

N° 414114

Département de la Seine-Saint-Denis

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 13 février 2019

Lecture du 27 février 2019

- B

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le département de la Seine-Saint-Denis et la société Ethesia ont conclu, le 27 septembre 2011, un marché à bons de commande d'une durée de quatre ans pour la maintenance des installations de chauffage, de climatisation et d'eau chaude sanitaire dans les bâtiments sociaux et autres propriétés départementales. La société Ethesia a été mise en liquidation judiciaire le 25 janvier 2013 et cédée à la société Capclim, qui a repris ses droits et obligations à compter du 1<sup>er</sup> mars 2013. Cette dernière société a présenté au département de la Seine-Saint-Denis une facture datée du 25 mars 2013 pour un montant total de 54 172,96 euros TTC au titre de prestations d'entretien et de maintenance pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 31 mars 2013. Le département a, par décision du 4 avril 2013, informé la société Capclim que le marché était résilié de plein droit et a refusé le paiement de la facture pour absence de service fait, puis, par une décision du 16 mai 2013, en réaction au référé suspension formé par la société Capclim, a retiré sa décision de résiliation. Le même jour, la société a demandé au département de reprendre les relations contractuelles, de conclure un avenant prenant acte du transfert à son profit du marché et de lui régler la facture précitée. Le département n'ayant pas répondu à cette demande, la société a saisi le TA de Montreuil de conclusions tendant, d'une part, à la reprise des relations contractuelles et à ce qu'il soit enjoint au département de signer l'avenant, d'autre part à la condamnation du département à lui verser une somme d'un peu plus de 100 000 euros correspondant à la facture qu'elle lui avait soumise et au manque à gagner pour les mois d'avril à juin. Par un jugement du 29 avril 2014, le tribunal, après avoir constaté que le marché avait été résilié de fait et estimé que cette résiliation était irrégulière, a ordonné la reprise des relations contractuelles et enjoint au département de conclure l'avenant. Il a en revanche rejeté les conclusions indemnitaires de la société, au motif qu'il n'était pas établi que les prestations dont elle demandait le paiement avaient été effectivement exécutées et que le préjudice tenant à l'absence de commandes n'était pas encore certain, le contrat étant en cours d'exécution. La société Capclim a interjeté appel de ce jugement en tant qu'il avait rejeté ses conclusions indemnitaires; le département demandé par la voie de l'appel incident l'annulation du jugement en tant qu'il avait ordonné la reprise des relations contractuelles. La CAA de Versailles a rejeté ces dernières conclusions et fait partiellement droit à celles de la société Capclim en condamnant le département à lui verser une somme de 137 163, 07 euros au titre du manque à gagner subi par la société du fait de ce que le montant minimum de commandes prévu par le marché n'avait pas été atteint. Le département, à titre principal, et la société, à titre incident, se pourvoient en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il est contraire à leurs prétentions.

Le pourvoi du département pose deux questions intéressantes concernant pour l'une la possibilité et l'identification d'une résiliation de fait d'un marché public, pour l'autre l'office du juge du contrat saisi en appel d'un litige relatif à la reprise des relations contractuelles lorsque le contrat est arrivé à son terme après le jugement. Vous n'aurez cependant pas à connaître de la première si, comme nous allons vous le proposer, vous répondez à la seconde, qui est l'objet du premier moyen du pourvoi, que le juge était tenu de prononcer un non-lieu à statuer sur les conclusions aux fins de reprise des relations contractuelles.

Vous avez indiqué dans votre décision de Section du 21 mars 2011, *commune de Béziers* (n° 304806, p. 117) par laquelle vous avez ouvert au cocontractant de la personne publique la possibilité de contester la validité d'une décision de résiliation du contrat afin d'obtenir la reprise des relations contractuelles et décrit l'office du juge du contrat saisi d'une telle demande, qu'il appartenait à ce dernier de déterminer s'il y a lieu d'y faire droit "dans la mesure où elle n'est pas sans objet". Vous avez deux mois plus tard précisé ce point en jugeant que « lorsque, dans le cadre de l'examen de conclusions tendant à la reprise des relations contractuelles présentées par un cocontractant de l'administration dont le contrat a fait l'objet d'une résiliation, il résulte de l'instruction que le terme stipulé du contrat est dépassé, le juge constate un non-lieu à statuer sur ces conclusions » (CE, 23 mai 2011, *société d'aménagement d'Isola 2000*, n° 323468, T. p. 1012-1017). Cette solution n'était pas la seule envisageable - on peut songer par exemple à un report du terme du contrat de la durée de la résiliation irrégulière - mais c'est probablement la plus simple, ce qui n'est pas un mince avantage pour un recours qui a révélé au fil des contentieux de nombreuses subtilités.

Vous n'avez en revanche pas encore eu l'occasion d'indiquer ce que doit décider le juge d'appel lorsqu'il est, comme en l'espèce, saisi d'une contestation d'un jugement ayant ordonné la reprise des relations contractuelles, rendu à une date à laquelle le terme du contrat n'était pas expiré, et qu'il constate que ce terme est arrivé avant qu'il ne statue.

Vous pourrez à notre avis utilement vous inspirer, pour répondre à cette question, des principes que vous avez dégagé dans une configuration à plusieurs égards différente mais qui posait également le problème de la prise en compte, au stade de l'appel, d'une circonstance de droit ou de fait nouvelle affectant l'exercice par le juge de son office.

Répondant à la question de savoir ce que devait décider le juge d'appel "lorsque le tribunal administratif a statué sur une demande tendant à l'expulsion d'occupants sans titre d'une dépendance du domaine public et que cette dépendance est déclassée alors qu'un appel est pendant contre son jugement", vous avez, par une décision du 28 juillet 2017, *Ministre de l'intérieur c/ Mme E...* (n° 395911, T. p. 425), distingué trois hypothèses : "si le tribunal a rejeté la demande", il appartient au juge d'appel "de rejeter la requête dont il est saisi comme tendant à ce qu'il ordonne une mesure qui ne relève plus de la compétence du juge administratif"; "si le tribunal a ordonné l'expulsion et que son jugement n'a pas été exécuté, le juge d'appel doit constater qu'il n'est plus susceptible de l'être et que la requête tendant à son annulation est, par suite, dépourvue d'objet" ; "en revanche, si le jugement a été exécuté, le juge d'appel doit statuer sur la requête en appréciant le bien-fondé du jugement au regard de la situation de droit et de fait qui existait à la date à laquelle il a été rendu ».

Ces solutions, qui combinent, dans le cadre d'un contentieux de pleine juridiction qui tend principalement à assurer l'effectivité d'un droit, la double fonction de l'appel de contrôle du jugement et de rejugement du litige, sont parfaitement transposables au recours en reprise des relations contractuelles : - si le tribunal a rejeté la demande, l'objectif principal de l'appel est

d'obtenir la reprise des relations contractuelles et le juge d'appel devra prononcer un non-lieu à statuer si cette demande a perdu son objet du fait de ce que les relations contractuelles sont arrivées à leur terme conventionnel.

- Si le tribunal a ordonné la reprise et que son jugement n'a pas été exécuté, c'est à dire que les relations contractuelles n'ont pas repris, le juge d'appel devra constater qu'elles ne sont plus susceptibles de l'être, que le jugement ne pourra donc plus être exécuté et que la requête d'appel tendant à l'annulation du jugement est par conséquent dépourvue d'objet. Cette solution est la plus discutable des trois dans la mesure où elle le délai d'inexécution de la décision de justice joue finalement contre elle. Mais cela tient au fait que le juge d'appel est saisi de l'entier litige sur lequel il doit statuer, en plein contentieux, au vu des circonstances de fait et de droit existant à la date à laquelle il se prononce. Et elle n'est pas nouvelle. Vous prononcez par exemple un non-lieu à statuer en cas d'appel d'une ordonnance ou d'un jugement ayant prescrit une mesure d'instruction devenue impossible à exécuter (CE, Section, 5 février 1960, *Société Le café des sports*, p. 82 ; CE, 21 juin 1985, *Garde des sceaux ministre de la justice c/Mme B... et autres*, n° 27436, aux T). En réalité, comme le faisait observer Laurence Marion dans ses conclusions sur la décision de 2017, "ce non-lieu, compte tenu de son motif, ne sera pas en pratique très différent d'une annulation". C'est pourquoi le juge d'appel doit indiquer que le jugement ne peut plus recevoir exécution. Si ce non-lieu se rapproche de l'annulation par ses effets, il s'en distingue par ses causes puisque le juge d'appel n'aura pas à se prononcer sur les motifs du jugement.

- Ce n'est donc que si les relations contractuelles ont été effectivement reprises que le juge d'appel devra se prononcer sur le bien-fondé du jugement, en fonction des circonstances de fait et de droit existant à la date à laquelle le jugement a été rendu, afin que, si cette reprise a été ordonnée à tort, elle puisse être annulée avec tous les effets qui s'attachent à l'annulation d'une décision juridictionnelle.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté les conclusions d'appel incident du département tendant à l'annulation du jugement en tant qu'il avait ordonné la reprise des relations contractuelles. Le marché étant arrivé à son terme conventionnel en cours d'instance et les relations contractuelles n'ayant, comme la cour le relève elle-même, pas repris en exécution du jugement, elle devait, sans statuer sur les moyens dirigés contre ce jugement, constater que les relations contractuelles ne pouvaient désormais plus être reprises, que le jugement ne pouvait donc plus être exécuté en tant qu'il ordonnait leur reprise et prononcer un non-lieu à statuer sur ces conclusions d'appel.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt dans cette mesure et, après avoir fait le constat que nous venons d'énoncer, de prononcer un non-lieu à statuer sur l'appel incident du département.

Si vous pensez qu'il convient de se séparer du précédent que nous avons cité au moins dans l'hypothèse intermédiaire qui est la nôtre d'une reprise ordonnée en première instance mais non suivie d'effet et de permettre au juge d'appel de se prononcer sur le bien-fondé du jugement, autrement dit de ne pas tenir compte de l'absence d'exécution effective de sa décision, vous écarterez le premier moyen du pourvoi du département, ce qui vous conduira, en répondant à ceux dirigés contre les motifs constatant une résiliation de fait, à vous prononcer sur les conditions de reconnaissance d'une telle décision.

En revanche si, comme nous vous le proposons, vous y faites droit, vous n'aurez pas l'occasion de répondre à cette question car, comme nous le verrons, les moyens concernant la partie

de l'arrêt statuant sur les conclusions indemnitaires ne la posent pas. A moins que vous décidiez de le faire de manière surabondante pour trancher une question inédite d'une certaine importance pratique, qui ne vous est pas souvent posée.

La Cour a retenu deux éléments pour constater que le marché avait été résilié de fait : elle a relevé « que le département de la Seine-Saint-Denis n'a pas effectué de nouvelles commandes au titre de l'année 2013 à partir de la reprise par la société Capclim de la société Ethesia ; qu'en outre, en appel, la société Capclim produit l'avis d'attribution d'un « marché de maintenance des installations de chauffage, de climatisation et d'eau chaude sanitaire dans les bâtiments sociaux et autres propriétés départementales », ayant le même objet que le marché en cours, conclu entre le département de la Seine-Saint-Denis et la société Rougnon le 9 juillet 2013 ». Le département soutient qu'elle a commis une erreur de droit en faisant de l'absence d'émission de nouvelles commandes un critère de la résiliation d'un marché à bons de commande, qui n'impose pas, même lorsqu'est prévu un montant minimum, au maître d'ouvrage de passer des commandes régulièrement.

Si nous ne voyons aucune raison d'exclure a priori et de manière générale qu'un certain nombre de circonstances puissent conduire à regarder un marché public ou une concession comme résilié en l'absence de toute décision explicite en ce sens de la personne publique, il nous semble nécessaire d'encadrer très strictement les conditions auxquelles une telle résiliation doit être subordonnée et notamment les critères de son identification.

Vous avez ainsi déjà déduit d'éléments factuels l'existence d'une relation contractuelle non écrite source d'obligations juridiques (CE, 2 février 2000, *Commune de la Grande Motte c/ Mlle A...*, n° 196158 ; 29 décembre 1999, *Société FCA Méditerranée*, n° 188018). Rien ne s'oppose par conséquent à ce que des circonstances de même nature révèlent une décision d'y mettre fin.

Vous l'avez d'ailleurs admis à deux reprises au moins en déduisant la résiliation d'un contrat d'une décision de la personne publique rendant impossible son exécution (CE, 1<sup>er</sup> mars 1968, *Mme Veuve C...*, n° 67118, au rec) et du fait que l'administration avait averti oralement son cocontractant qu'elle ne poursuivait plus l'exécution du contrat avec lui et avait conclu un nouveau contrat portant sur les mêmes prestations avec un autre professionnel (CE, 6 octobre 1978, *G...*, n° 3563, C). Figure également dans les tables du recueil Lebon un arrêt plus récent de la CAA de Paris du 12 décembre 1991, *SA Imprimerie Chambord* (n° 89PA00638), dont s'est peut-être inspiré la CAA de Versailles, selon lequel « Constitue une résiliation de fait d'un marché de clientèle – ancêtre du marché à bons de commande - conclu pour une durée maximale de trois ans en vue de la fourniture d'imprimés, la circonstance de n'avoir passé aucune commande auprès du fournisseur durant les deux dernières années du marché et de continuer de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, nonobstant le fait que le contrat ne comportait ni clause d'exclusivité au profit du titulaire du marché, ni d'obligation quant au nombre, au volume, à la périodicité et à la valeur des commandes, et que l'administration n'a pas fait jouer la clause annuelle de résiliation qu'il contenait » (voir également : CAA Paris, 22 mai 2007, *OPAC Paris*, n° 05PA02534).

La reconnaissance d'une résiliation tacite des contrats administratifs, dont nous n'avons pas trouvé d'expression claire dans la jurisprudence judiciaire, nous paraît constituer une contrepartie équilibrée au pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique et, plus généralement, aux prérogatives de puissance publique qu'elle détient. Son intérêt est plus grand depuis que vous avez donné au cocontractant de la personne publique la possibilité de contester la résiliation unilatérale du contrat en demandant au juge du contrat d'ordonner la reprise des relations contractuelles.

Lorsque le cocontractant ne pouvait prétendre qu'à l'indemnisation du préjudice né de la résiliation, l'identification d'une résiliation de fait n'était qu'un élément du fait générateur du préjudice. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il en existe si peu d'applications. En revanche, saisir un comportement de la personne publique cocontractante qui, sans prononcer expressément la résiliation du contrat, agirait comme si elle n'entendait plus l'exécuter, permettra au cocontractant de sortir de l'impasse dans laquelle cette abstention le place et de former rapidement une action en reprise des relations contractuelles. L'intérêt de cette action varie beaucoup selon les contrats ; il en ira de même de la reconnaissance d'une résiliation tacite, ce dont la présente affaire donne déjà une illustration.

S'il nous paraît donc envisageable de confirmer ces rares précédents, c'est à condition de le faire avec beaucoup de prudence, d'autant plus peut-être que votre décision aura valeur de position de principe, ce qui n'était pas le cas des deux décisions anciennes que vous avez rendues.

La plus grande prudence s'impose pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la stabilité des relations contractuelles, vecteur d'une sécurité juridique à laquelle votre jurisprudence montre depuis plusieurs décennies votre attachement, implique que les relations contractuelles ne puissent être remises en cause que par des décisions claires et univoques. Des critères d'identification de la résiliation de fait trop vagues feraient planer sur tous les contrats cette menace et, par leur existence même, affecterait la nécessaire confiance que doivent avoir les parties quant à la stabilité du cadre juridique de leurs obligations. Ensuite, la fragilisation des contrats qu'elle représenterait augmenterait le risque de contentieux et souvent de contentieux inutile lorsque le cocontractant aura cru à tort que la personne publique avait entendu résilier le contrat. Enfin, déduire de circonstances de fait une décision implicite est toujours un exercice délicat qui conduit le juge à rechercher une intention d'une partie à un contrat qui par construction ne s'est pas exprimée expressément, ce qui comporte le risque d'une mauvaise interprétation et d'une immixtion infondée dans des relations contractuelles dont il doit en principe demeurer l'arbitre distant. Sans parler des difficultés que représente ensuite le contrôle des motifs d'une décision implicite.

Ces risques sont d'autant plus grands que les effets d'une résiliation sont importants, non seulement parce qu'ils mettent fin à une relation contractuelle, mais aussi parce qu'ils engagent la personne publique qui la décide à en réparer les éventuelles conséquences dommageables.

Mais il est à peine besoin de vous appeler ici à une prudence dont vous faites déjà preuve dans d'autres cas où vous ne reconnaissez que de manière exceptionnelle qu'une personne publique puisse être regardée en raison de son comportement comme ayant pris une décision qu'elle n'a pas expressément prise. Par exemple, vous ne déduisez une réception tacite de travaux qu'en présence d'actions positives du maître d'ouvrage révélant sans équivoque son intention d'accepter l'ouvrage en l'état, sans réserves, tels que le paiement du solde du marché et la restitution des garanties contractuelles (CE, 8 décembre 1995, *Office public interdépartemental d'HLM de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines*, req. n° 140057, aux T). La prise de possession de l'ouvrage ne traduit en revanche aucune réception tacite (CE, 29 avril 1983, *Société Etablissements Roure*, req. n° 19798 ; 16 novembre 1983, *L...*, req. n° 22284, aux T).

Nous pensons donc que ce n'est qu'exceptionnellement qu'une telle résiliation de fait pourra être reconnue, en présence de circonstances faisant apparaître sans ambiguïté une volonté claire de la personne publique de résilier le contrat.

Terminons par un mot de votre contrôle de cassation, qui devra se limiter à vérifier, au titre de l'erreur de droit, que les juges du fond n'ont pas retenu des éléments insusceptibles de révéler une telle intention. Vous laisserez en revanche à leur appréciation souveraine l'application au cas d'espèce des critères pertinents, appréciation souveraine qu'ils exercent déjà de manière générale sur l'intention des parties au contrat.

Quels sont les circonstances susceptibles de traduire une telle intention univoque de résilier un contrat ? Il est évidemment impossible d'en donner une liste exhaustive.

Nous pensons toutefois qu'il conviendra de privilégier les comportements positifs de la personne publique qui conduisent nécessairement à la rupture des relations contractuelles, telle que votre décision précitée du 1<sup>er</sup> mars 1968, *Mme Veuve C...*, en offre une illustration à propos d'un refus de la personne publique d'autoriser le transfert de la gérance d'un débit de tabac vers un autre local à la suite de la reprise du bail du local où il était autorisé. De même, pourrait traduire une intention de résilier un contrat d'occupation domaniale ou comportant nécessairement une telle occupation, le refus de la personne publique de permettre à son cocontractant d'accéder au domaine public.

Le juge pourra également tenir compte des expressions orales d'une intention de résilier le contrat.

Peuvent également être retenus comme indices d'une volonté de résilier le contrat les décisions prises par la personne publique pour obtenir autrement les prestations objet du contrat.

Tel est le cas de la conclusion d'un nouveau contrat ayant le même objet, relevé par votre décision précitée de 1978, par l'arrêt de la CAA de Paris mentionné aux Tables et par l'arrêt attaqué. C'est un indice pertinent car la conclusion d'un nouveau contrat ayant le même objet qu'un contrat en cours d'exécution fait en général suite à la résiliation de ce dernier aux torts du titulaire. Mais elle doit à notre avis être accompagnée d'autres indices concordants. Dans votre décision de 1978, vous aviez relevé que la personne publique avait indiqué oralement son intention de résilier le contrat. La conclusion d'un nouveau contrat, conséquence fréquente d'une résiliation, venait confirmer une déclaration orale qu'il était sans doute difficile d'établir avec certitude.

Pour significatif qu'il soit, cet indice est cependant un élément paradoxal qui, en même temps qu'il contribue à la reconnaissance de la résiliation de fait lui fait perdre l'essentiel de son intérêt qui est, nous l'avons dit, d'ouvrir la voie à une reprise des relations contractuelles. Or celle-ci sera impossible si un nouveau contrat ayant le même objet a été conclu avec un tiers.

Plus utiles seront donc les autres décisions prises par la personne publique pour obtenir autrement les prestations du contrat, par exemple en les exécutant elle-même, notamment dans le cadre d'une reprise en régie du service.

L'absence de commandes dans le cadre de l'exécution d'un marché à bons de commande nous semble un critère beaucoup plus incertain d'une résiliation de fait, car même si le marché a prévu comme en l'espèce "un minimum et un maximum en valeur ou en quantité", le maître d'ouvrage n'est pas obligé de passer des commandes et ne l'est certainement pas de le faire avec régularité, de sorte qu'à supposer même que l'on considère que le maître d'ouvrage doit passer commande pour le minimum, ce que nous ne pensons pas, il n'est pas envisageable de déduire de l'absence de commande une résiliation du marché avant qu'il ne soit matériellement plus possible

d'en passer, soit quasiment à la fin du marché, ce qui prive de tout intérêt le recours à la notion de résiliation de fait.

Nous ne pensons cependant pas qu'il soit possible de l'exclure absolument, mais que ce critère doit être manié avec précaution et qu'il ne peut être utilisé qu'à titre accessoire, pour renforcer ce qui ressort déjà nettement d'autres indices plus significatifs d'une intention de mettre fin aux relations contractuelles.

Ce qui précède montre que la reconnaissance d'une résiliation de fait est particulièrement peu adaptée aux marchés à bons de commande. Elle ne peut avoir d'intérêt que pour obtenir la reprise de relations contractuelles qui, au mieux, lorsque le marché garantit un montant minimum, permettra d'obtenir ce minimum qui est de toutes façons garanti et dont le titulaire sera indemnisé, sauf s'il a commis une faute, que le contrat soit exécuté avec le minimum de commandes, sans commandes ou qu'il soit résilié. En d'autres termes, la reprise de l'exécution d'un contrat à bons de commande n'a pour effet que de faire revivre un espoir d'obtenir plus de commandes que ce qui est garanti, voire tout simplement des commandes lorsqu'il n'y a pas de minimum garanti, espoir qu'on peut supposer illusoire lorsqu'il aura fallu un contentieux pour le faire renaître.

En l'espèce, la cour a relevé deux circonstances que dans un contexte différent nous hésiterions à vous proposer de valider, car si la conclusion d'un nouveau contrat ayant le même objet est bien un critère pertinent, l'absence de nouvelles commandes alors qu'il restait plus d'un an d'exécution du contrat ne l'est a priori pas. Mais le contexte, qui transparaît dans l'indication par la cour que le département n'a plus passé de commandes "à partir de la reprise par la société Capclim de la société Ethesia", permet une lecture différente de l'arrêt. En effet, le département avait expressément résilié le marché à la suite de la liquidation judiciaire de la société Ethesia et de sa reprise par la sté Capclim, avant de se raviser devant le référé formé par cette dernière. Il a toujours refusé de signer l'avenant reconnaissant la société Capclim comme s'étant substituée au titulaire initial. Ces éléments révèlent une volonté du département de ne pas poursuivre les relations contractuelles avec la société Capclim que confirment les éléments retenus par la cour. Elle aurait pu utilement en faire état, comme l'avait fait le tribunal qui avait également relevé que le département avait "interdit à cette dernière (la société Capclim) l'accès aux installations objet du marché afin, selon lui, de l'empêcher d'effectuer des interventions non souhaitées".

Quoi qu'il en soit, en retenant l'absence de commandes passées en 2013, la cour n'a pas utilisé un critère erroné, mais un critère insuffisant par lui-même. Elle ne l'a pas utilisé seul, puisqu'elle a aussi relevé la conclusion d'un nouveau contrat ayant le même objet, et l'a fait dans un contexte qui révélait l'intention de résilier le contrat qu'elle a constaté. Dans ces conditions, nous vous proposons de juger qu'elle n'a pas commis l'erreur de droit qui lui est reprochée.

Les deux autres moyens du département peuvent être écartés rapidement : d'une part, s'il est exact que l'absence de notification de la décision de résiliation, en méconnaissance d'une stipulation du contrat, est une irrégularité qui n'est pas susceptible d'ouvrir droit à la reprise des relations contractuelles, la cour a principalement fondé l'irrégularité de la résiliation sur l'absence de tout motif la justifiant.

La cour n'était d'autre part pas tenue de répondre à tous les arguments du département.

Le dernier moyen du département et les deux moyens du pourvoi incident de la société Capclim nous retiendront moins longtemps.

Le département conteste le taux de marge nette de 23 % retenu par la cour pour établir le manque à gagner du titulaire du marché. Il ne conteste pas les principes de sa responsabilité posés par la cour, effectivement conforme à votre jurisprudence. Vous avez en effet récemment jugé "que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti" (CE, 10 octobre 2018, *Société du docteur D...A...*, n° 410501, aux T sur ce point). Comme nous l'avons dit, en l'absence même de résiliation, le titulaire aurait eu droit à l'indemnisation du manque à gagner résultant de ce que le minimum garanti n'avait pas été atteint. Ce n'est que si la résiliation était motivée par une faute de sa part dans l'exécution du contrat que le titulaire aurait perdu tout ou partie de son droit à ce minimum.

La cour a donc eu raison de regarder la société "comme ayant été privée d'un montant de travaux de 713 248 euros TTC, soit le montant minimum de 1 000 000 euros TTC prévu au marché, dont il convient de déduire la somme de 286 752 euros TTC correspondant aux prestations payées à la société Ethesia" et de déterminer sur cette base son manque à gagner. Celui-ci est calculé, vous le savez, par l'application d'un taux de marge nette, qui est celui communément relevé pour le même type d'entreprises et de travaux (par ex : CE, 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*, n° 249630, aux T). Vous laissez cette détermination à l'appréciation souveraine des juges du fond. Aucune dénaturation ne nous paraît pouvoir être reprochée à la cour qui a retenu un taux correspondant au taux de marge moyen dégagé par la société sur quatre marchés publics de maintenance d'installations de chauffage et/ou de climatisation similaires pour des acheteurs publics. Le département, qui proposait un taux ayant varié de 4 à 8 %, n'établit pas qu'elle aurait, ce faisant, grossièrement déformé les pièces du dossier.

La société Capclim ne démontre pas davantage de dénaturation dans l'affirmation de la cour selon laquelle ni la facture produite ni les autres pièces du dossier ne permettent d'établir la réalité des prestations effectuées par la société Ethesia dont elle demande le paiement au département.

**EPCMNC** : - Annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions aux fins de reprise des relations contractuelles et à ce que vous prononciez un non-lieu à statuer sur ces conclusions après avoir constaté que le jugement ne pouvait plus être exécuté sur ce point ;

- Au rejet du surplus des conclusions du pourvoi et au rejet du pourvoi incident de la société Capclim;

- et au rejet, dans les circonstances de l'espèce, de l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais exposés.