

Éviction irrégulière et préjudice

Dans un arrêt du 28 novembre dernier, Le Conseil d'État a dû déterminer si plusieurs candidats évincés pouvaient ou non être vus comme ayant eu des chances sérieuses de remporter le contrat et, partant, réclamer l'indemnisation de leur manque à gagner. En outre, deux arrêts de cours administratives d'appel apportent d'utiles précisions sur le calcul du manque à gagner auquel peut prétendre le candidat irrégulièrement évincé qui disposait d'une chance sérieuse de remporter le contrat.

Lorsqu'un candidat est irrégulièrement évincé d'une procédure d'attribution d'un contrat public, peut-il se prévaloir d'un préjudice indemnisable ?

La réponse à cette question a été consolidée voilà plus de deux décennies par la décision du Conseil d'État *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, rendue le 18 juin 2003⁽¹⁾, qui distingue trois hypothèses :
 – hypothèse n° 1 – l'entreprise irrégulièrement évincée était dépourvue de toute chance de remporter le contrat (ce qui est notamment le cas lorsque son offre était irrégulière, quand bien même l'acheteur aurait pu l'autoriser à la régulariser⁽²⁾ et même si l'offre de l'attributaire était également irrégulière⁽³⁾) : en ce cas, elle ne peut prétendre à aucune indemnité ;
 – hypothèse n° 2 – l'entreprise irrégulièrement évincée n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le contrat : elle peut alors prétendre, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ;
 – hypothèse n° 3 – l'entreprise irrégulièrement évincée avait des chances sérieuses de remporter le contrat : elle a alors 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.

Néanmoins, une question n'avait, jusqu'à présent, pas été traitée : pour une même procédure, plusieurs

Auteurs

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

Seban Avocats

Références

CE 28 novembre 2023, req. n° 468867

CAA Bordeaux 7 novembre 2023, req. n° 21BX03579

(1) CE 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, req. n° 249630, dont le principe a été récemment réitéré par CE 28 février 2020, *Société Régal des îles*, req. n° 426162.

(2) CE 28 février 2020, *Société Régal des îles*, req. n° 426162, précité.

(3) CE 8 octobre 2014, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey*, req. n° 370990.

candidats évincés peuvent-ils être vus comme ayant des chances sérieuses de remporter le contrat et, partant, réclamer l'indemnisation de leur manque à gagner ou, au contraire, cette qualité ne peut-elle être reconnue qu'à un seul d'entre eux ?

C'est à cette question que vient répondre la récente décision du Conseil d'État *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer* rendue le 28 novembre 2023⁽⁴⁾.

L'actualité jurisprudentielle a été également marquée par deux arrêts de cours administratives d'appel, qui apportent d'utiles précisions sur le calcul du manque à gagner auquel peut prétendre le candidat irrégulièrement évincé qui disposait d'une chance sérieuse de remporter le contrat.

Candidat disposant d'une chance sérieuse de remporter le contrat : il ne peut en rester qu'un !

La décision du Conseil d'État du 28 novembre 2023 est intervenue dans le cadre d'un contentieux sur la régularité d'un contrat de délégation de service public portant sur l'exploitation d'une plage, attribué par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer.

La Société La Royale Plage, candidate évincée, avait saisi la juridiction administrative d'un recours tendant, d'une part, à l'annulation du contrat attribué à sa concurrente et, d'autre part, au versement par la commune d'une indemnité de 274 116 euros. Déboutée en première instance par le tribunal administratif de Toulon, l'entreprise obtient, en cause d'appel, la condamnation de la commune à lui verser la somme de 80 039 euros, au motif que, selon la cour administrative d'appel de Marseille, « on ne pouvait identifier une différence qualitative notable entre l'offre de la SARL La Royale Plage et celle des autres candidats admis à négocier » et qu'il « ne résulte pas de l'instruction » que « cette offre aurait eu une valeur inférieure à celle des autres candidats ou présenterait une insuffisance notable ».

Ce faisant, la cour administrative d'appel a considéré que les trois candidats irrégulièrement évincés, dont la requérante, disposaient de chances sérieuses de remporter le contrat.

Saisi par la commune d'un pourvoi contre cet arrêt, le Conseil d'État juge qu'en statuant ainsi, « alors qu'il lui revenait d'apprécier si, en l'absence de faute de la commune, la société La Royale Plage aurait eu des chances sérieuses d'emporter le contrat au contraire de tous les autres candidats, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ». Tirant les conséquences de cette erreur de droit, le Conseil d'État annule l'arrêt et renvoie l'affaire au fond.

En rendant une telle décision, le Conseil d'État met en évidence que, dans le cadre d'une même procédure de passation, si plusieurs candidats irrégulièrement évincés peuvent être regardés comme n'étant pas dépourvus de toute chance de remporter le contrat et, à ce titre, obtenir le remboursement des frais de présentation de leur offre, un seul d'entre eux peut être regardé comme disposant de chances sérieuses de l'emporter et, par voie de conséquence, prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner.

Par cette décision, mentionnée aux Tables, le Conseil d'État confirme l'application, en matière contractuelle, d'une logique du « tout ou rien » : compte tenu du fait que le droit à indemnisation couvre l'intégralité du manque à gagner, ce droit ne peut, par son ampleur, bénéficier qu'à un seul candidat irrégulièrement évincé, à savoir celui dont l'offre était, en application des critères de sélection prévus par les documents de la consultation, supérieure à celle de tous ses concurrents.

Comme l'a utilement souligné le rapporteur public Nicolas Labrune dans ses conclusions⁽⁵⁾, on relèvera que cette logique du « tout ou rien » s'oppose à la logique « probabiliste », applicable notamment en matière de responsabilité hospitalière, selon laquelle, en présence d'un préjudice causé par une faute d'un établissement lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient ayant compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, l'établissement doit réparer intégralement la perte de chance d'éviter que le dommage corporel soit advenu, laquelle doit être évaluée « à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue »⁽⁶⁾.

Accessoirement, on signalera que le litige portait également sur une autre question, toute aussi intéressante pour les acheteurs publics – en particulier ceux qui sont soumis au Code général des collectivités territoriales (CGCT) – mais qui n'aura finalement pas été examinée dans la décision, par application du principe de l'économie des moyens de cassation : le contenu du rapport que l'exécutif doit présenter à l'assemblée délibérante à l'issue de la procédure de passation d'une délégation de service public, par l'effet des dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT.

En l'occurrence, la cour administrative d'appel de Marseille avait jugé que les membres du conseil municipal avaient reçu une information insuffisante, dans la mesure où le rapport du maire, bien que présentant une analyse détaillée des candidatures et des offres, l'économie générale du contrat et les motifs du choix de l'attributaire, ne portait d'appréciation que sur la seule offre retenue, sans comporter l'explication de ce choix par comparaison avec les propositions des autres

(4) CE 28 novembre 2023, *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*, req. n° 468867.

(5) Concl. Nicolas Labrune ss. CE 28 novembre 2023, *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*, req. n° 468867.

(6) CE 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, req. n° 289328.

candidats. À l'issue d'un raisonnement très détaillé, Nicolas Labrune avait préconisé à la formation de jugement de considérer qu'en jugeant ainsi, la cour administrative d'appel de Marseille avait été trop rigoriste et, ce faisant, commis une erreur de droit. Selon lui, « si l'article L. 1411-5 du CGCT impose à l'exécutif territorial d'apporter à l'assemblée délibérante une information suffisante sur le dernier état des offres remises par les candidats, de façon que celle-ci puisse porter sur ces offres une appréciation comparative, cette information peut en revanche être apportée par tout moyen et ne suppose pas que l'exécutif transmette systématiquement à l'assemblée l'exposé des raisons pour lesquelles les offres des candidats non retenus ont été écartées ».

Il faudra donc attendre une autre décision pour que le Conseil d'État tranche ce point et précise ainsi quelle approche doit prévaloir, entre l'approche « rigoriste » appliquée par la cour administrative d'appel de Marseille et celle, plus « pragmatique », défendue par le rapporteur public Nicolas Labrune.

Nouvelles illustrations du calcul du manque à gagner du candidat irrégulièrement évincé

Dans l'hypothèse où il est établi qu'un candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public disposait d'une chance sérieuse de remporter ledit contrat, la difficulté tient au chiffrage du manque à gagner au titre duquel il peut être indemnisé.

Auparavant, le manque à gagner était défini comme « la marge bénéficiaire de ce type d'entreprises pour ce type de travaux »^[7].

Par la suite, la jurisprudence a restreint le manque à gagner indemnisable, pour le limiter au « bénéfice net » que le contrat aurait procuré au candidat irrégulièrement évincé^[8]. À cet égard, il existait une confusion sémantique : le « bénéfice net » correspond-il au « résultat net » comptable, c'est-à-dire à la différence entre les produits et les charges après déduction d'impôts ? Le Conseil d'État a répondu en 2015 par la négative : le bénéfice net au sens où il l'entend doit se calculer à partir du résultat d'exploitation avant impôt sur les sociétés, compte tenu du fait que l'indemnité au titre du manque à gagner, une fois versée, aura elle-même vocation à être soumise à cet impôt^[9].

C'est au candidat irrégulièrement évincé alors qu'il disposait d'une chance sérieuse de remporter le contrat qu'incombe la charge de la preuve sur le montant de son

préjudice au titre du manque à gagner. Et, ces éléments de preuve doivent porter non plus sur les marges couramment observées pour les entreprises équivalentes du secteur économique concerné mais sur la différence entre le prix de vente des prestations objet du contrat et leur coût de revient.

Le bénéfice net qui doit être pris en compte ici correspond donc à la différence entre les recettes et les charges d'exploitation qui auraient été exposées par le candidat évincé pour l'exécution du marché. Ces charges d'exploitation sont susceptibles d'inclure notamment^[10] :

- la part de la masse salariale qui aurait été consacrée à la réalisation du contrat ;
- les frais généraux affectés au marché (frais de structure et frais d'assurance de responsabilité civile générale) ;
- la marge d'erreur et d'aléa ;
- les investissements qui auraient dû être nécessaires pour l'exécution de la mission.

À l'appui du chiffrage de son bénéfice net, le candidat évincé peut produire une attestation de son expert-comptable mais celle-ci peut être jugée comme étant un élément de preuve insuffisant si elle n'est pas accompagnée de justifications tirées de la comptabilité de l'entreprise^[11].

À cet égard, l'arrêt rendu le 7 novembre 2023 par la cour administrative d'appel de Bordeaux^[12] donne un utile exemple de pièce considérée comme suffisamment probante pour calculer le bénéfice net du candidat évincé. Dans le cadre d'un contentieux sur la passation d'un marché de location, d'installation, de formation et d'entretien-maintenance de photocopieurs multifonctions, le candidat évincé avait produit « un tableau qui évalue de manière spécifique les marges pour les pages noir et blanc et les pages couleur, en s'appuyant sur le prix de vente et le coût de revient de ces deux catégories de pages, ainsi que sur la marge sur la location du matériel, calculée sur la base du prix d'achat de chacun des photocopieurs et sur le loyer afférent à ce matériel ». Constatant que la commune acheteuse « ne contestait pas sérieusement la pertinence des éléments précis d'évaluation apportés par la société », la cour administrative d'appel a accordé à celle-ci l'intégralité de la somme qu'elle avait demandée.

Quant à l'arrêt rendu le 10 juin 2023 par la cour administrative d'appel de Nancy^[13], il illustre l'ampleur du contrôle du juge administratif sur les pièces fournies par le candidat évincé à l'appui de sa demande d'indemnisation du manque à gagner. Dans un contentieux sur la passation par l'Institut national polytechnique de Lorraine d'un marché de travaux, une candidate irrégulièrement évincée avait produit, à l'appui du chiffrage de son bénéfice net, un relevé des charges qu'elle aurait supportées si elle avait effectué les travaux afférents audit marché

[7] CE 7 novembre 2001, SA Quillery, req. n° 218221 ; CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, req. n° 249630, précité.

[8] CE 8 février 2010, Commune de La Rochelle, req. n° 314075 ; CE 11 février 2011, Communauté de communes du pays d'Arles, req. n° 337193.

[9] CE 19 janvier 2015, Société SPIE Est, req. n° 384653.

[10] CAA Nancy 10 juin 2013, Société Aquatrium, req. n° 11NC01257.

[11] CAA Lyon 5 avril 2012, Société Fonderies des cloches Paccard, req. n° 10LY02298.

[12] CAA Bordeaux 7 novembre 2023, req. n° 21BX03579.

[13] CAA Nancy 10 juin 2013, req. n° 11NC01257.

et venant en déduction du montant total du marché prévu. Mais, la cour administrative d'appel a procédé à une révision à la baisse de ce chiffrage du bénéfice net, d'une part, en considérant que, contrairement à ce que soutenait la société requérante en se prévalant d'une attestation de son expert-comptable, il y avait lieu de

déduire du prix du marché les frais généraux (frais de structure, frais d'assurance), les frais d'achat des matériels et équipements nécessaires à l'exécution du marché, ainsi que la marge d'erreur et d'aléas ; d'autre part, en réévaluant à la hausse les charges de personnel en phase de préparation de chantier, jugées sous-évaluées.