



## Contrats publics

### Candidats évincés à tort, à quoi avez-vous droit ?

Dans un contexte économique tendu, les recours indemnitaires formés par les candidats se multiplient. Panorama de la jurisprudence.

Par **Alexandre Labetoule**, avocat associé, cabinet CLL Avocats,  
et **Sébastien Guenegou**, directeur du département stratégie-finance, société Naldeo

Un candidat évincé de façon irrégulière d'une procédure de passation d'un contrat public n'a pas nécessairement droit à une indemnité. Encore faut-il qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute du pouvoir adjudicateur et le préjudice subi par le candidat (CE, 10 juillet 2013, n° 362777). Cela étant, sauf s'il apparaît avec certitude que sa situation serait demeurée inchangée en l'absence d'irrégularité, le candidat obtiendra en principe réparation de son préjudice. L'étendue de celui-ci variera alors en fonction des chances que le candidat aurait eues de se voir attribuer le marché en l'absence d'irrégularité. Le juge administratif distingue trois cas de figure :

- l'entreprise dépourvue de toute chance de remporter le marché n'a droit à aucune indemnité ;
- l'entreprise non dépourvue de toute chance a droit au remboursement des frais engagés pour présenter son offre ;
- enfin, l'entreprise détenant des chances sérieuses de rem-

porter le marché peut revendiquer l'indemnisation de son manque à gagner (CE, 18 juin 2003, n° 249630).

#### Une appréciation des « chances sérieuses » souvent aléatoire

Il n'est pas toujours évident pour le candidat évincé de savoir, avant d'engager une action, s'il détenait des chances sérieuses d'obtenir le marché. Ce type de contentieux peut être assimilé, par certains aspects, à une loterie où l'entreprise doit savoir accepter l'aléa inhérent à toute action contentieuse... mais également à toute procédure de mise en concurrence.

**Une frontière difficile à tracer.** Le juge se livrera ainsi à une appréciation *in concreto*, en tenant compte d'indices susceptibles de faire pencher la balance en faveur de l'indemnisation du manque à gagner (en cas de chances sérieuses de remporter le marché) ou uniquement des frais de présentation de l'offre.

Le juge sera attentif notamment au nombre de candidats en lice et au classement du candidat évincé irrégulièrement. Un faible écart de points séparant son offre de celle de l'attributaire et/ou un nombre de candidats restreint constitueront ainsi des indices favorables à la reconnaissance de chances sérieuses.

Cela étant, tout est affaire d'espèce. La circonstance que le nombre de candidats est insuffisant pour assurer une mise en concurrence effective pourrait également militer en faveur de l'absence de chances sérieuses, et ce, *a fortiori*, lorsque le montant de l'offre du candidat évincé est largement supérieur à celui de l'attributaire et à l'évaluation du montant du marché par l'acheteur public. En effet, le juge pourrait alors considérer que le pouvoir adjudicateur aurait déclaré la procédure infructueuse s'il avait écarté l'offre (irrégulière) de l'attributaire. C'est cette thèse qui était soutenue par le rapporteur public Emilie Felmy dans ses conclusions sur l'arrêt « Société AGL Services » du 21 juillet 2014 (1), à propos d'un appel à la concurrence relatif à un marché de location de longue durée de véhicules. Elle invitait en effet la cour administrative d'appel (CAA) de Marseille à limiter l'indemnité due à la requérante à la somme de 8 000 euros, correspondant aux frais de présentation de l'offre. Toutefois, la cour ne l'a pas suivie et a accordé à la société évincée la somme de 717 740 euros assortis des intérêts au taux légal capitalisés correspondant à un taux de marge nette de 22,42%.

**Un examen du juge plus ou moins approfondi.** Quoiqu'il en soit, il appartient au candidat évincé de produire tous les éléments utiles pour permettre au juge d'apprécier la qualité de son offre. En défense, le pouvoir adjudicateur devra, lui, justifier son choix initial - en veillant néanmoins à respecter le secret des affaires. Afin de mesurer les chances du requérant, le juge accepte de vérifier la valeur respective des offres, étant précisé que son contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 8 février 2010, n° 314075). Mais en pratique, lorsqu'il dispose des pièces utiles, le juge peut être amené à pousser son contrôle assez loin en matière de marchés publics. Cela sera un peu moins le cas en matière de délégations de service public compte tenu de la marge d'appréciation de l'autorité délégante (CAA Lyon, 17 octobre 2013, n° 12LYO2126). Enfin, la solution peut consister également à désigner un expert judiciaire chargé de déterminer, au vu de l'entier dossier d'appel d'offres et des offres de sociétés concurrentes, si l'entreprise avait une chance sérieuse de remporter le marché au regard des critères d'attribution (CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA05223).

### Des modalités d'évaluation de l'indemnité encore incertaines

Le Conseil d'Etat reconnaît depuis longtemps aux entreprises privées de « chances sérieuses » le droit à une indemnité correspondant au « manque à gagner constaté en fait, c'est-à-dire compte tenu des bénéfices qui pouvaient être normalement attendus de l'exécution des travaux » (CE, 13 mai 1970, n° 74601). Si les contours de la notion de manque à gagner, initialement assez flous, ont été précisés, des incertitudes demeurent à propos de l'évaluation du bénéfice net.

**Les précisions apportées par la jurisprudence.** La Haute juridiction a ainsi indiqué que le manque à gagner incluait les frais de présentation de l'offre, qui ne font donc pas l'objet d'une indemnisation spécifique (sauf stipulation contraire du

contrat) (CE, 18 juin 2003, n° 249630, précité). Il en va de même de la quote-part des frais généraux (frais de structure, de siège, d'assurance...) affectée au marché: elle ne peut faire l'objet d'une indemnité dans la mesure où ces frais sont déjà pris en compte dans la formation du prix facturé par l'entreprise (CE, 27 janvier 2006, n° 259374; CE, 8 février 2010, n° 314075).

Le Conseil d'Etat a également précisé que la réalisation par une entreprise, après qu'elle a été irrégulièrement évincée d'un marché, d'un chiffre d'affaires sur d'autres marchés était sans incidence sur l'évaluation du manque à gagner (CE, 27 janvier 2006, n° 259374). Ce type d'action contentieuse peut ainsi être très profitable pour l'entreprise, qui peut percevoir une indemnité alors même que la conclusion d'autres contrats lui aurait permis de compenser son éviction irrégulière.

Par un arrêt récent (CE, 19 janvier 2015, n° 384653), le Conseil d'Etat a jugé que le manque à gagner du candidat évincé devait être évalué à partir du résultat d'exploitation avant déduction de l'impôt sur les sociétés (IS). La requérante demandait l'annulation de l'arrêt de la CAA de Nancy qui avait réduit la somme que le pouvoir adjudicateur avait été condamné à lui verser en réparation du manque à gagner consécutif à son éviction irrégulière d'un marché. Plus précisément, la CAA avait décidé de déduire l'IS du bénéfice net qu'aurait réalisé l'entreprise si elle avait été attributaire. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat met un terme à une divergence de jurisprudence opposant plusieurs juridictions du fond. Cette solution est logique dans la mesure où l'indemnité due au titre du manque à gagner ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif. Elle est destinée à compenser une perte commerciale et doit donc être regardée comme un profit soumis à l'IS. En d'autres termes, la solution retenue par la CAA avait pour effet de soumettre deux fois l'entreprise à l'impôt puisque l'indemnité allouée à cette dernière par le juge venait abonder son résultat fiscal.

**Pas de définition unique du « bénéfice net ».** Seul le « bénéfice net » que lui aurait procuré le marché si la société requérante avait été désignée attributaire, à l'exclusion du taux de « marge brute », doit être pris en compte pour le calcul du manque à gagner (CE, 8 février 2010, n° 314075, précité). Mais il

### Ce qu'il faut retenir

- Crise oblige, les recours indemnitaires formés par les candidats irrégulièrement évincés d'une procédure de mise en concurrence ont tendance à se multiplier. Le candidat qui détenait des « chances sérieuses » de se voir attribuer un marché a droit à l'indemnisation de son manque à gagner.
- Ces recours peuvent se révéler très lucratifs même si leur résultat est souvent incertain.
- L'incertitude tient notamment aux contours encore assez flous de la notion de « bénéfice net » correspondant au préjudice de l'entreprise évincée. Par un récent arrêt, le Conseil d'Etat a précisé que le « bénéfice net » devait être évalué avant déduction de l'impôt sur les sociétés, ce qui évite à l'entreprise de subir un phénomène de double imposition.

→ n'est pas évident en pratique de faire ressortir le bénéfice net, en l'absence de comptabilité analytique propre au marché, voire d'un compte de résultat. En effet, les données financières contenues dans l'offre du candidat sont souvent insuffisantes. Et il n'est pas possible ici d'extrapoler un chiffrage à partir de résultats financiers qui seraient liés au début d'exécution des prestations : c'est toute la différence avec la situation de l'entreprise dont le marché a été résilié pour motif d'intérêt général. C'est pourquoi on raisonne souvent à partir du résultat annuel de l'entreprise. Autre difficulté, au-delà de la terminologie employée par le Conseil d'Etat qui fait référence indifféremment à la notion de « bénéfice net » ou de « taux de marge nette », force est de constater que le juge n'a pas précisé les éléments composant le manque à gagner. Ainsi, ces notions que l'on oppose à celle de « bénéfice (ou marge) brut(e) » sont fréquemment employées par la jurisprudence sans être clairement définies (2).

La doctrine financière assimile quant à elle le bénéfice net au résultat net de la société au sens fiscal du terme. Ce bénéfice (ou rentabilité nette) correspond à la différence constatée sur une période entre, d'une part, les produits encaissés et, d'autre part, les charges d'exploitation, financières et exceptionnelles auxquelles s'ajoute l'IS. Le bénéfice net se calcule ainsi en déduisant du résultat courant avant impôts (RCAD) les charges qui n'ont pas encore été prises en compte dans les soldes intermédiaires de gestion, telles que les charges exceptionnelles, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et l'IS. Quant au taux de marge nette, il correspond au ratio mesurant la rentabilité d'une structure. Il est calculé en divisant le bénéfice net par le chiffre d'affaires.

**Rémunération juste et raisonnable.** Le juge s'est éloigné de ces notions purement financières : il est désormais évident que le bénéfice net au sens de la jurisprudence ne tient pas compte de l'IS. En toute logique, il devrait en aller de même s'agissant de la participation des salariés. L'on ne comprendrait pas que cette charge, qui varie d'une année à l'autre en fonction des résultats de l'entreprise, soit prise en compte dans le calcul indemnitaire. En réalité, on considère habituellement que, selon la jurisprudence, le bénéfice net correspond aux recettes produites par l'exécution du marché duquel il faut déduire l'ensemble des frais et charges engagés pour son exécution.

Au-delà de la logique comptable, les notions de bénéfice net et de taux de marge nette renvoient également à l'idée que l'on peut se faire d'une rémunération juste et raisonnable. C'est sans doute pourquoi il arrive au juge de prendre en compte des données plus générales liées au secteur d'activité ou aux résultats globaux de l'entreprise, et ce, malgré les éléments financiers propres au marché litigieux produits par le candidat.

**Éléments précis et attestés.** Même lorsqu'elle a réussi à convaincre le juge qu'elle détenait des « chances sérieuses », l'entreprise peut être déçue du taux de marge nette retenu *in fine*. Afin de maximiser ses chances d'être entièrement suivi dans ses demandes, le requérant aura intérêt à produire un ensemble d'éléments financiers précis et étayés issus de sa comptabilité, attestés par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes faisant ressortir le résultat que lui aurait permis de réaliser le marché. Cette démonstration sera souvent délicate à apporter pour l'entreprise. Elle sera parfois difficile aussi à apprécier pour le juge compte tenu de la nature des charges sus-



ceptibles d'être affectées à un marché, lesquelles peuvent varier en fonction de l'organisation de chaque entreprise.

**Approche juridique et financière.** Lorsqu'elle n'est pas en mesure de produire des éléments suffisamment probants, l'entreprise risque de voir sa demande indemnitaire rejetée (CAA Paris, 4 novembre 2013, n° 11PA01390). Ou alors, le juge pourra se référer au taux de marge nette habituellement appliqué dans le secteur concerné (CAA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 12PA03392), ou au taux de marge nette globale réalisé par l'entreprise sur la période d'exécution du marché au titre de l'ensemble de ses activités (CAA Lyon, 4 novembre 2010, n° 08LY01008); standards qui ne correspondent pas nécessairement au taux qu'aurait pu générer le marché litigieux. Afin d'éviter cet écueil, le recours à l'expertise peut parfois être utile. Ainsi dans l'affaire « Société AGL Services » précitée, le recours à un expert (mandaté par le requérant) a semble-t-il été décisif pour emporter la conviction de la CAA sur le taux de marge nette qui est passé de 3,1% en première instance à 22,42% en appel.

Même si les marges bénéficiaires ont tendance à se réduire dans un contexte de difficultés économiques, il peut être intéressant pour un candidat irrégulièrement évincé d'exercer un recours indemnitaire. Les chances de succès de son action dépendront alors grandement de l'approche juridique et financière du dossier afin de démontrer qu'il détenait des chances sérieuses d'emporter le marché tout en étant capable de convaincre le juge de lui accorder un taux de marge nette correspondant à la rentabilité attendue du marché litigieux. Quant au pouvoir adjudicateur, il lui appartient de redoubler de vigilance en sécurisant au maximum la procédure de passation, et ce, tout particulièrement au stade de l'analyse des offres. ●

(1) Emilie Felmy, conclusions sur CAA Marseille, 21 juillet 2014, n° 12MA04778, « AJDA » 2014, p. 2429.

(2) Selon la doctrine financière, il est admis que le bénéfice ou marge brut(e) n'intègre pas, en principe, la quote-part des charges fixes générales (dotations aux amortissements, provisions...) et l'IS.