

N° 438220

Société Valeurs culinaires

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 20 octobre 2020

Lecture du 13 novembre 2020

Conclusions

**M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur
public**

1. Vos 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies ont déjà eu à se prononcer sur le litige qui vous est soumis aujourd'hui à la suite de l'annulation, par un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 6 juillet 2018, de l'attribution du marché de fourniture de repas conclu le 11 août 2015 entre le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine et la société Sogeres. Relevant une illégalité dans la procédure de mise en concurrence tenant à l'absence de publicité de la pondération de sous-critères, la cour avait condamné le groupement à verser à la société Valeurs culinaires, concurrente évincée, une somme de 200 000 euros, en acceptant de l'indemniser pour les trois années d'exécution possibles du contrat.

Sur pourvoi du GCS, par une décision n° 423936 du 2 décembre 2019, mentionnée aux Table, vous avez annulé cet arrêt en tant seulement qu'il faisait droit aux conclusions d'appel de la société Valeurs culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à douze mois, en jugeant en particulier que : *« Dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, et non sur les périodes ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions. »*

La société Valeurs culinaires forme une **tierce opposition** contre cette décision.

2. Nous estimons que **ce recours est recevable**.

Vous savez en effet qu'il résulte de l'article R. 832-1 du code de justice

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

administrative que : « *Toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision.* »

Or, d'une part, il est indéniable que la décision litigieuse préjudicie à ses droits puisque son indemnisation a été réduite.

D'autre part, la société requérante fait valoir à juste titre que le pourvoi du groupement a été envoyé à son ancienne adresse, alors qu'elle avait communiqué sa nouvelle adresse au greffe de la CAA : la seconde condition est donc remplie, comme vous l'avez jugé dans un précédent parfaitement topique (CE 1^{er} octobre 1980, *Nicolaï*, n° 13913, aux tables sur un autre point).

3. En revanche, nous pensons que, sur le fond, ce recours ne saurait prospérer au vu des deux moyens soulevés à titre principal par la requête.

3.1. La requérante soutient d'abord que le moyen tiré de ce que la cour administrative d'appel de Nantes avait commis une erreur de droit et dénaturé les faits et pièces du dossier en indemnisant le manque à gagner de la société Valeurs Culinaires sur la durée totale du marché, qui était de trois ans, n'était pas fondé.

A cet égard, elle fait valoir que la reconduction est une opération limitée dans sa portée car les caractéristiques du marché doivent rester inchangées (article R. 2112-4 du code de la commande publique), ce qui signifie que la reconduction constitue une simple poursuite de l'exécution, et non la naissance d'un nouveau marché (CE 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, A), mais aussi que les candidats ne peuvent s'opposer à la reconduction, et que l'acheteur public ne peut lui-même s'y opposer que pour un motif d'intérêt général ou lié à la mauvaise exécution du marché.

Tout ceci est vrai mais nous ne voyons pas en quoi cela aurait pour conséquence que la reconduction d'un marché soit automatique et encore moins qu'elle doive être regardée comme telle pour l'appréciation du préjudice né de la non-attribution du marché.

Au contraire, la position arrêtée par vos chambres réunies nous paraît parfaitement cohérente avec votre jurisprudence antérieure, en particulier vos décisions par lesquelles

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

vous avez estimé que la perte de profits d'un marché à bons de commande n'est indemnisé qu'à hauteur du minimum garanti (CE 10 octobre 2018, *Société du docteur Jacques Franc*, n° 410501, T. p. 773) ou qui limite dans le temps l'indemnisation du manque à gagner après une résiliation unilatérale, lorsque l'équilibre économique du contrat n'est pas certain sur la durée du contrat (CE 10 février 2016, *Commune de Bandol*, n° 387769, inédit).

3.2. Le second moyen argue que, dans certains cas, la reconduction tacite apparaît déjà certaine, comme en l'espèce, et que le candidat irrégulièrement évincé peut alors prétendre à l'indemnisation du manque à gagner sur la durée totale du marché.

Ce raisonnement reviendrait à vous faire juger que l'hypothèse d'une reconduction ne doit pas être exclue par principe, mais plutôt laissée à une appréciation factuelle des juges du fond.

Vous avez fait le choix inverse de manière très délibérée dans votre décision critiquée en censurant l'arrêt de la cour sur le terrain de l'erreur de droit. Nous devons avouer que, sur le plan intellectuel, il nous paraît très difficile de voir dans quel cas la reconduction pourrait être regardée comme certaine dès le stade de la passation, alors même que le pouvoir adjudicateur a fait le choix de prévoir une telle clause et donc de s'ouvrir la possibilité de ne pas reconduire.

Quant aux arguments d'espèce tendant à prouver que la reconduction du marché de restauration du groupement de coopération sanitaire était certaine, nous ne leur trouvons aucun crédit : au contraire, les clauses de reconduction paraissent particulièrement intéressantes pour un marché de restauration, où la qualité peut parfois tendre à décliner lorsqu'on s'éloigne des échéances de mise en concurrence. Rien ne permet donc de regarder la reconduction comme certaine en l'espèce.

Vous écarterez donc ces deux moyens et rejetterez la tierce opposition formée devant vous.

4. Précisons que, dans les circonstances de l'espèce, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet de la requête de la société Valeurs Culinaires ;
- au rejet des conclusions du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.