

[Jurisprudence] Candidat évincé : Refus d'indemnisation des périodes de reconduction tacite du marché

N1754BYM



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie

Le 09-01-2020

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 2 décembre 2019, n° 423936, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A6409Z47](#))

Les principes qui gouvernent l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un marché sont désormais bien connus : *«lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique»* (CE, 18 juin 2003, n° 249630 [N° Lexbase : A8725C8N](#)).

Dans l'affaire rapportée, l'entreprise avait une chance sérieuse de remporter le marché, et pouvait donc prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner. Il restait toutefois à déterminer la durée de référence permettant de calculer le montant du manque à gagner à indemniser.

Une des particularités du cas d'espèce -qui fait d'ailleurs, tout l'intérêt de la décision commentée- était que le marché devait être conclu pour une durée de douze mois, renouvelable deux fois par le jeu d'une clause de tacite reconduction.

Dans cette configuration, la question soumise aux juges était donc la suivante : faut-il admettre l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé, qui a été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, de son manque à gagner pour la période d'exécution initiale du marché, de douze mois, ou cette indemnisation doit-elle également couvrir le manque à gagner pour les périodes de reconduction tacite du marché, c'est-à-dire la durée totale du marché ?

La cour administrative d'appel de Nantes avait estimé que l'indemnisation du manque à gagner du candidat indûment évincé devait être calculée sur une période totale de trois années, correspondant à la période d'exécution initiale ainsi qu'aux deux années supplémentaires susceptibles de faire l'objet de reconductions.

Le Conseil d'Etat, qui n'avait admis le pourvoi que sur ce seul point particulier (CE, 29 mars 2019, n° 423936 [N° Lexbase : A6409Z47](#)) : *«Eu égard aux moyens soulevés, il y a lieu d'admettre les conclusions du pourvoi qui sont dirigées contre l'arrêt attaqué en tant seulement qu'il s'est prononcé sur les conclusions indemnitaires de la société Valeurs Culinaires en appréciant le manque à gagner qu'elle a subi sur une période de trois ans, soit sur la durée totale du marché, périodes de*

reconduction comprises»), censure l'arrêt de la cour administrative d'appel (CAA Nantes, 6 juillet 2018, n° 17NT01247 [N° Lexbase : A1335XY4](#)) et juge que «le manque à gagner susceptible de donner lieu à l'indemnisation de la société Valeurs Culinaires ne revêt un caractère certain que pour la période initiale de douze mois du marché litigieux».

En d'autres termes, le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un marché, et qui, en raison de cette irrégularité, a perdu une chance sérieuse de le remporter, peut prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner, uniquement pour la période d'exécution initiale de ce dernier, à l'exclusion des périodes de reconduction tacite.

Cette position peut, à première vue, étonner.

Il est vrai que la perte du manque à gagner n'est pas certaine pour les périodes de reconduction, dans la mesure où le titulaire du marché n'a aucun droit à la reconduction, tacite ou expresse, de ce dernier, la clause de reconduction n'introduisant, en principe, qu'une faculté, dont le pouvoir adjudicateur conserve le libre usage.

Toutefois, à l'aune de cette possibilité de reconduction du marché -possibilité dont on sait, en pratique, qu'elle sera très probablement mise en jeu, *a fortiori* si la reconduction naît du simple silence conservé par le pouvoir adjudicateur, à moins, bien entendu, que le titulaire n'ait pas donné entière satisfaction- le juge aurait pu admettre l'indemnisation d'une perte de chance de voir le marché reconduit pour une ou plusieurs périodes supplémentaires.

L'indemnisation du candidat évincé comprendrait alors, d'une part, le manque à gagner pour la période initiale du marché puis, d'autre part, la perte de chance d'obtenir la reconduction du marché, c'est-à-dire une portion du manque à gagner sur la période de reconduction.

Une telle solution avait déjà pu être retenue par le Conseil d'Etat, dans une décision déjà ancienne (CE, 18 novembre 1988, n° 76131 [N° Lexbase : A8333APC](#) : «*Considérant, pour l'évaluation de ce préjudice, que, d'une part, 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*»).

La décision commentée revient donc sur cette position, qui avait le mérite d'une certaine orthodoxie quant au respect du principe de réparation intégrale du préjudice, mais devait souffrir, en pratique d'une certaine complexité de mise en œuvre : la détermination du simple manque à gagner peut déjà poser de nombreuses difficultés en termes de preuve. Il va donc sans dire que l'établissement de la part du manque à gagner correspondant à la perte de chance de voir le marché reconduit promet le déchaînement d'un petit enfer probatoire, et trouvera le plus souvent sa résolution dans la fixation arbitraire d'un montant forfaitaire par le juge.

En excluant l'indemnisation du manque à gagner pour les périodes de reconduction, le juge administratif fait donc œuvre de simplicité, au détriment de la réparation intégrale du préjudice. Il est de même remarquable que l'indemnisation ne porte dès lors pas sur la durée totale du marché. Cela peut cependant être justifié par le fait que la reconduction dépende uniquement d'un pouvoir discrétionnaire de l'acheteur, et que le titulaire n'est donc fermement assuré que de la durée initiale du marché.

Quel impact dans ma pratique ?

Nonobstant une jurisprudence qui peut leur sembler favorable, les acheteurs doivent veiller à ne stipuler des clauses de reconductions que lorsque cela est adapté par rapport à l'objet du marché.

Il sera ainsi opportun d'introduire une clause de reconduction, tacite ou expresse, lorsque le marché porte sur des prestations dont le contrôle de l'exécution est difficile à mettre en œuvre par l'acheteur (par exemple : gardiennage, surveillance, nettoyage de locaux, traiteurs...), la période initiale faisant alors office de «période d'essai» ; de même pour les prestations qui évoluent rapidement dans le temps (par exemple : informatique).

