

**N° 426162,
Société Régál des Iles**

7ème et 2ème chambres réunies

**Audience du 12 février 2020
Lecture du 28 février 2020 - B**

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La société Régál des Iles, entreprise de restauration collective, évincée à plusieurs reprises des contrats irrégulièrement conclus par la commune de Saint-Benoit, à La Réunion, depuis 2014, pour la gestion du service de la restauration municipale, ne vous est pas inconnue. Vous avez par une décision du 24 mai 2017 (n° 407213, aux T), à son instigation, annulé la convention conclue par la commune en 2016 sans publicité ni mise en concurrence à la suite de l'annulation, toujours à son initiative, de la précédente convention qu'elle avait passée en suivant la procédure applicable aux délégations de service public alors qu'il s'agissait, comme l'a jugé le TA de La Réunion, d'un marché public de service. La CAA de Bordeaux, saisie d'un appel principal de la commune dirigé contre le jugement en tant qu'il prononce l'annulation du contrat et d'un appel incident de la société Régál des Iles en tant qu'il rejette ses conclusions indemnitaires au titre de l'irrégularité de son éviction, a rejeté l'ensemble de ces conclusions. Elle a confirmé tant la qualification du contrat de marché et l'irrégularité subséquente de sa passation, qualification que vous aviez entre temps retenue, par la décision précitée, pour le nouveau contrat qui avait le même objet et des modalités de rémunération similaires, que l'absence tant de lien de causalité direct entre l'irrégularité commise et l'éviction de la société Régál des Iles que de chances sérieuses pour elle d'obtenir le marché.

Seule la société se pourvoit en cassation contre cet arrêt, pourvoi qui doit donc être regardé comme ne portant que sur le rejet de son appel incident.

Vous n'aurez aucune difficulté à écarter son premier moyen, qui profite d'une rédaction quelque peu confuse de l'arrêt qui renvoie aux motifs d'irrégularité de la procédure de passation retenus par les premiers juges en indiquant, après avoir résumé les principaux arguments de la société, qu'elle ne les remettait pas utilement en cause. Elle fait valoir qu'elle invoquait encore d'autres motifs d'irrégularité, mais, à supposer qu'ils fussent nouveaux, ces motifs n'auraient changé ni la nature de l'irrégularité de la passation, ni l'appréciation des droits de la requérante à indemnisation. Et la cour s'est expressément prononcée sur l'argument nouveau tiré de ce qu'elle avait obtenu un marché ultérieur.

Nous traiterons ensemble des trois moyens suivants qui critiquent sous les angles de l'insuffisance de motivation, de la dénaturation et de l'erreur de droit ou de qualification juridique les motifs par lesquels la cour a jugé que l'irrégularité commise n'était pas la cause directe de son

éviction. Ils se recoupent largement car ils reviennent à contester, sur la forme et sur le fond, l'appréciation portée par la cour sur le lien de causalité entre l'irrégularité commise et son éviction.

Le cadre juridique des droits à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public vous est bien connu. Il a été posé par votre décision du 18 juin 2003, *Groupeement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres* (n° 249630, T. pp. 865-909) en des termes dont nous citons le dernier état, issu de votre décision du 14 octobre 2019, *Société Les Téléskis de la Croix Fry* (n° 418317, aux T sur un autre point : "Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner").

Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture rapide de ces motifs, l'exigence de lien direct de causalité entre l'irrégularité et les préjudices invoqués n'est pas une condition distincte de la perte de chance qui sera indemnisée. Comme pour toute action en responsabilité tendant à la réparation d'un préjudice causé par une faute, les éléments constitutifs du droit à réparation sont intimement liés et indissociables : ainsi, la perte de chance d'obtenir le contrat n'est indemnisable qu'en tant qu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité commise et dans la mesure où elle l'est, ce qui explique la graduation du droit à indemnisation. Lorsque le contrat ne pouvait, indépendamment de l'irrégularité commise, être attribué à la requérante, notamment parce que sa candidature ou son offre était irrégulière, la cause exclusive de son éviction est ce qui aurait de toutes façons fait obstacle à ce que le contrat lui soit attribué. C'est l'équivalent de la faute de la victime cause exclusive du dommage. Lorsque la candidature ou l'offre de la société évincée était régulière mais qu'elle n'établit pas que si la procédure s'était régulièrement déroulée, elle aurait été l'attributaire du contrat, elle ne peut tout au plus se plaindre que de ce que l'irrégularité commise l'a privée de l'opportunité de voir son offre comparée aux autres ou régulièrement comparée, et de ce qu'elle a donc engagé inutilement des frais pour sa présentation, à condition toujours que l'irrégularité soit la cause directe de cette perte de chance, ce qui n'est pas le cas lorsque, par exemple, l'irrégularité n'a pu affecter ni la construction de son offre, ni la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse (CE, 10 février 2017, *sté Bancel*, n° 393720, aux T sur ce point). Enfin, lorsqu'elle établit que sans l'irrégularité, elle aurait eu de grandes chances d'obtenir le contrat, le lien de causalité entre l'irrégularité et la perte des profits qu'elle aurait tiré de l'exécution du contrat est bien direct et peut être indemnisé. Même dans ce dernier cas, il ne conduit qu'à indemniser la perte de profits sur une période d'exécution garantie : minimum garanti dans le cas d'un marché à bons de commande (CE, 10 octobre 2018, *Société du Docteur Jacques Franc*, n° 410501, aux T sur ce point); période ferme dans le cas d'un marché tacitement reconductible (CE, 2 décembre 2019, *Groupeement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine*, n° 423936, aux T sur ce point). L'exigence d'un lien direct de causalité permet de relier chaque préjudice à l'irrégularité commise.

Le plus souvent, la mise en oeuvre de cette grille d'analyse conduit à apprécier l'incidence de la méconnaissance d'une ou plusieurs dispositions régissant la procédure de sélection des candidats

sur leurs chances d'obtenir le contrat. L'analyse prospective qu'implique toute évaluation d'une chance est possible lorsqu'il ne s'agit que de corriger un élément d'une procédure qui, s'étant par ailleurs déroulée correctement, a produit des résultats pertinents sur lesquels le juge peut s'appuyer. Elle est beaucoup plus difficile, voire impossible, lorsque comme en l'espèce, l'irrégularité affecte la totalité de la procédure suivie. Cette impossibilité, toutefois, ne touche pas nécessairement les trois degrés de l'appréciation de la perte de chance.

En effet, il peut arriver que, quelle que soit la procédure suivie, que ce soit celle applicable aux marchés publics ou aux concessions, la société évincée n'aurait eu absolument aucune chance, par exemple parce qu'elle est sous le coup de l'une des interdictions de candidater aux deux catégories de contrats, ou parce qu'il est évident qu'elle ne remplit pas les conditions professionnelles de capacité. Mais lorsque ce n'est pas le cas, lorsqu'il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que la société évincée n'aurait pu se voir pour une cause qui lui est propre attribuer aucun contrat au terme de quelque procédure que ce soit, l'irrégularité affectant le choix de la procédure lui a toujours fait perdre une chance de participer à une procédure régulière et engager en vain des frais pour sa candidature. Il en irait d'ailleurs de même, sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité, d'une irrégularité affectant l'objet même du contrat, qui n'aurait pas pu être passé.

En revanche, l'évaluation de la perte de chance d'obtenir le contrat au terme d'une procédure aussi radicalement différente que celle qui s'applique aux marchés publics lorsque la procédure suivie était celle applicable aux concessions nous semble effectivement impossible. La qualification du contrat implique des différences non seulement de procédure mais d'équilibre économique qui font obstacle à ce que l'offre remise dans le cadre de la procédure irrégulière puisse servir de base à une estimation de ses chances d'être retenues pour l'attribution d'un contrat relevant d'une autre catégorie contractuelle : pour ne citer que les différences les plus notables, d'autres candidatures auraient pu être présentées; la construction des offres n'aurait pas du tout été la même; les critères de choix non plus ; les possibilités de négociation ne sont pas les mêmes dans les différentes procédures. Il est déjà difficile de peser les chances respectives de candidats en faisant abstraction d'un sous-critère irrégulier. Essayer de reconstituer, à partir des données tirées des dossiers de candidatures à une procédure qui n'était pas la bonne, une procédure totalement différente, non seulement serait très compliqué mais obligerait le juge à faire les choix d'un acheteur, au demeurant fictif.

L'impossibilité d'évaluer des chances sérieuses d'obtenir un contrat de nature différente ou soumis à une procédure complètement différente n'empêche donc pas de constater que l'irrégularité du choix de la procédure a conduit les candidats à présenter des offres en vain et donc à engager des frais dans une compétition qui ne pouvait aboutir par la faute de la personne publique. Ainsi, la radicalité de l'irrégularité ouvre un champ large à l'indemnisation de la perte de chance simple et ferme probablement complètement celui de l'indemnisation de la perte sérieuse.

Il en résulte que l'irrégularité tenant au choix de la procédure ne saurait conduire le juge à exclure par principe tout lien direct de causalité entre l'irrégularité et le préjudice provoqué par l'éviction, car la société aura le plus souvent perdu une chance simple. Comme vous l'avez jugé à propos du recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché public, par une décision *société Snidaro*, du 19 novembre 2018 (n° 413305, inédite), la juridiction qui s'abstient de vérifier si le recours irrégulier à une procédure était susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction du candidat commet une erreur de droit. Dans cette affaire, la cour avait

fondé l'absence de lien direct de causalité sur la circonstance que la candidate avait remis une offre finale. Mais la même erreur entache l'arrêt qui, comme en l'espèce, ne recherche pas précisément quelle est l'incidence de l'irrégularité sur les préjudices subis par la société du fait de son éviction et rejette globalement ses demandes.

Ce n'est cependant pas une erreur de droit qui est soulevée mais une dénaturation sur l'appréciation de la perte de chance indemnisable. Comme nous l'avons dit, il apparaît très artificiel d'essayer de distinguer ce qui relèverait, en la matière, de l'analyse du lien de causalité et de la perte de chance et donc d'appliquer votre jurisprudence subtile, peut-être même trop subtile, qui laisse au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence du lien de causalité (CE Sect., 28 juillet 1993, *Consorts D...*, n° 117449, au rec) mais soumet au contrôle de la qualification juridique des faits celle de son caractère direct (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les jardins de Bibémus*, n° 108851, au rec), cela sur fond d'appréciation souveraine de la perte de chance (par analogie, CE, 24 janvier 2014, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 351274, aux T, à propos de la perte de chance d'obtenir une autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et CE 11 juillet 2011, *A...*, n° 328183, aux T, en matière de responsabilité hospitalière). Nous serions donc assez enclins à vous proposer de laisser les juges du fond apprécier souverainement si l'irrégularité commise a fait perdre au candidat évincé une chance et si cette chance a été ou non sérieuse, l'erreur de droit étant par ailleurs à même d'appréhender les biais méthodologiques, comme l'illustrent les décisions précitées portant sur le lien de causalité.

Ainsi, la requérante aurait pu soulever l'erreur de droit à n'avoir pas recherché si l'irrégularité commise n'avait pas eu au moins pour conséquence de lui avoir fait engager en vain des frais de présentation de son offre. Mais vous pourrez accueillir son moyen de dénaturation à ne l'avoir pas indemnisé de ces frais, d'un montant de 4 000 euros, car dès lors qu'il n'était pas soutenu que sa candidature à un marché aurait nécessairement été rejetée, elle a certainement engagé ces frais en vain.

En revanche, pour les raisons que nous avons dites tenant à l'impossibilité d'évaluer ces chances dans une compétition aussi différente que celle devant aboutir à la conclusion d'un marché public au lieu d'une concession, la cour n'a certainement pas dénaturé les pièces du dossier en rejetant ses conclusions tendant à l'indemnisation d'une perte de chance sérieuse d'obtenir un tel marché.

La circonstance, dont se prévaut la requérante, qu'elle a été attributaire en 2017 d'un marché portant sur l'exploitation de la cuisine centrale de la commune, ne suffit pas, comme l'a jugé la cour sans encourir les critiques d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation qui lui sont faites, à établir qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

Non parce que cette circonstance est postérieure à son éviction, votre décision du 26 mars 2018, *Société Balineau* (n° 401060, aux T), par laquelle vous avez tenu compte d'un nouveau marché obtenu par la candidate évincée pour apprécier l'existence de son préjudice, montrant au contraire que ce ne serait pas un obstacle, mais parce qu'au regard du très haut degré de probabilité auquel est subordonnée la reconnaissance d'une perte de chance sérieuse d'obtenir le marché, l'obtention plusieurs années plus tard d'un marché ayant le même objet ne suffit pas à établir qu'elle l'aurait très probablement obtenu compte tenu de l'offre qu'elle avait faite pour l'attribution d'une concession et certainement pas que les juges du fond ont dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle ne l'établissait pas.

Si vous nous suivez pour considérer que la cour a seulement dénaturé les pièces du dossier en rejetant les conclusions tendant à la condamnation de la commune de Saint-Benoît à indemniser la requérante de ses frais de candidature, vous annulerez l'arrêt en tant qu'il a statué sur ces conclusions, qui étaient bien identifiées et chiffrées spécifiquement, renverrez l'affaire dans cette mesure à la CAA de Bordeaux et rejetterez le surplus de conclusions du pourvoi, à l'exception de celles relatives aux frais de l'instance, auxquelles vous pourrez faire droit en mettant à la charge de la commune le versement à la société Régat des Iles d'une somme de 3 000 euros.

Tel est le sens de nos conclusions.