exercice de son droit d'initiative des lois, dépôt ou retrait d'un projet de loi, abstention ou refus d'en déposer : CE, 29 novembre 1968 Tallagrand : Rec. CE, p. 607 ; RD publ.1959, p. 686 note M. Waline – 14 janvier 1987, Association des ingénieurs des télécoms : Rec. CE, p. 687 - et, proche de la présente affaire, CE, 19 janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur : Rec. CE, p. 98 : incompétence du juge à connaître du refus de déposer un projet de loi nécessaire à la validité d'une convention.

Le droit de la convention européenne des droits de l'homme reconnaît de la même façon l'immunité contentieuse des actes de gouvernement répondant notamment au « but légitime du maintien de... la séparation entre les pouvoirs législatif et judiciaire, telle qu'elle est en vigueur au sein de divers États membres » (CEDH, 3 décembre 2009, Kart c/ Turquie, n° 8917/05) – v. aussi F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, n. 384], non plus que sur tout autre acte relatif aux rapports des pouvoirs publics constitués entre eux.

Dans son commentaire officiel de la Constitution, le doyen Vedel – toujours lui – expose la compétence du Tribunal suprême en matière constitutionnelle comme directement rattaché au seul contentieux de la loi votée et promulguée ; « Le recours constitutionnel peut être non seulement un recours en annulation mais également un recours en appréciation de validité ou un recours en indemnité. Le recours en appréciation de validité est prévu pour le cas, notamment, où l'inconstitutionnalité d'une loi est invoquée devant un tribunal judiciaire ; ce dernier n'ayant pas la faculté de statuer sur cette question, le renvoi préjudiciel devant le Tribunal s'impose... Quant au recours en indemnité, il concernera généralement le dommage causé par une loi ou par un acte matériel d'une autorité administrative (par exemple arrestation arbitraire non précédée d'une décision) auxquels il est fait grief de porter atteinte à une liberté ou un droit consacrés par le titre III de la Constitution ».

9.- On ne saurait trop insister sur la portée considérable, à cet égard, de la décision ici commentée. Elle réalise une véritable révision constitutionnelle, qui fait du Tribunal suprême de Monaco, par une motivation solennelle et de principe, et même si son contrôle s'exerce par rapport au seul titre III de la Constitution, un juge de la constitutionnalité de l'activité des pouvoirs publics constitués, notamment des actes de la procédure législative qui relèvent du Prince et du Conseil national et virtuellement, peut-on penser, de toute la vie institutionnelle et politique monégasque, et non plus, tel qu'il a été conçu, un juge de la constitutionnalité des lois (avec une compétence marginale étendue à la réparation du dommage causé par un acte matériel directement contraire à la Constitution).

10.- Résumons-nous.

Statuant sur les questions de compétences qui se posaient à lui, le Tribunal suprême se reconnaît doublement compétent ; en matière constitutionnelle, comme on vient de le voir, pour statuer sur la légalité du refus de déposer un projet de loi (même si en l'espèce il rejette le recours au fond) ; et, en matière administrative, pour connaître de la légalité d'actes caractérisant le retrait de signature du

Ministre d'État, considérés comme détachables du protocole signé par la société de projet SAM Caroli avec l'État de Monaco.

II / L'examen au fond

11.- Le Tribunal suprême passe alors à l'examen au fond de la légalité de la décision de retrait de signature du Ministre d'État, sans autrement en identifier la forme ni la date. C'est là une autre singularité de l'espèce.

Rappelons que, dans la requête, étaient visés « l'ensemble des actes et décisions caractérisant le retrait de signature de l'État », dont l'annulation était demandée comme une conséquence de l'annulation du refus de revenir sur la décision de retrait du projet de loi, et que le Tribunal suprême, dans sa décision, dresse une liste de « décisions du Ministre d'État », allant d'avril 2016 à juillet 2017, « devant être regardées comme caractérisant un retrait de la signature de l'État ».

Tel est l'acte ou plutôt l'agglomérat que l'arrêt ne parvient ni à caractériser, ni à dater, ni à identifier véritablement, et dont il est par ailleurs affirmé qu'il est détachable du protocole d'accord.

Là encore de fortes objections apparaissent à une formulation et à une solution susceptibles d'affecter l'équilibre même du contentieux des contrats et la compétence des juridictions à cet égard à Monaco.

a) l'identification de la décision de retrait de signature

12.- Observons d'abord que cet acte de retrait de signature ne peut être qu'un acte juridique et un acte administratif unilatéral, à défaut de quoi le Tribunal suprême serait incompétent à en connaître, puisqu'il n'a pas compétence pour connaître d'un contrat, non plus que d'un fait reproché à l'administration. L'arrêt déduit cet acte de retrait de signature de différentes correspondances émanant du Ministre d'État ou de tiers qu'il énumère, toutes antérieures à la date du 11 juillet 2017, à laquelle le Ministre d'État a formellement rejeté la demande de la Société de déposer un projet de loi de désaffectation.

Cette économie de moyens, s'entendant d'une absence d'identification de la décision dont le Tribunal suprême entend examiner la légalité, justifie un certain nombre d'interrogations qui sont autant de questions de droit non résolues, faute même d'être envisagées par l'arrêt ; et notamment celles-ci.

S'agissant du recours formé contre une décision de retrait de signature déduite d'un ensemble de correspondances toutes antérieures au rejet par le Ministre d'État de la demande de déposer à nouveau un projet de loi, a-t-il été présenté dans le délai du recours pour excès de pouvoir ? Ou bien encore, ce retrait de signature n'a-t-il pas été « absorbé » par la décision formelle du Ministre du 11 juillet 2017 rejetant la demande de la Société, en sorte qu'il présenterait un caractère purement préparatoire d'une décision confirmative qui ferait seule grief ?

13.- Et surtout et plus gravement, la décision de retrait de signature du Ministre qui correspond au refus de mettre en œuvre son obligation contractuelle de déposer un projet de loi est-elle de la catégorie des actes détachables ? Sans s'interroger davantage, le Tribunal suprême étend ici la catégorie des actes détachables, qu'on s'accorde pourtant à considérer comme propre aux actes préparatoires au contrat, à un acte d'exécution de celui-ci, en l'espèce la réalisation d'une condition suspensive stipulée au protocole. Or, en droit monégasque comme en droit en français, la détachabilité du contrat repose sur

le principe bien acquis que les actes d'exécution du contrat ne se détachent pas de celui-ci et que leur contentieux appartient exclusivement au juge du contrat ^[3].

Ainsi la perplexité augmente : l'acte de retrait de signature dont le Tribunal suprême entend examiner la légalité ne serait-il pas seulement non identifié mais aussi non identifiable, inexistant à la vie juridique en dehors du contrat ? Or il n'entre pas dans la compétence du Tribunal suprême de connaître d'un contrat.

Sur tous ces points, la hardiesse de la décision s'accommode mal de l'indigence de sa motivation.

b) la légalité du retrait de signature

14.- Le Tribunal suprême entreprend ensuite l'examen au fond de la légalité de cet introuvable acte détachable de retrait de signature qui fait que - pour reprendre les termes de la décision - « les stipulations du contrat sont demeurées durablement privées de tout effet (entre les parties) ».

Sont convoqués à ce titre l'espérance légitime de la société « de bénéficier des contreparties économiques de l'opération résultant de l'exécution du protocole » et l'atteinte disproportionnée qui serait portée, au nom de considérations d'intérêt général, au droit de propriété ou au principe de sécurité juridique garantis par la Constitution.

Ce qui conduit le Tribunal à la déclaration de l'illégalité de la décision de retrait de signature mais non, en l'état, à son annulation ; on va y revenir.

Observons simplement à ce stade que l'affirmation d'une espérance légitime aux avantages résultant de l'exécution du contrat comme l'atteinte qui serait portée au droit de propriété procèdent du protocole et sont appréciées – sommairement – par rapport à celui-ci ; autrement dit que, pour conclure à l'illégalité de l'acte détachable du contrat, le juge est amené à se faire juge du contrat, à apprécier les obligations respectives des parties au protocole et la façon dont celui-ci a été exécuté.

Or, on le répète, le Tribunal suprême n'est pas juge d'un contrat et des conditions de son exécution. Cela relève de la compétence du tribunal de première instance, juge de droit commun.

c) la demande indemnitaire

15.- Ce débordement de compétence de la part du Tribunal suprême se poursuit dans l'examen des conclusions indemnitaires présentées par la Société Caroli.

D'abord et sans davantage s'en expliquer, le Tribunal suprême s'écarte de la solution acquise selon laquelle l'article 90 B de la Constitution ne lui permet de statuer sur une demande indemnitaire que comme conséquence de l'annulation d'un acte administratif unilatéral et s'il prononce cette annulation. Or en l'espèce, si le Tribunal suprême conclut à l'illégalité de la décision de retrait de signature du

³ Voir notamment R. Chapus, Droit du contentieux administratif, n° 812 : « en matière contractuelle, la technique de la détachabilité est principalement organisée sur la base de la distinction entre, d'une part, les décisions relatives à la conclusion du contrat et, d'autre part, celles qui se rapportent à son exécution ». S'agissant de l'exécution du contrat, seules les décisions réglementaires peuvent être considérées comme détachables de l'opération contractuelle ; les actes d'exécution du contrat ne sont pas détachables de celui-ci à l'égard des parties, puisqu'elles ont la possibilité de les contester devant le juge du contrat (exception de recours parallèle) ; et R. Chapus donne pour exemple d'actes non détachables du contrat : « les actes tels que les sanctions prononcées par l'administration contractante, les modifications ou refus de modification de clause contractuelle, les décisions relatives au règlement financier du contrat, la résiliation ou le refus de résiliation » (op. cit., n. 827).

Ministre, il ne l'annule pas et renvoie au contraire à de plus complètes explications des parties pour savoir si cette annulation a lieu d'être ^[4].

Est ainsi écarté le principe bien établi et de jurisprudence constante depuis plus de 30 ans que l'article 90 B de la Constitution n'habilite le Tribunal suprême à statuer sur une demande d'indemnité que lorsque celle-ci est le corollaire nécessaire et la suite d'une annulation et non lorsqu'il s'agit de la seule déclaration d'illégalité de l'acte contesté. La démonstration en a été faite de façon convaincante et définitive par le doyen Vedel dans sa note sous l'arrêt Dame de Castellane de 1986, qui expose fort bien toutes les raisons pour lesquelles cette solution est seule conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 90 B de la Constitution ; et le Tribunal suprême a immédiatement fait sienne cette analyse par l'arrêt Époux R. Sangiorgio de 1988 avec la note de G.-H. George ^[5].

16.- C'est donc en rupture avec cette jurisprudence et en méconnaissance de l'article 90 B de la Constitution que le Tribunal suprême ordonne ici une expertise « tendant à l'évaluation de la réalité et du montant des différents préjudices invoqués par le requérant » alors qu'il n'annule pas l'introuvable décision de retrait de signature de l'État déclarée détachable du contrat, mais se borne à la déclarer illégale, renvoyant l'annulation « susceptible d'être prononcée » à de nouvelles écritures des parties.

17.- Qu'en est-il enfin de la détermination du préjudice dont la réparation était recherchée ?

Le Tribunal ordonne qu'il soit déterminé sur la base d'une expertise dans sa décision dont le dispositif se lit ainsi : « il est ordonné une expertise dans les conditions définies dans les motifs de la présente décision, tendant à l'évaluation de la réalité et du montant des différents préjudices allégués par la SA M. Caroli-Immo ». Se reportant alors à la motivation de la décision, on y lit les considérants suivants : « considérant que, sans préjudice de l'appréciation devant être portée par le Tribunal suprême sur le lien de causalité entre l'illégalité qu'il a constaté et les différents chefs de préjudice, celui-ci n'est pas en mesure, compte-tenu des productions respectives des parties, d'évaluer avec précision la réalité et le montant des différents préjudices allégués par la société requérante ; considérant que la mission consistant à déterminer la réalité et le montant des différents préjudices allégués ne porte pas sur des questions de droit mais sur des questions de fait ; qu'elle est de celles qui peuvent être confiées à un expert et présente un caractère utile ; que, dès lors, il y a lieu... d'ordonner, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, une expertise destinée à apprécier contradictoirement la réalité et le montant des différents préjudices allégués par la société requérante et à fournir au Tribunal tous les éléments disponibles permettant l'évaluation de ces préjudices ».

18.- Sur cette question essentielle, puisque le Tribunal suprême était saisi, outre de conclusions d'annulation, d'une demande de condamnation de l'État à verser à la Société requérante une somme de plus de 420 millions d'euros en réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi, la décision rendue à ce stade par la Haute juridiction ne va pas sans un certain nombre d'interrogations qui devront être explorées puisque les parties doivent revenir devant elle pour qu'il soit statué sur une éventuelle annulation de la décision de retrait du ministre, détachable du contrat, et sur leurs observations sur les opérations et le rapport d'expertise déterminant la réalité et le montant des préjudices invoqués.

⁴ On trouve ici comme un mélange des jurisprudences françaises Association AC ! (CE, 11 mai 2004 : Rec. CE, p. 197, concl. Devys) et Commune de Béziers (CE, 28 décembre 2009 : Rec. CE, p. 117, concl. Cortot-Boucher). Mais la première, si elle concerne bien l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte unilatéral, permet uniquement d'en différer l'annulation dans le temps pour permettre sa régularisation dans un délai que le juge indique (v. encore, B. Seiller, L'illégalité sans annulation : AJDA 2004, p. 963) ; tandis que la seconde est propre au contentieux des contrats.

⁵ Référence de ces décisions et des notes de G. Vedel et G.-H. George, supra note 2.

En premier lieu, telle qu'elle est ordonnée, l'expertise peut surprendre ; et cela à différents titres. D'abord parce que, conformément au principe rappelé ci-dessus (supra, n 15), un contentieux de l'indemnisation ne peut être examiné par le Tribunal suprême qu'en conséquence d'une annulation et si celle-ci est prononcée ; ce qui n'est pas en l'état.

Ensuite parce que l'expertise ordonnée est prononcée « sans préjudice de l'appréciation devant être portée par le Tribunal suprême sur le lien de causalité entre l'illégalité qu'il a constatée et les différents chefs de préjudice ». Or la détermination du lien de causalité entre l'acte ou le fait dommageable et le préjudice invoqué est une question de droit qui commande l'utilité de l'expertise et détermine le champ d'investigation des experts ; déterminer et caractériser ce lien de causalité était un préalable nécessaire à l'expertise.

19.- Renouant avec ce qui était dit plus haut, on est légitime à s'interroger sur cette situation singulière où l'acte reconnu illégal n'est ni identifié ni nommé, pas davantage que n'est affirmé le lien de causalité de celui-ci avec un préjudice lui-même possiblement éventuel.

On peine à reconnaître là la trilogie classique d'une responsabilité extra contractuelle : une faute dans l'illégalité d'un acte administratif, un préjudice personnel, réel et certain et un lien de causalité établi entre l'acte fautif et le préjudice causé. C'est dans ce triptyque proprement juridique que peut prendre place éventuellement une demande d'expertise pour déterminer l'étendue du préjudice.

20.- Qu'en est-il ici et plus précisément du fait dommageable qui serait source de préjudice et détermine la réalité et la consistance de celui-ci ?

Ce ne peut pas être la résiliation du protocole d'accord qui serait reprochée à faute à l'État monégasque ; outre que le Tribunal suprême n'est pas juge de la résiliation d'un contrat, la décision rendue indique expressément que l'État n'a pas procédé à la résiliation du protocole comme il aurait pu le faire. C'est donc le retrait de signature de l'État – distinct d'une résiliation – non autrement identifié par l'arrêt du Tribunal, qui aurait privé la Société de « l'espérance de bénéficier des contreparties économiques résultant de l'exécution du protocole », retrait que le Tribunal suprême juge illégal.

Or cette espérance de bénéficier de l'exécution du contrat n'existe que dans les termes où le contrat lui-même règle son exécution. Bref, pour apprécier le préjudice né d'une responsabilité extracontractuelle, la décision du Tribunal suprême renvoie à « l'espérance légitime » de bénéficier de l'exécution d'un contrat « dont les stipulations sont demeurées durablement privées de tout effet »...