

N° 423936, Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine*7ème et 2ème chambres réunies***Séance du 18 novembre 2019****Lecture du 2 décembre 2019****CONCLUSIONS****M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Comme vous le savez bien, selon les règles posées par votre décision du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres* (n° 249630, T. pp. 865-909; voyez, pour une formulation récente : CE, 14 octobre 2019, *Société Les Téléskis de la Croix Fry*, n° 418317, aux T sur un autre point), le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un marché public qui a du fait de cette irrégularité perdu une chance sérieuse de le remporter a droit à l'indemnisation de son manque à gagner.

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à préciser l'étendue de ce droit à indemnisation lorsque le marché était tacitement reconductible. La question est d'une importance pratique non négligeable, de telles clauses de tacite reconduction étant fréquentes et parfaitement licites à condition que les reconductions prévues ne modifient pas les caractéristiques du marché "*et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale*" (art R. 2112-4 CCP. Art 16 du CMP applicable au litige).

En l'espèce, le marché à l'attribution duquel la société Valeurs Culinaires s'était portée candidate avait pour objet la fourniture de biens et de prestations nécessaires à la préparation de repas, pour une durée d'un an renouvelable deux fois. Après son attribution par le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine à une entreprise concurrente, la société évincée, estimant l'avoir été irrégulièrement, a saisi le juge administratif de conclusions aux fins de contestation de la validité du contrat et d'indemnisation de son manque à gagner. La CAA de Nantes a rejeté les premières et fait droit aux secondes, au motif que l'absence d'information des candidats de la pondération de deux sous-critères du critère prix avait, compte tenu du faible écart de points sur ces sous-critères, fait perdre à la société évincée une chance sérieuse d'obtenir le marché. Elle a ensuite condamné le groupement à l'indemniser de son manque à gagner sur la durée totale du marché, soit trois ans.

Vous n'avez admis le pourvoi du groupement qu'en tant qu'il porte sur l'indemnisation du manque à gagner sur la totalité de la durée d'exécution du marché, périodes de reconduction comprises.

Cette partie de l'arrêt est critiquée sous les angles de l'erreur de droit et de la dénaturation, à laquelle vous limitez votre contrôle de l'appréciation du caractère direct et certain du préjudice (CE, 14 avril 1995, *Société de construction et de génie civil*, n° 124276, B).

Il ne fait à nos yeux aucun doute que la cour, en indemnifiant le manque à gagner de la candidate évincée sur la durée totale du marché, comme s'il était conclu pour une durée ferme de trois ans, a commis une erreur de droit. En effet, elle n'a pas tenu compte de la possibilité pour l'acheteur de s'opposer à la tacite reconduction du marché au-delà de la première année, qui interfère dans le lien de causalité entre l'éviction et le préjudice.

La question est donc plutôt de savoir quelle conséquence elle devait tirer de cette circonstance sur la détermination du préjudice indemnifiable : a-t-elle pour effet d'en changer la nature, qui de la perte de chance d'exécuter le marché, certaine pour la première année, deviendrait la perte de la chance de voir le marché tacitement reconduit, ou plus radicalement de lui faire perdre son caractère direct et certain et, par suite, indemnifiable ? Le choix n'est pas anodin pour les parties, puisque la seconde branche de l'alternative conduit à l'exclusion de principe de tout droit à indemnisation pour les durées reconductibles, alors que la première laisse ouverte une possibilité d'obtenir une indemnisation, même si elle ne correspondra que rarement au manque à gagner.

La question n'est pas complètement inédite. Vous y avez déjà répondu une fois, par une décision *S.A.R.L. Les Voyages Brounais* (CE, 18 nov. 1988, n° 76131, aux T sur un autre point), dans le sens de la première branche de l'alternative, en jugeant qu'«il doit être tenu compte du manque à gagner de la société requérante correspondant à l'année scolaire 1977-1978 ainsi que la perte de chances pour ladite société d'obtenir, pour les années scolaires 1978-1979 et 1979-1980, la reconduction tacite de l'autorisation d'exploitation si celle-ci lui avait été attribuée pour l'année scolaire 1977-1978».

Du strict point de vue du raisonnement juridique, cette solution est difficilement critiquable. Si la première année d'exécution est garantie, contrairement aux années de reconduction suivantes, le titulaire d'un marché reconductible a certainement des chances de voir jouer cette reconduction. Ces chances sont d'autant plus grandes que la reconduction est tacite, ce qui, comme le précise l'article R. 2112-4 du CCP, est le principe en l'absence de stipulation contraire et que la personne publique devra justifier sa décision de s'y opposer par un motif d'intérêt général ou, le plus souvent, tenant à la mauvaise exécution par le titulaire. De fait, en pratique, il est assez rare qu'un marché reconductible ne le soit pas.

Nous pensons cependant que cette solution mérite d'être reconsidérée à l'aune d'une évolution de votre appréhension du caractère direct et certain du préjudice du candidat évincé dans le sens d'une plus grande rigueur. En témoignent plusieurs de vos décisions récentes qui rappellent l'exigence d'un lien de causalité direct et certain entre l'irrégularité et le manque à gagner. Ainsi, par exemple, de votre décision du 26 mars 2018, *société Balineau* (n° 401060, aux T), par laquelle vous avez pris en compte, pour l'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour un motif d'intérêt général, du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié (on pourrait également évoquer d'autres de vos décisions fichées sur ce point : CE, 6 octobre 2017, *Société Cegelec Perpignan*, n° 395268, p. 311, au sujet du manque à gagner dans le cas d'un marché annulé par le juge; CE, 6 décembre 2017, *Société GPE Audit et conseil*, n° 405651, T. pp. 662-677-783; CE, 10 février 2017, *sté Bancel*, n° 393720, aux T sur ce point). Encore plus proche de la question qui nous occupe est la décision *Société du Docteur Jacques Franc* du 10 octobre 2018 (n° 410501, aux T sur ce point), qui pose en principe 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 ce préjudice. 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. » En indiquant que le caractère certain du préjudice ne couvrait que les commandes garanties au titulaire, vous avez écarté toute éventualité d'une indemnisation de la perte de chance d'en obtenir davantage. Il est vrai que l'émission de bons de commande au-delà du minimum garanti étant beaucoup plus incertaine que la tacite reconduction du marché, puisque le titulaire n'y a aucun droit, la perte de chance qu'il aurait fallu réparer constitue un préjudice beaucoup plus éventuel.

Malgré cette différence, plusieurs raisons nous incitent à vous proposer d'adopter la même solution pour la perte de chance de voir le marché reconduit et donc de revenir sur votre décision de 1988.

Tout d'abord, les motifs d'irrégularité des procédures d'attribution des marchés publics et les possibilités pour les candidats évincés de les voir constatées par un juge se sont considérablement accrues depuis les années 1980, phénomène qui n'est probablement pas étranger au mouvement jurisprudentiel que nous venons d'évoquer.

Ensuite, l'indemnisation de la perte de chance sérieuse d'exécuter le marché est très favorable à la victime, puisqu'elle lui permet d'obtenir le bénéfice net que le marché lui aurait procuré, sans supporter les risques inhérents à son exécution. En d'autres termes, son droit à réparation de la perte de chance sérieuse d'exécuter le marché n'est pas tempéré par le risque inhérent à cette exécution de ne pas réaliser les profits escomptés. Faute de pouvoir lire l'avenir, le juge ne peut qu'ignorer ce risque ou en déduire une décote forfaitaire systématique du bénéfice net. Entre deux solutions grossières, vous avez choisi la plus favorable à la victime, qui garantit toujours une réparation intégrale du préjudice.

La rigueur dans l'appréciation des conditions d'indemnisation du préjudice, qui conduira à n'indemniser que le préjudice absolument certain, apparaît ainsi compensée par une méthode d'évaluation du préjudice favorable à la victime.

Enfin, la solution d'une indemnisation limitée à la durée d'exécution certaine a le grand mérite de la simplicité. L'évaluation de la perte de chance d'un renouvellement du contrat risque d'ouvrir un champ infini de discussions sur des conjectures qui seront souvent indécidables et aboutira le plus souvent à une évaluation forfaitaire qui ne manquera pas d'être contestée en appel. C'est ce souci de simplicité qui explique votre attachement au critère de la marge bénéficiaire nette, favorable à la victime. Il n'est pas illégitime qu'il conduise, s'agissant de la détermination du préjudice indemnisable, à une solution plus sévère.

Nous vous proposons donc de juger que l'éviction irrégulière d'un candidat qui avait une chance sérieuse d'obtenir l'attribution d'un marché d'une durée reconductible ne lui donne droit qu'à l'indemnisation de son manque à gagner sur la seule durée garantie, à l'exception des périodes pour lesquelles il aurait pu être reconduit.

Si vous ne nous suivez pas et décidiez que le candidat évincé a droit à l'indemnisation de la perte de chance d'exécuter le marché pour les durées reconduites, il vous faudrait censurer la cour qui n'a pas recherché si la société requérante avait une telle chance.

Dans les deux cas, vous annulerez l'article 2 de l'arrêt attaqué en tant qu'il fait droit aux conclusions de la société Valeurs Culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à 12 mois.

Si vous nous suivez sur le motif d'annulation, vous pourrez régler l'affaire au fond puisqu'il suffira réduire le montant de l'indemnisation au manque à gagner sur la première année d'exécution, soit, compte tenu des motifs de l'arrêt qui ne sont pas concernés par le pourvoi, 66 666, 66 euros.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de la société Valeurs Culinaires le versement au Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.