

Ce mémoire a obtenu le Prix 2023 du Meilleur mémoire de Master attribué par la Graduate School Droit de l'Université Paris-Saclay.

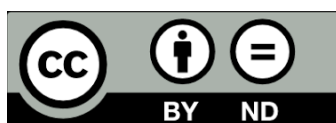
université
PARIS-SACLAY

.....

GRADUATE SCHOOL

Droit

Le contenu de ce mémoire est sous licence CC BY-ND.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr>

LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE DE L'ACHETEUR VICTIME D'UNE ENTENTE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Mémoire d'apprentissage présenté par Maxime GOUPIL

Conseil départemental de Seine-Saint-Denis, direction de la commande et de l'achat
publics

Sous la direction de Monsieur Olivier GUEZOU, Professeur des Universités et Directeur du Master

**LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE DE L'ACHETEUR
VICTIME D'UNE ENTENTE DANS LES MARCHÉS
PUBLICS**

SOMMAIRE

RAPPORT D'APPRENTISSAGE.....	2
MÉMOIRE.....	12
PARTIE I. L'établissement de la cause du préjudice par l'action concurrentielle condamnant l'entente.....	37
I. Des modalités de recours adaptées au fait dommageable constitué par l'entente.....	37
A. La possibilité de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire contre l'ensemble des membres de l'entente.....	38
B. Des délais de recours indemnitaire attachés à la connaissance certaine de l'entendue de l'entente.....	46
II. Des conditions de responsabilité des membres de l'entente cristallisées par la décision de l'autorité de concurrence la condamnant.....	54
A. Un système de présomptions établissant les conditions de la responsabilité des membres de l'entente.....	54
B. Une imputabilité du dommage intégrant les spécificités de l'entente.....	60
PARTIE II. Un contenu du préjudice indemnisable déterminé par les voies de droit choisies par la victime.....	70
I. L'indemnisation en cas de cumul des recours en annulation du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle.....	70
A. La consécration d'une action en annulation post-exécution contractuelle.....	73
B. La réparation des éventuels préjudices résiduels sur un fondement quasi-délictuel.....	89
II. L'indemnisation dans le cadre du seul recours indemnitaire.....	95
A. Un préjudice patrimonial : le surcoût payé par l'acheteur.....	95
B. Un préjudice extra-patrimonial : le préjudice moral de l'acheteur.....	103
PARTIE III. Une évaluation factuelle du préjudice de surcoût de l'acheteur.....	108
I. Un cadre d'analyse étoffé pour quantifier le préjudice.....	108
A. Une méthode d'évaluation du surcoût en trois étapes.....	108
B. Une pluralité de méthodes proposées par la Commission européenne pour déterminer le taux de surcoût.....	114
II. Une quantification pragmatique du préjudice par le juge administratif.....	121
A. Un duo de méthodes admises pour évaluer le surcoût.....	122
B. Une sophistication du raisonnement dans la mise en œuvre de ces méthodes.....	128
CONCLUSION.....	133
BIBLIOGRAPHIE.....	136
TABLE DES MATIÈRES.....	142

MÉMOIRE

"Les pratiques mises en œuvre entre entreprises concurrentes qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité de la procédure d'appels d'offres se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret. (...) En effet, l'objet même de l'appel d'offres est d'assurer une mise en concurrence pleine et entière des entreprises susceptibles d'y répondre au profit de la personne publique. Dès lors, la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appel d'offres, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique"¹. La gravité des ententes entre concurrents dans l'attribution des contrats de la commande publique, et spécifiquement des marchés publics, est ainsi systématiquement affirmée par l'Autorité de la concurrence (ci-après "ADLC") et son juge d'appel, la Cour d'appel de Paris².

En effet, la liberté de choix de l'Administration agissant en tant qu'acheteur lorsqu'elle passe des marchés publics pour répondre à ses besoins est encadrée par des obligations de publicité et de mise en concurrence. Outre les considérations relatives à la bonne gestion des deniers publics et à la probité publique, la finalité de ces obligations est de choisir "l'offre économiquement la plus avantageuse"³, à la suite de la mise en œuvre des critères de choix des offres reçues.

En conséquence, ces obligations ne pourront produire leur plein effet qu'à condition que le choix de l'acheteur soit libre vis-à-vis de ces offres, et que les prix proposés soient le résultat d'une politique commerciale autonome des entreprises soumissionnaires. Toutefois, ces mécanismes de l'achat public peuvent être détournés par des opérateurs économiques malveillants, et utilisés aux dépens des acheteurs publics diligents. La constitution d'une

1 Aut. conc., 24 septembre 2018, Travaux d'éclairage public en Ardèche, n° 18-D-19, points 114 et 115, p.22-23.

2 Cour d'appel de Paris, 28 mars 2013, société Allez et Cie e.a. p. 32 : *'il ne peut être sérieusement contesté que de telles pratiques sont particulièrement graves par nature, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, le fondement même des appels à la concurrence résidant dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas'*

3 Article L2152-7 Code de la commande publique.

entente entre entreprises⁴, en vue de tromper l'acheteur public sur la sincérité des offres présentées en réponse à la consultation qu'il a lancée, est une pratique pouvant être mise en œuvre par de tels contrevenants. Elles visent en effet à tromper les acheteurs publics "*sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence*"⁵.

Il faut ainsi remarquer que l'ADLC insiste sur la tromperie de l'acheteur public par l'entente. Au-delà de ses effets délétères sur la concurrence, il faut garder à l'esprit leur impact concret sur les deniers publics. Les données 2020 du recensement économique de la commande publique, publiées en octobre 2021, indiquent que le montant des contrats pour cette année a atteint plus de 111,4 milliards d'euros⁶ en France. Pour la même année, la doctrine estime que la hausse artificielle des prix dans les marchés publics induite par des ententes entre concurrents était de 15 à 20%⁷. Mais les dernières affaires portées devant le Conseil d'Etat ont montré que ce surcoût pouvait être encore plus important. Ainsi, pour l'affaire des ententes dans les marchés publics de signalisation routière verticale traitée par les arrêts du 27 mars 2020⁸, les expertises produites ont fait état de surcoûts compris entre 33% et 52%⁹.

La gravité des ententes dans la commande publique et leur impact sur les finances publiques¹⁰ doivent donc conduire à s'intéresser à la réparation du préjudice de l'acheteur victime d'une entente dans les marchés publics.

Pour définir les termes de ce sujet, une entente horizontale est décrite de manière synthétique par la Commission européenne comme "*un groupe d'entreprises similaires, mais indépendantes, qui conjuguent leurs efforts pour fixer des prix, limiter la production ou se*

4 En matière commerciale ces dernières doivent être entendues dans un premier sens comme un "*organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme ; peut comporter un ou plusieurs établissements.*" (CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e édition mise à jour, Paris, Ed. puf, coll. Quadrige, 2014, 1100 p., pp. 406-407, sens 3).

5 Aut. conc. Rapp. d'act. 2012, p. 181, cité par SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 218, 2021, p. 14-18.

6 Observatoire économique de la commande publique (OECF), "Recensement économique de la commande publique", octobre 2021 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeep/recensement/recensement_chiffres2020_20211012.pdf?v=1649428881

7 GARRON F., "La commande publique à quel prix ? Le contrôle du prix de la commande publique par l'Autorité de la concurrence", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°575, 2020.

8 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche ; CE, 27 mars 2020, n° 421758 et n° 421833, Dpt de l'Orne.

9 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°212, 2020, p. 56-62.

10 GRANDVUILLEMIN S., "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°218, 2021, éditorial.

partager des marchés ou des clients"¹¹, en un mot cesser de rivaliser sur le marché¹² économique aux dépens de leurs cocontractants.

Plus généralement, en tant que pratique anticoncurrentielle, l'entente est une "*concertation organisée entre deux ou plusieurs partenaires*"¹³, ce qui recouvre "*tout accord de volontés (explicite ou tacite), toute pratique entre entreprises en vue d'exercer une action commune sur le marché (fixer des prix, répartir des marchés, contrôler la production, les débouchés ou les investissements)*", et "*plus spécialement, en Droit européen, accord, décision d'association d'entreprises ou pratique concertée ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence (anc. tr. CEE, a. 85 ; CECA, a. 65 anc. tr., TFUE, a. 101 et s)*". En droit de l'Union européenne, c'est ce dernier article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne¹⁴ (ci-après "TFUE") qui prévoit en principe que les ententes, sous toutes leurs formes, sont prohibées. En droit national, c'est l'article L. 420-1 du Code de commerce¹⁵ qui les prohibe.

On parle d'entente ou d'accord horizontal, par opposition à une entente dite "verticale", lorsque l'entente est conclue entre entreprises situées à un même stade du processus de production ou de distribution, qui sont donc concurrentes sur leur marché (par exemple un accord de spécialisation entre producteurs de produits finis ou un accord de répartition entre grossistes)¹⁶. Le terme de "cartel" est parfois employé pour désigner une entente horizontale¹⁷, mais il s'agit surtout d'une dénomination anglophone¹⁸. Ce sont ces dernières ententes qui

11 Site internet de la Commission européenne : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A08_1), cité par LABORDE J-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *Concurrences* n°3-2021, p. 232-242.

12 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°590, 2020.

13 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.404, sens 4.

14 "*I. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats (...)*".

15 "*Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : / 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; / 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; / 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; / 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement*".

16 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp.13-14. L'accord horizontal s'oppose à l'accord vertical qui concerne les "*ententes conclues entre entreprises situées à des stades différents du processus de production ou de distribution. Ex. accord d'approvisionnement entre producteur de produits finis et producteur de matière première*".

17 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.152.

18 LABORDE J-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", op. cit.

seront étudiées ci-après, spécifiquement lorsqu'elles ont lieu entre candidats ou soumissionnaires à l'attribution d'un marché public.

La Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne prévoit en son article 2 sur les définitions des termes employés que doit être qualifié d'entente horizontale : "*tout accord ou toute pratique concertée entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment, mais pas uniquement, à fixer ou à coordonner des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, y compris au regard des droits de la propriété intellectuelle, à attribuer des quotas de production ou de vente, à répartir des marchés et des clients, notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation ou à prendre des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents*"¹⁹ (nous soulignons).

Ainsi, en matière de commande publique et spécifiquement de marchés publics, une entente intervient dans "*la situation où plusieurs entreprises soumissionnaires à l'attribution d'un contrat de la commande publique s'entendent pour aboutir de manière artificielle à affecter le niveau du prix du marché ou pour arrêter l'identité de l'attributaire*"²⁰. Ces différents éléments seront développés plus-avant.

Comme indiqué plus haut, les ententes d'une certaine importance²¹ dans les marchés publics sont sanctionnées au premier chef par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des missions qui lui sont propres, et sont considérées comme étant graves par nature²². En ce sens, le Conseil de la concurrence affirmait en 2006 que "*les pratiques d'entente entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de*

19 Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Article 2, point 14.

20 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *Le Quotidien*, 8 juin 2021.

21 Par la DGCCRF pour les ententes de dimension locale dites "micro-PAC".

22 Ce qui les exclut du bénéfice de la procédure d'engagement devant l'ADLC.

l'argent public"²³. En conséquence, elle considère ces ententes comme "*la violation la plus flagrante du droit de la concurrence*", car "*elles se caractérisent par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence*"²⁴, en premier lieu le prix. Il est dès lors logique que l'article L. 464-6-1 du Code de commerce²⁵ interdise de considérer que les ententes commises dans le cadre de marchés publics puissent échapper à la sanction des autorités de concurrence en raison de leur impact qui serait mineur sur l'économie²⁶.

Ce sont les acheteurs au sens du Code de la commande publique qui sont les premières victimes de telles ententes dans les marchés publics. Si en termes généraux l'acheteur est, "*dans le contrat de vente, celui qui achète ; [l']acquéreur à titre onéreux*"²⁷, le Code de la commande publique les liste parmi les "*acteurs de la commande publique*"²⁸. Précisément, "*les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices*"²⁹, les pouvoirs adjudicateurs étant "*1° les personnes morales de droit public ; / 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; / 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun*"³⁰.

Pour leur part, les entités adjudicatrices sont "*1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ; / 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent*

23 Cons. conc., déc. n° 06-D-25, 28 juill. 2006 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen, § 68.

24 Paragraphe 41 du communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011, relatif à la méthode de détermination des sanctions, cité par D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°597, 2020.

25 "*L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit : / a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ; / b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause.*"

26 GRANDVUILLEMIN S., "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *op. cit.*

27 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.16.

28 Code de la commande publique, Partie législative (Articles L1 à L3428-1), PREMIÈRE PARTIE : DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION (Articles L1100-1 à L1481-2), Livre II : ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE (Articles L1210-1 à L1220-3), Titre Ier : ACHETEURS ET AUTORITES CONCÉDANTES (Articles L1210-1 à L1212-4).

29 Article L1210-1 Code de la commande publique.

30 Article L1211-1 Code de la commande publique.

une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ; / 3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci. (...)"³¹. L'entreprise publique étant définie à l'article L.1212-2 et les activités d'opérateurs de réseaux à l'article L.1212-3 du même Code. La présente étude portera, indistinctement, sur l'ensemble des acheteurs au sens du Code de la commande publique.

Afin d'exercer leurs activités, ces acheteurs concluent des marchés publics. Il s'agit du *"contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent"*³², généralement passé au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence en fonction de son montant ou de son objet.

L'acheteur peut devenir une victime de sa propre procédure de passation d'un marché public, et ainsi être *"celui qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui qui le cause (auteur), mais qui peut en être la victime directe ou indirecte"*³³, la victime directe étant la *"victime au premier degré d'un dommage ; [la] personne qui subit de plein fouet et dans son propre chef (...) le préjudice qui résulte du dommage (...) par opposition à victime indirecte"*³⁴ qui est la *"victime par ricochet (ou par répercussion) (...)"*³⁵. La condition de la victime directe sera exclusivement étudiée.

Le préjudice que cet acheteur subi sera largement développé par la suite. Préalablement, il convient de considérer qu'il s'agit de la conséquence du dommage subi par la victime³⁶. En effet, le premier sens du "dommage" en matière civile est synonyme du préjudice en tant qu'*"atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extrapatrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur), qui ouvre à la victime un droit à réparation (on parle alors de dommage réparable) lorsqu'il résulte soit de l'inexécution d'un contrat, soit d'un délit ou*

31 Article L1212-1 Code de la commande publique.

32 Article L1111-1 du Code de la commande publique.

33 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.1071.

34 *Ibid.*, p.348.

35 *Ibid.*, p.539.

36 *Ibid.*, pp. 787 - 788, sens 2.

*quasi-délict, soit d'un fait dont la loi ou les tribunaux imposent à une personne la charge (dommage excédant les inconvénients ordinaires du voisinage). [Par] exemple la responsabilité civile est l'obligation de réparer le dommage causé à autrui (C. civ., a. 1382, 1383)*³⁷. Toutefois, le second sens de la notion permet bien de la distinguer du préjudice, en ce que "*dans certaines analyses doctrinales, [il s'agit] du fait brut [dont est] originaire la lésion affectant la personne par opposition à la conséquence de cette lésion qui correspondrait au préjudice*"³⁸.

Concernant le dommage, entendu en tant que source du préjudice, une double distinction doit être faite en les dommages directs et indirects, et matériels et moraux. Le dommage direct est celui "*que le juge doit prendre en considération pour le calcul de la réparation, à raison du lien de causalité suffisamment étroit qui l'unit au fait dommageable (C. civ. a. 1151)*"³⁹, tandis que le dommage indirect n'est que la "*conséquence dommageable d'un fait, trop lointaine pour que le juge doive la prendre en considération dans le calcul de la réparation*"⁴⁰. De surcroît, le dommage matériel est celui "*portant atteinte au patrimoine d'une personne. (...)*"⁴¹, alors que le dommage moral porte atteinte "*à la considération, à l'honneur, à l'affection ou à un élément de la joie de vivre d'une personne (...)*"⁴². En conséquence, en tant qu'ils ne sont pas indemnisables, les dommages indirects ne seront pas évoqués ci-après.

Au sens large, le dommage peut être subi par "*une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel, esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral) qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation*"⁴³. Toutefois, il convient d'emblée d'exclure de l'analyse le dommage à l'intégrité physique de l'étude, puisque les acheteurs au sens du Code de la commande publique ne peuvent être que des personnes morales.

Le cœur des développements qui suivront sera consacré à la question de la réparation des préjudices subis par les acheteurs. Il s'agit de "*l'indemnisation*" du dommage de la victime⁴⁴, grâce au "*dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement (d'où l'expression réparation civile ou responsabilité civile par opposition à responsabilité*

37 *Ibid.*, pp. 367 - 368, sens 1.

38 *Ibid.*, sens 2.

39 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.367.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*, p.896.

pénale) ; [du] rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit (...)»⁴⁵. La réparation pécuniaire sera "celle qui s'opère sous forme de dommages-intérêts, par allocation d'une somme d'argent"⁴⁶. En vertu du principe de réparation intégrale⁴⁷, "la réparation doit couvrir tout le dommage (sans appauvrissement de la victime) mais seulement le dommage (sans enrichissement de la victime). [Par] exemple la réparation intégrale du dommage causé à une chose est assurée par le remboursement des frais de remise en état, ou si cette dernière est impossible, par le paiement d'une somme d'argent représentant la valeur de son remplacement".

Cette exacte indemnisation suppose préalablement l'évaluation du préjudice, qui est l'"opération consistant à calculer et à énoncer une valeur d'après des données et des critères déterminés (notamment la date d'évaluation), c'est-à-dire à chercher et à chiffrer ce que vaut en argent un bien ou un avantage (évaluation d'un patrimoine, évaluation d'un profit) ou la somme d'argent que représente une perte (évaluation d'un dommage) (...)»⁴⁸.

Concrètement en matière de marchés publics, les ententes déployant leurs effets à l'occasion d'une consultation publique en vue de l'attribution du contrat pourront se matérialiser de différentes façons. Notamment, par des échanges d'informations entre entreprises, initialement concurrentes, avant de déposer leurs offres (sur leur intention de déposer une offre, leur identité, le prix et le contenu de leurs offres)⁴⁹, des répartitions géographiques des dépôts d'offres, des offres aux prix coordonnés, de couverture ou de complaisance, en vue de pré-désigner l'attributaire du contrat et ainsi de tromper l'acheteur sur la réalité et l'effectivité de la concurrence à l'œuvre⁵⁰. De telles pratiques peuvent avoir lieu à diverses occasions, que les entreprises soient initialement indépendantes, membres d'un même syndicat professionnel, d'une association, voire qu'elles constituent un groupement momentané d'entreprises injustifié pour répondre à une procédure de consultation⁵¹.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, p. 897.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*, p. 423.

49 En ce sens : Décision n°09-D-25 du 29 juillet 2009 « relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées » ; Décision n°10-D-10 du 10 mars 2010 « relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier », citées par MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°182, 2017, p. 54-61.

50 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.* En ce sens : Décision n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 « relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse ».

51 *Ibid.*

Leurs effets peuvent être multiples et se cumuler : finalement, les concurrents qui s'entendraient cherchent principalement à se répartir à tour de rôle l'attribution des contrats⁵², allant jusqu'à restreindre l'accès aux marchés aux entreprises extérieures à l'entente⁵³, et à augmenter artificiellement les prix de leurs prestations⁵⁴ en faisant obstacle à une fixation des prix par le libre jeu de la concurrence⁵⁵. En matière de commande publique, de telles ententes peuvent donc viser à se répartir des marchés publics à des prix supérieurs à ceux qui pourraient résulter du jeu du marché concurrentiel⁵⁶. On doit ainsi adopter l'avis des auteurs qui considèrent que *"le préjudice le plus fréquemment causé par les ententes prend la forme d'un surcoût"*⁵⁷, qui résulte de *"l'absence de concurrence réelle des soumissionnaires"*⁵⁸, même s'il conviendra dans les développements de compléter cette affirmation par l'examen des autres préjudices pouvant être causés. De façon synthétique, le surcoût payé par la victime d'une entente est défini comme *"la différence entre deux niveaux de prix : celui qui a été observé pendant l'entente, et celui qui aurait prévalu si l'entente n'avait jamais existé"*⁵⁹. Afin de réparer ce préjudice de surcoût⁶⁰, des dommages-intérêts doivent être demandés par la victime. Les auteurs rappellent que concrètement, le montant du surcoût correspond *"à l'écart entre la somme effectivement payée par le client d'une entreprise membre d'une entente, et la somme qu'il aurait payée si cette entente n'avait pas existé"*⁶¹.

Ainsi, juridiquement, une entente anticoncurrentielle constitue un dol⁶² car elle vicie le consentement de l'acheteur en le poussant à contracter à des conditions désavantageuses par rapport aux conditions contractuelles qui auraient été en son absence (on se place ici dans l'hypothèse d'une entente qui aurait fonctionné et causé un dommage à sa victime par le

52 Décision n° 06-D-08 du 24 mars 2006 préc. ; Décision n° 07-D-40 du 23 novembre 2007 « relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics de collecte des déchets ménagers dans le département des Vosges », citées par *Ibid.*

53 SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", *op. cit.*

54 Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 « relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale », citée par MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

55 SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", *op. cit.*

56 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

57 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *Concurrences* n°1-2017, art. n°83419.

58 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

59 *Ibid.*

60 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *La Gazette du Palais*, 2016, n°34, p.11-14.

61 *Ibid.*

62 Selon l'article 1137 du Code civil, *"le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. / Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. / Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation."*

surcoût provoqué, bien qu'elle soit punissable par l'ADLC indépendamment de son résultat). En ce sens, le Conseil d'Etat a jugé dès 2007 dans son arrêt "Campenon-Bernard"⁶³: *"Considérant que la cour a suffisamment motivé son arrêt, au regard des moyens soulevés devant elle par les sociétés requérantes, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute et en qualifiant, au vu de l'instruction, de dolosif le comportement des entreprises ; que, de même, elle n'a pas entaché son arrêt d'une insuffisance de motivation en jugeant que le préjudice subi par la S.N.C.F. correspondait au surcoût supporté à raison des manoeuvres dolosives des entreprises (...)"* (nous soulignons).

En cela la définition juridique rejoint l'analyse opérée par l'ADLC quant à la tromperie de l'acheteur par l'entente, qui est un élément constitutif du dol au sens du droit civil⁶⁴. La doctrine notant que le juge aurait *"tendance à déduire automatiquement l'existence du dol d'une qualification d'entente"*⁶⁵.

En conséquence de cette qualification, le recours qui pourrait être exercé par la victime de l'entente sera double, par parallélisme avec le double effet de l'entente d'entreprises dans le cadre d'une procédure de passation de marché public⁶⁶. En ce sens, l'arrêt "Campenon-Bernard"⁶⁷ a jugé que : *"les actions en nullité devant le juge du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle auxquelles peut donner lieu un dol viciant le consentement d'une partie à entrer dans des liens contractuels sont indépendantes l'une de l'autre et qu'il appartient à la partie qui en a subi les effets de choisir de s'engager dans l'une ou l'autre des deux actions, ou dans les deux"* (nous soulignons).

En effet, puisque l'entente trompe l'acheteur sur la réalité de la concurrence dans le cadre de sa procédure de passation, d'une part elle vicie son consentement, ce qui peut être le fondement d'une action en annulation du marché pour dol⁶⁸. D'autre part, elle le conduit à contracter à des conditions financières désavantageuses, ce qui pourra fonder une action en responsabilité quasi-délictuelle pour réparer son préjudice de surcoût. Pour engager la responsabilité des entreprises, les trois conditions classiques de la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux sont nécessaires. Les co-auteurs de l'entente engagent ainsi leur

63 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard.

64 Article 1137 Code civil.

65 SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", *op. cit.*

66 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 6, p. 38-40.

67 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard.

68 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

responsabilité pour faute dès lors que le dol est établi par l'ADLC en condamnant l'entente. Il faut cependant noter qu'une telle qualification de dol demeure une qualification jurisprudentielle, car les textes du Code de commerce et du Code de justice administrative sur ce sujet ne reprennent pas cette notion, pour préférer traiter directement de l'entente.

Concernant les limites des développements qui suivront, ils envisageront la réparation du préjudice de l'acheteur victime d'une entente dans les marchés publics, en droit français et de l'Union européenne contemporains. Parmi les multiples situations où une atteinte à la libre concurrence est envisageable dans le domaine de la commande publique⁶⁹, seules les agissements des opérateurs économiques à l'égard des acheteurs seront évoqués, et non les irrégularités de l'acheteur au cours de la procédure de passation. En conséquence, le préjudice des candidats à un marché public irrégulièrement évincés⁷⁰ du fait d'une entente ne sera pas évoqué⁷¹. De surcroît, parmi les différentes pratiques anticoncurrentielles, seule l'entente sera traitée.

C'est ainsi une autre facette du contentieux administratif qui sera mise en lumière, où la personne publique n'est pas l'auteure d'une pratique anticoncurrentielle mais la victime. Historiquement, l'application du droit de la concurrence aux contrats administratifs⁷², son "*entrée (...) dans le bloc de légalité administrative*"⁷³ a été pensée pour protéger les entreprises des pressions économiques que pourrait exercer sur elles la puissance publique⁷⁴. Dans ce contexte, "*l'opposabilité du droit de la concurrence permet de sanctionner toute une série de comportements de l'administration qui viendraient rompre la libre concurrence*"⁷⁵, tant dans la passation que dans l'exécution des contrats. Particulièrement dans cette première phase, il est fait interdiction à l'Administration de provoquer une pratique anticoncurrentielle "*par les choix techniques auxquels elle peut procéder, choix qui auraient pour effet de restreindre abusivement la concurrence*"⁷⁶. Ce sera notamment le cas de l'abus de position

69 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adalts", *op. cit.*

70 CE, 27 janvier 2006, Commune d'Amiens, req. n° 259374.

71 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *Recueil Dalloz Sirey*, n°2, 21 janvier 2021, p. 100-103.

72 CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169907, Société Million et Marais, Lebon.

73 PEYRICAL J.-M., CAILLOCE P., "L'invocabilité et le bien fondé des moyens relatifs aux pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 218, 2021, p. 38-44.

74 MOROT-MONOMY C., "Vice de violence économique et contrats administratifs", *AJDA*, 2019, n°24, p.1387-1394.

75 *Ibid.*, citant : "O. Guézou, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, thèse, Paris XNanterre, 1998, 729 p. ; O. Guézou, *Droit de la concurrence et contrats publics - Contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles*, in *Mélanges Guibal, PUM, 2006*, p. 107-140 ; G. Kalfliche, *Secteur public et concurrence : la convergence des droits*, *AJDA* 2007. 2420."

76 *Ibid.*, citant : "S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 5e éd., LGDJ, 2016, spéc. p. 285 ; O. Guézou, *Contrats publics et politique de la concurrence*, *RFDA* 2014. 632."

dominante⁷⁷ visé à l'article L. 420-2 du Code de commerce⁷⁸, concrétisé par des subventions croisées, des prix prédateurs, ou une restriction induite de l'accès à des ressources essentielles par exemples⁷⁹.

Tous ces derniers éléments ne seront pas évoqués ci-après, car les développements se concentreront sur l'indemnisation de l'acheteur victime d'une entente de la part des opérateurs économiques avec lesquels il contracterait. Ne seront donc évoquées que les ententes horizontales en non leur version verticale.

La jurisprudence sera tout autant évoquée que les textes sur ce sujet, car il faut aujourd'hui considérer que les règles relatives à la réparation du préjudice d'un acheteur victime d'entente résultent de ces deux sources⁸⁰. Le temps où le droit relatif à l'indemnisation des victimes des pratiques anticoncurrentielles était un "morne désert"⁸¹ est révolu. Concernant les sources textuelles, il faut se tourner en droit de l'Union européenne vers la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁸², dite Directive "Damages". Elle a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles⁸³, et son décret d'application n° 2017-305 du même jour, intégrée au Code de commerce. Cela dans ses articles L. 481-1⁸⁴ et suivants dans un Titre VIII sur les "actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles". Pour les acheteurs publics, les articles L. 775-1⁸⁵ et R. 775-1 à R. 775-

77 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

78 "Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées./Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme."

79 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

80 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adalys", *op. cit.*

81 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n° 218, 2021, p.45-50.

82 Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE n° L 349, 5 décembre 2014.

83 Ordonnance n° 2017-303 et décret n° 2017-305 du 9 mars 2017, JO 10 mars 2017.

84 "Toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne"

85 "Lorsqu'elles relèvent de la juridiction administrative, les actions tendant à la réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 du code de commerce sont présentées, instruites et jugées selon les dispositions du présent code, sous réserve des articles L. 153-1 et L. 153-2 du code de commerce et du titre VIII du livre IV du même code"

15 du Code de justice administrative renvoient aux dispositions du Code de commerce. L'axe principal de cette réforme est d'alléger "*la charge probatoire pesant sur les victimes, incitées dans ce cadre à combiner saisine des autorités de concurrence et action indemnitaire*"⁸⁶ pour se voir indemnisées plus aisément.

Quant à la jurisprudence, seront particulièrement évoqués les arrêts du Conseil d'Etat rendu sur ce sujet, qui, bien que postérieurs à l'ordonnance de 2017, statuent tous sur des faits antérieurs à la transposition des dispositions européennes en droit français. Ainsi, le droit contemporain n'était pas applicable à ces affaires, mais d'importants enseignements peuvent être tirés de ces décisions qui ont "*forg[é] un régime complet permettant aux acheteurs publics, dont le consentement a été vicié par des pratiques anticoncurrentielles, d'obtenir réparation de leurs préjudices*"⁸⁷. En conséquence, il n'y a à notre connaissance pas encore d'arrêt du Conseil d'Etat appliquant le droit contemporain. Les décisions des juges du fond pourront également être mobilisées.

De surcroît, le champ des développements qui suivront sera limité aux marchés publics, sans évoquer le cas des concessions. Dans ce cadre, l'entente étant déjà survenue, les éléments relatifs à la prévention et la détection des ententes⁸⁸ ne seront pas directement évoqués.

A propos de certaines théories nécessaires à la compréhension du sujet, il faut rappeler qu'en théorie économique, le bon fonctionnement du marché concurrentiel est soumis à quatre conditions cumulatives : l'atomicité des offreurs, leur autonomie, leur incertitude, et l'absence de barrières artificielles à l'entrée ou à la sortie d'un marché. Le marché est entendu de façon classique comme le lieu théorique de confrontation de l'offre à la demande. Ainsi, le maintien d'un état de concurrence pure et parfaite suppose une multiplicité d'offreurs, pouvant définir et accomplir librement leur stratégie commerciale, sans être informés de la stratégie de leurs concurrents. Quant au marché, les offreurs doivent pouvoir y accéder ou en sortir librement.

86 GRANDVUILLEMIN S. , "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *op. cit.*

87 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.* ; dans le même sens : NICINSKI S., "Position de l'Autorité de la concurrence sur les ententes dans les marchés publics ; La présentation par des filiales d'un même groupe de plusieurs offres élaborées de manière concertée en réponse à un marché public ne constitue pas une entente", in IDOUX P., NICINSKI S., GLASER E., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *AJDA*, 2020, pp. 2540.

88 Sur ce sujet : voir la Communication de la Commission Européenne du 18 mars 2021 : "Les outils de lutte contre la collusion dans les marchés publics", particulièrement l'Annexe : "Moyens et conseils pour lutter efficacement contre la collusion dans les marchés publics".

Et dans le domaine de la commande publique, spécifiquement des marchés publics, chaque contrat constitue un marché concurrentiel spécifique en tant qu'il est le support de rencontre d'une demande de l'acheteur et d'une offre d'opérateur économique. En ce sens, la Cour de cassation a jugé dans son arrêt "Vinci Constructions" de 2004⁸⁹ que chaque marché public, ou chaque lot d'une procédure de consultation, constitue un marché économique pertinent. L'ADLC suit la même doctrine en considérant que chaque marché public constitue un marché pertinent⁹⁰.

Dans ce contexte, le Professeur DELAUNAY considère que *"la soumission à des marchés publics constitue une source importante d'ententes entre entreprises"*⁹¹. Et pourtant, force est de constater qu'aucune *"disposition du Code de la commande publique ne permet, en tant que telle, de sanctionner les atteintes à l'ordre public concurrentiel qui interviennent en amont de la procédure de passation"*⁹². La doctrine relève en ce sens le paradoxe selon lequel *"si la concurrence est au cœur des règles de la commande publique, le Code de la commande publique n'est pas un outil de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, et le droit de la concurrence n'a pas pour finalité de satisfaire les besoins de l'acheteur public"*⁹³. L'article L.3 du Code de la commande publique prévoit que *"les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics"*. Mais les obligations de publicité et de mise en concurrence concrétisant ces principes ne sont

89 Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 juillet 2004, 03-11.430, Publié au bulletin, "Vinci Constructions" : *"Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à cet appel ; que l'arrêt a déduit des faits de l'espèce l'existence de plusieurs marchés de construction de ponts ainsi que de plusieurs marchés de construction de différentes sections de TGV ; que la cour d'appel n'ayant pas retenu l'existence d'un marché général de la construction des ponts ni celle d'un marché général des sections de TGV, mais ayant examiné d'un côté des pratiques visant à fausser la concurrence sur des marchés publics relatifs à la construction de ponts et d'infrastructures ferroviaires dont les entreprises mises en cause savaient qu'elle était envisagée, et, de l'autre, des pratiques commises sur un certain nombre de marchés publics identifiés pour avoir donné lieu à des appels d'offres, le grief de la première branche manque par le fait qui lui sert de base ; / Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel a justement retenu que peuvent être sanctionnées les pratiques anticoncurrentielles affectant chacun des marchés publics en cause, ainsi que l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur ces marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts"*

90 Aut. conc. 10 mars 2010, n° 10-D-10 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du Conseil général des Alpes Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier, cité par DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°182, 2017, p.31-39.

91 DELAUNAY B., *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2018, p. 194, cité par CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°218, 2021, p.19-23.

92 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

93 GARRON F., "La commande publique à quel prix ? Le contrôle du prix de la commande publique par l'Autorité de la concurrence", *op. cit.*

pas destinées ou suffisantes pour prévenir les pratiques anticoncurrentielles des opérateurs économiques⁹⁴.

Plus généralement en matière d'entente, la difficulté principale est de rapporter la preuve de cette pratique et d'un accord de volontés entre opérateurs économiques⁹⁵. Si juridiquement en phase de candidature l'article L. 2141-9 du Code de la commande publique prévoit une exclusion à l'appréciation de l'acheteur en matière d'entente, car ce dernier peut "*exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence*", l'identification d'une entente préalablement à sa condamnation par l'ADLC s'avère très difficile⁹⁶. Étant le plus souvent secrètes⁹⁷ car sanctionnables, l'ADLC relève elle-même la difficulté à les détecter dans ses décisions.

Il est nécessaire de garder à l'esprit que les acheteurs et l'ADLC sont dans des situations "*radicalement différentes*"⁹⁸. Cette dernière dispose d'importants pouvoirs d'enquêtes pour réaliser ses missions de contrôle⁹⁹, de moyens humains (environ une centaine d'enquêteurs) et matériels importants¹⁰⁰. Au contraire, les acheteurs ne disposent d'aucun pouvoir d'investigation, et n'ont pas toujours des agents à même de procéder à une analyse en matière de concurrence¹⁰¹. Ils peuvent tout au plus mettre en œuvre une procédure contradictoire et échanger avec les opérateurs économiques en cas de doutes sur la sincérité de la concurrence dans leur procédure¹⁰². Cette difficulté est renforcée par les conditions exigeantes de mise en oeuvre du dispositif d'exclusion à leur appréciation du Code de la commande publique et par leurs délais contraints dans les procédures de passation¹⁰³. Cela confine à ce que "*la recherche d'indices variés permettant de présumer d'une atteinte à la concurrence est quasiment impossible (...) au stade de l'analyse des candidatures et/ou des offres*"¹⁰⁴, même si une telle éventualité n'est pas empiriquement inenvisageable¹⁰⁵. Si au stade de l'analyse des offres

94 *Ibid.*

95 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

96 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°644, 2021.

97 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

98 *Ibid.*

99 Articles L.450-1 et suivants du Code de commerce.

100 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*

103 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

104 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

105 En ce sens : TA Bastia 23 janvier 2003, Sarl Autocars Mariani c/ Département de la Haute-Corse, cité par CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n° 182, 2017, p. 67 - 74 : "*il arrive que ces preuves soient directement identifiables par le pouvoir adjudicateur et suffisent à permettre au juge administratif de constater l'existence d'une entente sans décision préalable de l'Autorité de la concurrence*".

aucune disposition spécifique n'est prévue en matière d'entente, il demeure certain qu'un groupement d'entreprise injustifié ou une offre anormalement basse¹⁰⁶, qui pourraient être tirés d'une pratique anticoncurrentielle, obligeraient l'acheteur à éliminer ces offres¹⁰⁷.

Par conséquent, les acheteurs qui soupçonneraient qu'une entente affecte une de leur procédure de passation seraient conduits à saisir la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)¹⁰⁸ ou l'Autorité de la concurrence qui seront à même d'enquêter sur cette situation¹⁰⁹. De fait, "*dans ce contexte, la personne publique a généralement connaissance de l'entente dont elle est victime lorsqu'elle est sanctionnée par l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne*"¹¹⁰, c'est-à-dire lorsque le contrat est en cours d'exécution ou déjà exécuté¹¹¹. Ces différents éléments exposent donc fortement les acheteurs aux ententes de leurs attributaires potentiels¹¹².

De surcroît, pour voir son préjudice réparé, l'acheteur victime d'une entente ne peut en rien se décharger sur les autorités de concurrence¹¹³, dont le rôle est seulement de détecter, sanctionner et globalement dissuader les pratiques anticoncurrentielles. Elles ne peuvent en revanche pas condamner les entreprises fautives à indemniser leurs victimes, cette tâche étant du ressort du juge administratif¹¹⁴ quand les victimes relèvent de sa juridiction. Ainsi, "*c'est donc a posteriori, sur le terrain indemnitaire que les personnes publiques pourront, en pratique, agir le plus efficacement*"¹¹⁵, étant entendu que la condamnation par les autorités de concurrence est décorrélée du résultat de l'entente, donc de l'attribution ou non des marchés viciés¹¹⁶. En effet, si le juge administratif ne pourra engager la responsabilité quasi-délictuelle des co-auteurs d'une entente qu'en fonction du préjudice de surcoût de la victime, l'objet anticoncurrentiel de l'entente suffit à justifier une condamnation financière de ses co-auteurs

106 Article L2152-5 du Code de la commande publique.

107 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

108 Pour les ententes de dimension locale appartenant aux "micro-PAC".

109 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

110 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

111 NICINSKI S., "Position de l'Autorité de la concurrence sur les ententes dans les marchés publics ; La présentation par des filiales d'un même groupe de plusieurs offres élaborées de manière concertée en réponse à un marché public ne constitue pas une entente", in IDOUX P., NICINSKI S., GLASER E., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *AJDA*, 2020, pp. 2540 ; dans le même sens : DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

112 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

113 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

114 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

115 *Ibid.*

116 CA Paris, 12 décembre 2000, Sté Sogea sud-est, cité par MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

par les autorités de concurrence¹¹⁷. Le dommage à l'économie sanctionné par l'ADLC étant apprécié "*en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause*"¹¹⁸.

Afin de donner une perspective historique à ce sujet, la compétence juridictionnelle pour connaître des recours des acheteurs victimes d'une entente dans les marchés publics peut être abordée. Un bloc de compétence du juge administratif s'est progressivement affirmé et élargi en la matière. Cette question de compétence du juge administratif est d'ailleurs la première question procédurale à prendre en compte avant d'envisager l'indemnisation du préjudice¹¹⁹. Il est établi depuis l'arrêt "Campenon-Bernard" de 2007¹²⁰ pour les actions dirigées contre le cocontractant fautif de l'acheteur, puis par l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 novembre 2015¹²¹ pour les actions contre les tiers au contrat vicié mais parties à l'entente, que l'action en réparation du dol tiré de l'entente relève de la compétence du juge administratif. Le fondement de cette compétence est l'affectation d'un contrat administratif par l'entente des entreprises¹²². Comme il sera détaillé ci-après, cette compétence s'est encore affirmée au gré des derniers arrêts du Conseil d'Etat en la matière, afin d'être "*largement entendue dans un souci de réalisme et d'efficacité*"¹²³, dès lors qu'"[il] s'agit précisément d'un litige né à l'occasion du déroulement de la procédure de passation du marché, quant bien même l'entreprise concernée n'en est pas devenue attributaire, [et] qu'il serait incohérent de scinder la compétence juridictionnelle entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, pour des faits similaires et commis communément par plusieurs entreprises"¹²⁴. Le juge administratif est donc compétent pour connaître des recours contre l'ensemble des co-auteurs de l'entente, y compris ceux n'ayant pas pris part à la procédure de passation du

117 CA Paris, 24 mai 2005, Imagin : "*(...) les pratiques d'échange d'informations lors de la passation de marchés publics ont en elles-mêmes un objet anticoncurrentiel car elles conduisent nécessairement à une restriction de concurrence en supprimant ou limitant l'indépendance des entreprises soumissionnaires*", cité par MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

118 CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18 040, cité par *Ibid.*

119 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

120 CE, 19 décembre 2007 n° 268918 : "*les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel*".

121 T. confl., 16 novembre 2015, n° 4035 : "*les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières, dont la connaissance relève de la juridiction administrative, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat, relèvent de la compétence de la juridiction administrative*".

122 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

123 *Ibid.*

124 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°586, 2020.

marché vicié¹²⁵. Il en va de même si l'entente a eu pour effet de renchérir les prix du cocontractant de la victime par un "effet d'ombrelle" sur ses prix, notion qui sera développée ultérieurement¹²⁶. Il faut selon Maître GASPAR replacer cette compétence extensive de la juridiction administrative en ce domaine dans le mouvement plus général qui a progressivement développé sa compétence pour les recours en responsabilité du maître d'ouvrage contre des tiers au contrat¹²⁷.

Du point de vue de la jurisprudence, le contentieux indemnitaire résultant d'ententes dans la passation de marchés publics apparaissait "*endormi*"¹²⁸ après l'arrêt "Campenon-Bernard" du 19 décembre 2007¹²⁹. Mais il a été périodiquement et fréquemment réveillé ces dernières années par des affaires d'ententes importantes dans leur ampleur, notamment les affaires sur les marchés des lycées d'Île-de-France¹³⁰, les travaux de génie civil pour des gares parisiennes¹³¹, ou de fourniture de panneaux de signalisation routière pour des départements¹³². Dans ce contexte, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a fixé le régime juridique, préalablement à l'applicabilité des dispositions issues de la Directive "Damages" de 2014¹³³, concernant la compétence du juge administratif, l'évaluation du préjudice, la détermination des personnes responsables, la contribution à la dette et sa prescription¹³⁴.

Il faut garder à l'esprit que les institutions européennes se sont positionnées de longue en faveur des actions indemnitaires faisant suite à des pratiques anticoncurrentielles. Comme l'indique le Professeur KARPENSCHIF¹³⁵, cela a d'abord été le cas de la Commission européenne à travers des recommandations en 2008¹³⁶, puis de la Cour de justice à travers sa jurisprudence, et ce dès 2006 avec son arrêt "Manfredi"¹³⁷ où elle juge que : "*En ce qui*

125 CE, 27 mars 2020, n° 421758, publié au recueil Lebon.

126 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

127 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.* : "qu'il s'agisse d'un fabricant (CE, 21 octobre 2015, n° 385779) ou d'un sous-traitant (CE, 7 décembre 2015, n° 380419), par rattachement souvent au principe selon lequel le juge administratif est compétent pour connaître de tout litige "né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux (...) sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé" (T. confl., 2 juin 2008, n° 3621 ; T. confl., 28 mars 2011, n° C3773; T. confl., 8 juin 2009, n° 3678) (...) T. confl., 23 mai 2005, n° 3450".

128 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

129 CE 19 décembre 2007, Campenon-Bernard, req. n° 268918, Rec. CE, p. 507.

130 TC 16 novembre 2015, Région Île-de-France, n° C4035.

131 CE 22 novembre 2019, SNCF Mobilités, req. n° 418645, Rec. CE tables.

132 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421758, Dpt de l'Orne, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421833, Dpt de l'Orne.

133 Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014.

134 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

135 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*, p.59.

136 Livre Blanc de la Commission Européenne sur « les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », COM (2008) 165 final, 2 avril 2008.

137 CJCE 13 juillet 2006, aff. C-295/04.

*concerne la possibilité de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il y a lieu de rappeler que la pleine efficacité de l'article 81 CE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Il s'ensuit que toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE*¹³⁸ (nous soulignons).

Afin de concrétiser ce mouvement visant à favoriser l'indemnisation des préjudices subis par les victimes de pratiques anticoncurrentielles, la Directive "Damages" de 2014¹³⁹ a finalement été adoptée afin de proposer aux victimes "un arsenal complet d'indemnisation de leurs préjudices"¹⁴⁰. Selon Madame GRANDVUILLEMIN, ce nouveau dispositif traduit une évolution de l'objet du droit de la concurrence¹⁴¹. Dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles perturbant la passation des marchés publics, il a toujours été une "arme efficace"¹⁴², mais une arme répressive en premier lieu par le "prononcé de sanctions pécuniaires à la hauteur de l'atteinte portée à l'ordre public économique"¹⁴³. Or, une lutte efficace contre les ententes passe nécessairement pas une diversité d'actions, le droit de la concurrence se devait donc de conquérir une seconde dimension réparatrice, ce qui est aujourd'hui chose faite après avoir été négligée pendant longtemps¹⁴⁴. Dès lors, la pièce dont le droit de la concurrence est l'acteur se joue en trois actes : "protection de l'ordre public économique devant les autorités de concurrence, punition des contrevenants par les juridictions pénales, et réparation des préjudices des victimes"¹⁴⁵. Les sanctions financières pouvant être prononcées par les autorités de concurrence ne sont donc "plus l'aboutissement unique de ce processus répressif, mais un passage obligé vers d'autres actions contentieuses (...) et, plus sûrement, l'action en réparation"¹⁴⁶.

138 *Ibid.*, points 60 et 61.

139 Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014.

140 GRANDVUILLEMIN S., "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *op. cit.*

141 *Ibid.*

142 *Ibid.*

143 *Ibid.*

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*

146 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

Le sujet qui sera traité ci-après présente donc une actualité particulière à plusieurs titres. En plus du récent foisonnement normatif et des affaires régulièrement portées devant l'ADLC¹⁴⁷, un mouvement général tend à se dessiner où les affaires d'ententes dans les marchés publics s'installent dans le prétoire du juge administratif¹⁴⁸. En ce sens, Monsieur LABORDE, expert judiciaire, insiste dans ses écrits sur le fort développement ces dernières années des actions en réparation des préjudices causés par les ententes¹⁴⁹, et ce à l'échelle de l'Union européenne¹⁵⁰. D'un point de vue de droit comparé, il déclare que "*les juridictions françaises occupent ainsi, sur ce contentieux, une place relativement importante (...)*"¹⁵¹. Dans une étude menée en 2021 à l'échelle européenne¹⁵², il dénombrait dans ce domaine 299 actions en réparation consécutives à des ententes, dont 52 en France¹⁵³, jugées dans 14 pays pour faire suite à 72 ententes¹⁵⁴ entre le 30 juin 1998 et le 31 décembre 2020¹⁵⁵. Parmi ces affaires, "*57 % sont consécutives à une décision de sanction d'une autorité nationale de concurrence ; 40 % sont consécutives à une décision de sanction de la Commission européenne ; et seulement 2 % sont de type autonome*"¹⁵⁶. Il note que des dommages-intérêts n'ont été accordés que dans 58 affaires¹⁵⁷.

Il dénombre en France au-moins 52 affaires jugées en réparation des surcoûts provoqués par 18 ententes distinctes¹⁵⁸, dont 34 devant des juridictions administratives¹⁵⁹. Elles représentent 109 jugements et arrêts¹⁶⁰, dont 74 de juridictions administratives¹⁶¹. Toutefois, l'importance de ce contentieux devant le juge administratif doit être mis en perspectives : si "*à ce jour, près des deux tiers de ce contentieux a été jugé par le juge administratif (...) la décision n° 10-D-39 de l'Autorité de la concurrence, sanctionnant une entente dans le secteur de la*

147 ADLC décision 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale : amende de 52.7 millions d'euros prononcée pour une entente entre plusieurs entreprises ; Décision de l'ADLC n°16-D-02 du 27 janvier 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin ; Décision 18-D-19 du 24 septembre 2018 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'éclairage public en Ardèche ; ADLC décision n°21-D-05 du 4 mars 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion technique des bâtiments de Lille métropole communauté urbaine ; Décision de l'ADLC n°10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier ; Décision 22-D-08 du 03 mars 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute-Savoie

148 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

149 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

150 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

151 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

152 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

153 *Ibid.*

154 *Ibid.*

155 *Ibid.*

156 *Ibid.*

157 *Ibid.*

158 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

159 *Ibid.*

160 *Ibid.*

161 *Ibid.*

signalisation routière verticale, y est pour beaucoup : 85 % des actions jugées par des juridictions administratives y font suite. Il s'agit souvent de procédures engagées par des départements, et l'on retrouve ici un phénomène observé ailleurs en Europe : lorsqu'elles sanctionnent des ententes ayant pu affecter des collectivités locales, les décisions d'autorités de concurrence sont souvent suivies d'un nombre important d'actions en réparation"¹⁶².

Tous ordres de juridictions confondus, en moyenne 13,8 années se sont écoulées dans ces 52 affaires entre la date de survenance du dommage et la date du jugement de première instance¹⁶³, cette durée se décomposant en "8,3 années depuis la date de survenance du dommage jusqu'à la date de décision de l'autorité de concurrence, puis 5,5 années jusqu'à la date du jugement de première instance"¹⁶⁴. Concernant le montant des dommages-intérêts alloués pour les juridictions françaises dans les 26 affaires où un surcoût a été reconnu, leur montant cumulé représente 125 millions d'euros¹⁶⁵.

Ces évolutions législatives et jurisprudentielles récentes poussent certains auteurs à reconsidérer le positionnement des acteurs en présence, et à formuler l'idée que le recours indemnitaire de l'acheteur public victime d'une entente participe à la protection de l'ordre public concurrentiel. C'est notamment le cas de Madame HASQUENOPH qui développe l'idée selon laquelle l'action du juge administratif, au moyen de ses nouveaux outils juridiques, lui permet de renforcer sa complémentarité avec l'ADLC en intégrant pour partie certaines de ses missions¹⁶⁶. Cette plus forte coordination étant particulièrement à l'œuvre concernant la dissuasion des ententes et la préservation de l'ordre public concurrentiel, puisque *"la jurisprudence administrative récente tend donc à reconnaître à l'action indemnitaire des personnes publiques un champ extrêmement vaste. Protectrice des personnes publiques victimes et sévère à l'égard des entreprises contrevenant au droit de la concurrence, elle révèle le souci du juge administratif de participer pleinement à la protection du libre jeu de la concurrence sur le marché. Le contentieux administratif du private enforcement"¹⁶⁷ s'affirme ainsi, de plus en plus, comme instrument de dissuasion des comportements anticoncurrentiels et de préservation de l'ordre public concurrentiel"¹⁶⁸.*

162 *Ibid.*

163 *Ibid.*

164 *Ibid.*, citant S. Carval, Les intérêts compensatoires, D. 2017. 414.

165 *Ibid.* : "dont près de 90 M€ alloués par le tribunal administratif de Paris à la SNCF dans une série de jugement en mars 2009".

166 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *AJDA*, 2021, n°8, p.455-461.

167 L'action indemnitaire exercée par la victime d'un préjudice tiré d'une pratique anticoncurrentielle.

168 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

Dans le même sens, des praticiens¹⁶⁹ relèvent que les conclusions de la rapporteure publique Madame LE CORRE sur l'arrêt du Conseil d'Etat de 2020 "Département de la Seine-Maritime"¹⁷⁰ font état des observations de l'ADLC sur le pourvoi de la société requérante. Ainsi, à propos de l'entente, l'ADLC énonçait qu'" *en retenant que le contrat doit être annulé au vu de ces manoeuvres dolosives, le juge administratif assurerait également la nécessaire dissuasion vis-à-vis de ces pratiques particulièrement graves*"¹⁷¹. Les commentateurs considèrent en conséquence que l'ADLC demande ainsi "*implicitement mais assurément au juge administratif de jouer le rôle de gardien de l'ordre public concurrentiel*"¹⁷². Finalement, un tel développement du contentieux indemnitaire consécutif à des ententes dans les marchés publics doit être encouragé, "*à la fois pour l'ordre public concurrentiel et pour les deniers publics*"¹⁷³. Dès lors, la sanction de l'entente apparaît comme la "*première étape indispensable à l'introduction d'une action indemnitaire. Le public enforcement, dont l'ADLC reste le titulaire, précédant nécessairement les actions de private enforcement mises en oeuvre devant le juge administratif [conduit à une] utile complémentarité des droits et des juges (...)*"¹⁷⁴, qui bien que leurs finalités soient distinctes œuvrent pour "*la préservation du libre jeu de la concurrence sur le marché*"¹⁷⁵.

Cela revient à dire que les actions en indemnisation des préjudices résultant d'ententes sont finalisées, ce que confirme la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans son arrêt " Kone AG" de 2014¹⁷⁶ : "*Le droit de toute personne de demander réparation d'un tel dommage renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et il est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, en contribuant ainsi au maintien d'une concurrence effective dans l'Union européenne*" (nous soulignons).

D'autres praticiens replacent ce contentieux indemnitaire dans la théorie générale du procès administratif et adoptent une position critique. C'est notamment le cas de Maître

169 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

170 CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045.

171 Cité par Mireille LE CORRE dans ses conclusions sur CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045, relevé par CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

172 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

173 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

174 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*, p.59.

175 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

176 CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone AG et a. c/ ÖBB-Infrastruktur AG, § 23.

GAUDEMET¹⁷⁷, qui considère que cet état du droit est marqué par "*l'unilatéralité*"¹⁷⁸ ou la "*verticalité*"¹⁷⁹, et s'éloigne "*de la préoccupation légitime de la préservation de l'équilibre des droits de chaque partie dans le procès*"¹⁸⁰. Pour étayer son affirmation, il prend en compte "*la combinaison d'une compétence juridictionnelle administrative comprise de façon extensive, un régime de prescription favorable à la victime, un principe de solidarité des mis en cause désormais inscrit dans la loi, ou encore une méthode d'évaluation du préjudice (quantum) qui emprunte des raccourcis parfois contestables*"¹⁸¹. Tout en déplorant l'impact des pratiques anticoncurrentielles sur les deniers publics, l'auteur forme le vœu d'un "*rééquilibrage des forces en présence qui soit plus respectueux des droits d'une défense devenue extrêmement délicate en l'état d'un système désormais très automatisé, dont les raccourcis s'accommodent mal des principes essentiels d'un procès qui doit demeurer équitable*"¹⁸².

Le sujet de la réparation du préjudice de l'acheteur victime d'une entente dans les marchés publics présente donc plusieurs intérêts, à la fois théoriques et pratiques. Concernant les intérêts théoriques, il pourra d'abord être observé à quel point le droit de la concurrence continue de se diffuser dans le droit de la commande publique¹⁸³. De surcroît, on remarquera que le juge administratif français s'est inspiré dans ses décisions, par anticipation, des dispositions issues du droit de l'UE et transposées dans le Code de commerce. Bien que ces dispositions n'aient pas été temporellement applicables aux affaires qui seront citées dans les développements qui suivront, il a par cette démarche assuré une unité juridique avec les affaires dont le fait générateur serait né antérieurement à leur applicabilité¹⁸⁴. Tel est par exemple le cas pour le principe de la responsabilité solidaire des co-auteurs de l'entente¹⁸⁵, comme cela sera détaillé ci-après. De plus, l'étude de ce sujet permettra de comprendre l'articulation entre le recours indemnitaire de la victime et l'action des autorités de concurrence, et de mesurer à quel point les acheteurs victimes d'ententes dans la passation de

177 GAUDEMET M., "Commande publique et sanction des pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°218, 2021, p. 32-37.

178 *Ibid.*

179 *Ibid.*

180 *Ibid.*

181 *Ibid.*

182 *Ibid.*

183 DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

184 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

185 *Ibid.*

leurs marchés publics sont incités à chercher la réparation de leurs préjudices à la suite des décisions condamnant les ententes¹⁸⁶.

D'un point de vue pratique, il pourra être dégagé au terme de ces développements une stratégie contentieuse globale pouvant être préconisée à l'acheteur victime, afin de déterminer spécifiquement quels recours exercer dans quelles situations, et quelles méthodes de quantification du préjudice sont les plus pertinentes pour former leurs demandes en indemnisation¹⁸⁷.

Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que puisque le droit de la concurrence serait devenu le "*patrimoine commun des juges*"¹⁸⁸, se dessinerait aujourd'hui des rôles complémentaires entre les couples acheteurs publics / juge administratif et Autorité de la concurrence / juge judiciaire¹⁸⁹. Dans une telle optique, c'est en effet l'acheteur qui complète l'action de l'ADLC par la médiation du juge administratif, car en tant que victime il lui revient d'impulser les recours subséquents à l'entente. Dans le contexte général précédemment évoqué, il apparaît que le juge administratif a intériorisé ce rôle de médiateur en prenant en compte les contraintes intrinsèques de l'achat public. L'objectif de cette nouvelle répartition des rôles est que l'acheteur ait le moins de difficultés à exercer son recours compte tenu de toutes les contraintes pesant déjà sur lui. Ainsi le juge administratif se positionne ici comme le *medium* de l'acheteur dans son nouveau rôle de participant au maintien de l'ordre public concurrentiel. Le nouveau positionnement du juge administratif passe à la fois par une capitalisation opérée sur ses outils juridiques, et par leur adaptation aux nouveaux besoins des acheteurs.

Il sera donc démontré que le recours en responsabilité quasi-délictuelle devant le juge administratif s'adapte au contexte du droit de la concurrence et aux spécificités de l'achat public.

Ce mouvement passe principalement par deux adaptations. La première, qui concerne le fond du droit, est une adaptation intrinsèque. Il sera constaté que le recours de droit commun s'est

186 *Ibid.*

187 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

188 MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *op. cit.*

189 *Ibid.*

adapté au contexte du droit de la concurrence, notamment car le juge administratif tire toutes les conséquences des décisions de l'Autorité de la concurrence dans les siennes. La seconde est une adaptation extrinsèque, qui concerne la technique juridique à l'œuvre. Le recours s'appuiera dans ce domaine sur des "tiers sachants", en premier lieu d'Autorité de la concurrence, en second lieu sur les experts judiciaires qui quantifient les préjudices des acheteurs victimes. Ces deux adjuvants ne sont toutefois pas sur le même plan : l'ADLC rend une décision de principe, générique et globale quantifiant le dommage de l'entente à l'économie. Elle intervient bien en amont de la décision du juge administratif. Tandis que l'expert judiciaire rend un avis spécifique et circonstancié dans le cadre de l'instance indemnitaire.

Pour démontrer cette affirmation, un plan chronologique suivant le processus d'indemnisation de l'acheteur victime d'une entente sera suivi, où seront successivement envisagées les principales questions se posant en la matière¹⁹⁰ : la preuve de l'entente entendue comme fait dommageable, les conditions d'engagement de la responsabilité des entreprises y ayant participé, et la quantification du préjudice de l'acheteur victime de l'entente. Ainsi, si la cause des préjudices de l'acheteur est établie par la décision de l'autorité de concurrence condamnant l'entente (Partie I), il demeure que le contenu des préjudices indemnissables est variable selon les voies de droit qui seront exercées par la victime (Partie II). Enfin, le juge administratif opère une évaluation factuelle du préjudice de surcoût de l'acheteur (Partie III).

190 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

PARTIE I. L'établissement de la cause du préjudice par l'action concurrentielle condamnant l'entente

Dans l'éventualité d'un recours indemnitaire en responsabilité quasi-délictuelle pour la faute que constitue le dol tiré de l'entente, la décision qui condamne l'entente (de l'Autorité de la concurrence ou de la Cour de justice de l'Union Européenne) permet à l'acheteur victime d'obtenir plus facilement une indemnisation de son préjudice. En effet, l'action en responsabilité visant à obtenir la réparation du préjudice tiré d'une entente ne déroge pas à la règle générale selon laquelle le préjudice indemnisable est cumulativement direct et certain¹⁹¹. En la matière, si l'étendue du préjudice peut être difficile à déterminer, ce qui conduit le juge à assouplir sa condition de certitude, l'existence de l'entente est elle plus que certaine lorsqu'elle a déjà été condamnée par une autorité de concurrence¹⁹². Ainsi, les modalités de recours sont adaptées aux particularités de l'entente (I), et les conditions de responsabilité sont cristallisées par la décision la condamnant (II).

I. Des modalités de recours adaptées au fait dommageable constitué par l'entente

Avant d'établir le préjudice de la victime de l'entente, "*plusieurs éléments procéduraux doivent d'abord être pris en considération*"¹⁹³. L'entente étant une infraction le plus souvent occulte, les modalités de saisine du juge administratif ont été adaptées aux caractéristiques de ce dol anticoncurrentiel afin de favoriser l'exercice du recours indemnitaire des victimes. Les acheteurs publics victimes ont ainsi la possibilité d'exercer un recours juridictionnel efficace à la suite de la décision condamnant l'entente. Ils peuvent saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire contre l'ensemble des membres de l'entente (A), dans un délai dont le point de départ dépendra de la décision condamnant l'entente (B).

191 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

192 *Ibid.*

193 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

A. La possibilité de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire contre l'ensemble des membres de l'entente

Connaître la possibilité ou non de saisir le juge administratif d'un tel litige est une question fondamentale en tant qu'elle doit être la première posée, car elle touche à la recevabilité de la demande devant le juge¹⁹⁴. Afin de pouvoir tirer toutes les conséquences de l'entente et pour asseoir le bloc de compétence du juge administratif en la matière, la victime peut engager un recours devant le juge administratif contre l'ensemble des membres de l'entente. Elle pourra engager son recours de manière traditionnelle, en application des principes du droit civil, contre son cocontractant ayant participé à l'entente (1), et de manière plus originale contre un tiers au contrat membre de cette entente (2). Il est ainsi permis à la victime de tirer pleinement les conséquences de la décision des autorités de concurrence condamnant l'entente, en mettant l'ensemble de ses membres en cause.

1. Le recours contre le cocontractant de l'acheteur

Pour rappel, le Code de commerce prévoit en son article L. 481-1¹⁹⁵ que toute personne est responsable du dommage qu'elle cause du fait d'une pratique anticoncurrentielle, donc notamment d'une entente. L'article L. 775-1 du Code de justice administrative opère un renvoi à cette disposition en énonçant que *"lorsqu'elles relèvent de la juridiction administrative, les actions tendant à la réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 du code de commerce sont présentées, instruites et jugées selon les dispositions du présent code, sous réserve des articles L. 153-1 et L. 153-2 du code de commerce et du titre VIII du livre IV du même code"* [nous soulignons], titre auquel appartient l'article L. 481-1.

Sur la possibilité de saisir le juge administratif d'un recours juridictionnel, le principe voudrait que la victime ne puisse pas le saisir en vertu du privilège du préalable (a). Par exception, le juge peut être saisi des litiges portant sur des créances d'origine contractuelle (b).

194 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 7, p. 18-19.

195 *"Toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne"*

a. En principe, le privilège du préalable devrait empêcher l'acheteur public de saisir le juge

Le principe établi selon une jurisprudence constante (CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure¹⁹⁶ ; notamment confirmé par CE, 2 juill. 2007, n° 294393, Commune de Lattes) est qu'une personne publique est irrecevable à saisir le juge administratif d'une action tendant à ce que soit ordonnée une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre unilatéralement, en vertu du privilège du préalable. Cela concerne notamment la faculté d'émettre un titre de recettes exécutoire en vue d'un recouvrement pécuniaire auprès d'un débiteur.

Il n'était donc initialement pas possible pour les acheteurs victimes d'ententes de faire condamner leurs auteurs à indemniser leur préjudice de surcoût. Ainsi, c'était moins l'interdiction de former un référé provision pour obtenir l'indemnisation, que l'impossibilité d'obtenir une expertise judiciaire permettant de quantifier la créance de la victime qui était de nature à priver d'efficacité une telle action unilatérale¹⁹⁷. Une exception au principe a donc été concédée (b).

b. Par exception, le juge peut être saisi pour des litiges portant sur des créances contractuelles

Par exception, une personne publique a toutefois la possibilité de saisir directement le juge administratif pour qu'il condamne son débiteur au paiement d'une somme lui étant due sur un fondement contractuel¹⁹⁸ (CE, 24 déc. 1924, Ville de Paris : Lebon, p.1065 ; CE, sect., 5 nov. 1982, Sté Propétrol : Lebon, p. 380). En ce sens, l'arrêt du Conseil d'Etat de 2013 "Communauté de communes Épinal-Golbey"¹⁹⁹ juge explicitement que : "*4. Considérant, il est vrai, que la SMACL fait valoir devant le Conseil d'Etat que la communauté de communes avait la possibilité d'émettre contre elle un titre exécutoire pour le recouvrement de la créance dont elle se prévalait et que, dès lors, elle n'était pas recevable à saisir le juge d'une telle action ; / 5. Mais considérant que la faculté d'émettre un titre exécutoire dont dispose une*

196 Requête numéro 49241, Rec., p. 583 ; S. 1915, p. 39, note M. Hauriou.

197 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

198 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

199 CE, 15 mai 2013, n° 357810, Lebon, p. 148.

personne publique ne fait pas obstacle à ce qu'elle saisisse le juge de l'action directe ouverte par l'article L. 124-3 du code des assurances, laquelle trouve son origine dans le contrat passé entre le responsable du dommage et son assureur ; (...)" (nous soulignons).

Dès lors, concernant les créances contractuelles, une personne publique a le choix entre l'émission d'un titre de recettes ou la saisine directe du juge administratif²⁰⁰. Dans un premier temps, cette faculté de faire condamner le cocontractant de la personne publique a été étendue au-delà de la période contractuelle²⁰¹, pour des faits postérieurs à son exécution²⁰².

Puis, dans un second temps, le juge administratif suprême a étendu cette faculté aux actions indemnitaires extracontractuelles des personnes publiques victimes d'ententes²⁰³. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de référé provision introduite par le département de l'Eure²⁰⁴, il a été décidé que : "*lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont dispose une personne publique ne fait pas obstacle à ce que celle-ci saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement, notamment dans le cadre d'un référé-provision engagé sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative*" (CE, 24 février 2016, n° 395194, Département de l'Eure, Lebon).

Le Professeur KARPENSCHIF expose le fondement de cette décision : l'entente entre concurrents étant constitutive d'un dol subi par l'acheteur, ce dernier a un support contractuel²⁰⁵. La victime peut donc bénéficier de l'exception à la jurisprudence "Préfet de l'Eure" de 1913. En effet, bien que les pratiques collusives menant à l'entente²⁰⁶ soient par nature antérieures à l'attribution du marché public, de telles manœuvres visant à tromper l'acheteur ne sont pas "*dissociables du processus contractuel (car sans ces dernières le pouvoir adjudicateur n'aurait pas contracté ou n'aurait pas contracté dans les mêmes conditions)*"²⁰⁷, elles l'affectent tout spécialement dans sa phase de passation. On retrouve ici l'idée de tromperie de l'acheteur issue de l'entente.

200 GASPAS T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

201 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

202 CE, 30 mars 1984, SCI Marjenco : Lebon, p.142 : "*que le fait que le département ait réclamé le paiement des redevances afférentes à l'occupation de pur fait du terrain pendant l'année 1970 et établi une autorisation de régularisation pour cette période ne saurait le priver du droit de se prévaloir de la dénonciation du 26 novembre 1968*".

203 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

204 GASPAS T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

205 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

206 Telles que des échanges d'informations entre concurrents, des offres de couvertures, ou des répartitions de marchés publics entre concurrents par exemples.

207 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

Selon Maître LE CHATELIER, cette solution est justifiée par le fait que dans un tel type de contentieux, la preuve de l'entente est difficile à rapporter, tout comme la quantification du préjudice²⁰⁸. Il est dès lors nécessaire d'offrir la possibilité à la victime de bénéficier d'une expertise judiciaire en saisissant le juge administratif pour quantifier le surpris payé²⁰⁹. Ainsi, dans la première affaire du 27 mars 2020²¹⁰ impliquant le département de la Manche, le Conseil d'État juge, dans la continuité de la Cour d'administrative d'appel qui n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit, que : "*si une personne publique est, en principe, irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont elle dispose ne fait pas obstacle, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, à ce qu'elle saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement. L'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle d'une société en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elle à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence, doit être regardée, pour l'application de ces principes, comme trouvant son origine dans le contrat*". (nous soulignons).

Cet arrêt est pour le moins "remarquable"²¹¹ en ce qu'il applique pour la première fois la jurisprudence de 2016 "Préfet de l'Eure" au contentieux des pratiques anti-concurrentielles²¹² dans le cadre d'un recours au fond.

Ainsi, l'intérêt pratique pour l'acheteur de pouvoir saisir le juge administratif dans une telle situation est d'une part de pouvoir requérir qu'il ordonne une expertise en vue d'évaluer son préjudice de surcoût²¹³, d'autre part qu'il puisse exercer un référé provision²¹⁴, dans les conditions qui seront détaillées plus avant. En plus du recours contre le cocontractant, a été ouvert celui contre tout membre de l'entente (2).

208 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

209 Ibid ; dans le même sens : KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

210 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche,

211 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

212 *Ibid.*

213 En saisissant le tribunal administratif d'un référé instruction sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative, en vue de la désignation d'un expert judiciaire afin de connaître l'étendue de leur préjudice de surpris : "*Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction. (...)*"

214 Article R541-1 CJA.

2. Le recours contre tout membre de l'entente

Aujourd'hui le Code de commerce prévoit d'abord en son article L.481-1, auquel renvoie le Code de justice administrative, que toute personne est responsable du dommage qu'elle a causé du fait, notamment, de la commission d'une entente²¹⁵. Il organise ensuite des articles L.481-9 à L.481-12 les conditions de la solidarité des responsables. Et préalablement à l'applicabilité de ces dispositions, le juge administratif a adopté une conception extensive de l'exception précédemment évoquée permettant de saisir le juge administratif non-seulement contre le cocontractant, mais également contre tous les membres de l'entente (a). Cette possibilité doit être comprise en lien avec l'idée que la responsabilité consécutive à l'entente est une responsabilité solidaire de ses membres, qui sera développée plus loin. Le juge administratif tire ainsi pleinement les conséquences de la décision de l'autorité de concurrence en mettant l'ensemble des membres de cette pratique anticoncurrentielle en cause. Cette extension de l'exception offre à la victime une voie de recours particulièrement rapide et efficace, à savoir le référé provision (b).

a. L'extension de l'exception permettant la mise en cause de l'ensemble des membres de l'entente

Dans l'arrêt CE, 27 mars 2020, n°421758, "Département de l'Orne", le Conseil d'Etat parachève le mouvement précédemment engagé en permettant à la personne publique victime d'une entente de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire contre l'ensemble des membres de l'entente, donc y compris les tiers au contrat vicié²¹⁶.

Dans cet arrêt la question de la recevabilité du recours de l'acheteur était plus complexe²¹⁷ car le litige opposait le Département en cause à une société tierce au contrat mais partie à l'entente. Le Conseil d'État a cependant admis la recevabilité de cette demande en jugeant que : *"l'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec l'une d'entre elles, à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes*

215 Article L481-1 Code de commerce, *op. cit.*

216 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

217 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence, doit être regardée, pour l'application de ces principes, comme trouvant son origine dans le contrat, y compris lorsqu'est recherchée la responsabilité d'une société ayant participé à ces agissements dolosifs sans conclure ensuite avec la personne publique". (nous soulignons).

Le caractère cohérent de cette solution est relevé par les praticiens²¹⁸, en tant que c'est l'action de l'ensemble des membres de l'entente qui a porté atteinte à la passation du marché public vicié, ce qui justifie que puisse être engagée d'une part la responsabilité des membres de l'entente ayant remis une offre non-retenue par l'acheteur, d'autre part de ceux n'ayant pas remis d'offre lors de la procédure de passation du marché en cause²¹⁹.

De l'avis de la Professeure UBAUD-BERGERON, cette décision qui procède à une "extension notable des exceptions à la décision "Préfet de l'Eure ""²²⁰, donc à une conception extensive de la créance d'origine contractuelle, doit être comprise en lien avec l'établissement d'un bloc de compétence dévolu au juge administratif pour connaître des litiges en matière d'ententes dans les marchés publics. Selon cette Professeure, cette extension notable est des plus logiques : "à quoi bon reconnaître la compétence du juge administratif pour les litiges mettant en cause la responsabilité des entreprises tierces au contrat et parties à l'entente [T. confl., 16 nov. 2015, n° 4035, Région Île-de-France], s'il faut ensuite opposer à la personne publique une fin de non-recevoir lui enjoignant de procéder elle-même au recouvrement de la somme due en réparation de son préjudice ?"²²¹. Un des intérêts de ce dispositif est de pouvoir mettre en cause l'ensemble des co-auteurs de l'entente au moyen d'un référé provision (b).

b. L'intérêt d'exercer un référé provision contre les membres de l'entente

Le Code de justice administrative prévoit en son article R.541-1 que le juge des référés peut accorder une provision sur une créance indemnitaire : "le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque

218 GASPARD T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

219 MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 7, p. 12-14, renvoyant à la Lettre de la DAJ, n° 294, 23 avr. 2020.

220 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

221 *Ibid.* ; déjà dans le même sens à propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel : UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né d'une entente en marché public", *Contrats et Marchés publics*, 2019, n°6, p. 25-26.

l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (...) ". Deux arrêts de la Cour administrative d'appel (ci-après "CAA") de Nantes du 22 janvier 2021, "Société Prezioso Linjebygg"²²², illustrent parfaitement l'intérêt du référé provision devant le juge administratif pour obtenir rapidement une provision d'indemnisation face au préjudice tiré d'une entente. En l'espèce, deux entreprises avaient été condamnées par l'Autorité de la concurrence en 2011²²³ pour une entente sur les prix dans un marché public de travaux du Département de la Loire-Atlantique. Afin d'obtenir la condamnation solidaire des auteurs de l'entente à lui verser provisionnellement une somme en réparation de son préjudice, l'acheteur exerça un référé provision devant le Tribunal administratif (ci-après "TA") de Nantes.

D'un point de vue procédural, et conformément à la jurisprudence sur ce sujet et à la *"conception large de la créance d'origine contractuelle"*²²⁴, la Cour considère le recours recevable en indiquant que le préjudice de l'acheteur *"doit être regardé, pour l'application de ces principes, comme trouvant son origine dans le contrat, y compris lorsqu'est recherchée la responsabilité d'une société ayant participé à ces agissements dolosifs sans conclure ensuite avec la personne publique"*²²⁵.

L'expertise judiciaire avait estimé le préjudice entre 287 000 et 310 000 €. En 2019, le juge des référés ordonna le versement d'une provision de 200 000 € et la condamnation solidaire des auteurs de la faute. A la suite de l'appel de ce jugement, la CAA de Nantes rejeta les recours contre l'ordonnance et augmenta le montant de la provision à 280 000 €. Ainsi, la CAA a fixé une provision correspondant à *"la quasi-totalité du montant du préjudice estimé"*²²⁶. La main du juge apparaît aussi assurée en augmentant le montant de la provision accordée à la victime car comme l'indique le Professeur MULLER, *"la cour se fonde sur l'analyse effectuée par l'Autorité de la concurrence pour rejeter les moyens tendant à démontrer que l'obligation des requérantes de réparer le préjudice causé par leurs agissements dolosifs serait sérieusement contestable"*²²⁷, en se fondant sur la décision de condamnation pour caractériser la faute et le lien de causalité de façon non sérieusement

222 CAA Nantes, 22 janv. 2021, n° 19NT05057 et 20NT02005, Sté Prezioso Linjebygg.

223 Aut. conc., déc., 24 févr. 2011, n° 11-D-07.

224 MULLER E., "Référé provision à l'encontre d'entreprises condamnées pour entente à l'occasion de la passation d'un marché public", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°4.

225 CAA Nantes, 22 janv. 2021, n° 19NT05057 et 20NT02005, Sté Prezioso Linjebygg.

226 CELAYA M., "Préjudice subi du fait d'une entente et référé-provision devant le juge administratif", *L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, 2021, n°3, p. 6.

227 MULLER E., "Référé provision à l'encontre d'entreprises condamnées pour entente à l'occasion de la passation d'un marché public", *op. cit.*

contestable²²⁸. Selon Maître CELAYA, une telle "*motivation sur le caractère non sérieusement contestable*"²²⁹ de l'obligation des auteurs "*paraît dissuasive d'une contestation au fond*"²³⁰.

En conséquence, cette affaire "*illustre le potentiel des procédures de référé devant le juge administratif pour obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle*"²³¹, et particulièrement du référé provision qui, comme le note ce praticien, n'a plus à être accompagné d'une requête au fond depuis 2001, ce qui lui permet souvent de "*mettre un terme au litige*"²³². En effet, en obtenant une provision presque équivalente à l'estimation du montant du préjudice, le demandeur est vraisemblablement satisfait et n'a plus de raison d'agir au fond²³³.

Un autre apport de cet arrêt réside dans la méthode de quantification de la provision employée par l'expert et validée par le juge. Pour déterminer l'existence d'un surcoût, il a été tenu compte, d'une part de la différence entre le prix estimé du marché par le maître d'œuvre avant le lancement de la procédure de passation, et le prix du marché public après négociations, d'autre part des motifs de l'accroissement substantiel du prix de l'offre de l'attributaire entre deux marchés comparables²³⁴. Comme le relèvent Maîtres CABANES et NEVEU²³⁵, une telle méthode d'évaluation du préjudice est plus simple que celle consistant à opérer une "*analyse contrefactuelle*"²³⁶ en vue d'établir un scénario contrefactuel, dont les détails seront développés plus avant. Ces praticiens proposent en effet de recourir à une "*comparaison entre*

228 "6. (...) Compte tenu des éléments précis sur lesquels est fondée la constatation par l'Autorité de la concurrence de l'existence d'une entente sur les prix associée à la présentation par la partie non contractante d'une offre dite " de couverture ", les requérantes ne contestent pas sérieusement la réalité d'une pratique anticoncurrentielle constitutive de leur part d'agissements dolosifs. Le lien entre la faute commise et le préjudice économique subi par le département de la Loire-Atlantique n'apparaît pas davantage sérieusement contestable au regard notamment de la différence, établie par le rapport d'expertise, entre le prix négocié du marché, s'élevant à 2 384 464,50 euros, et l'estimation préalable pertinente, s'élevant à 2 097 494 euros, qui en avait été faite par le maître d'oeuvre de l'opération dans le cadre de sa mission d'assistance à la passation du marché."

229 CELAYA M., "Préjudice subi du fait d'une entente et référé-provision devant le juge administratif", *op. cit.*

230 *Ibid.*

231 *Ibid.*

232 *Ibid.*

233 *Ibid.*

234 "7. (...) Pour ce faire l'expert a procédé à deux analyses distinctes, la première résultant d'une comparaison entre le prix estimé avant le lancement de l'appel d'offre par le maître d'oeuvre, dont il estime après analyse des arguments des parties qu'il est raisonnable, et le prix auquel le marché a été finalement conclu après négociation, soit 287 000 euros. Au terme de sa seconde analyse l'expert examine les motifs de l'accroissement substantiel du montant de l'offre de la société Prezioso Linjebygg entre le premier marché auquel elle a soumissionné en février 2006 et le second d'avril 2006, où elle savait qu'il devait avoisiner 2 400 000 euros afin de concurrencer la société Philippe Lassarat à un prix comparable, et prend alors en compte les données objectives pouvant l'expliquer, au regard notamment des changements techniques proposés dans la nouvelle offre, pour en déduire l'existence d'un surcoût né de la seule entente entre les sociétés requérantes de l'ordre de 310 000 euros. La société Prezioso Linjebygg, qui persiste à nier même l'existence d'un " surprix " alors qu'elle a été condamnée par l'Autorité de la concurrence et que nombre de ses critiques ont déjà été examinées par l'expert, ne remet pas sérieusement en cause cette méthode et l'évaluation en résultant. Par suite, elle n'est pas fondée à soutenir que le premier juge aurait fait une évaluation infondée de la provision accordée au département de la Loire-Atlantique en fixant le montant non sérieusement contestable de celle-ci à 200 000 euros." Sur ce sujet ; MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°7, p. 15-18.

235 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

236 *Ibid.*

le prix effectivement payé et l'estimation initiale du marché par le pouvoir adjudicateur²³⁷, en postulant du caractère objectif et raisonnable de l'estimation de l'acheteur qui se rapprocherait d'une estimation du prix "« de marché » pour l'exécution de la prestation mise en concurrence"²³⁸. Cet élément de comparaison facilement mobilisable dispenserait la victime de recourir à une expertise judiciaire onéreuse, chronophage et risquant *in fine*, selon eux, de la dissuader d'engager un recours indemnitaire.

Ainsi, le référé provision permet de sécuriser le plus rapidement possible une provision sur l'indemnisation définitive, qui pourrait satisfaire la victime dans les meilleurs délais. L'articulation entre la décision de condamnation de l'autorité de concurrence et l'action du juge administratif est dans ce cadre particulièrement explicite, et favorable à l'indemnisation rapide de la victime. Cette question des délais d'exercice des recours est en effet fondamentale (B).

B. Des délais de recours indemnitaire attachés à la connaissance certaine de l'entendue de l'entente

L'article L. 482-1 du Code de commerce²³⁹, auquel renvoie le Code de justice administrative, fixe aujourd'hui la prescription des actions fondées sur la responsabilité des auteurs de pratiques anticoncurrentielles à cinq ans. Il s'agit de la même durée que la prescription civile quinquennale de droit commun de l'article 2224 du Code civil²⁴⁰. Toutefois, l'ensemble des décisions rendues à ce jour par le Conseil d'Etat en matière d'entente dans les marchés publics statuent sur des responsabilités dont le fait générateur s'est produit antérieurement à l'applicabilité de ces dispositions. Ce nouveau texte n'est donc pas applicable à ces affaires. Cependant, préalablement à la transposition des dispositions du Code de commerce et du Code de justice administrative, le juge administratif faisait déjà application des délais de prescription du droit civil (1), dont le point de départ est la décision de l'autorité de concurrence condamnant l'entente, acte par lequel il acquiert une connaissance concrète et

237 *Ibid.*

238 *Ibid.*

239 "L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : / 1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ; / 2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ; / 3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique. / Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé. (...)".

240 "Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer."

certaine de l'étendue de la faute (2).

1. L'application des délais de prescription de droit commun

Les délais pour exercer le recours indemnitaire ne commencent à courir que lorsque le dol est cristallisé par la décision condamnant l'entente. En la matière, il faut tenir compte de l'application successive des lois dans le temps. Avant la réforme de la prescription civile de 2008 ce délai était décennal (a), et après la réforme quinquennal (b).

a. Avant la réforme de la prescription civile par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 : un délai de 10 ans

Un des points d'attention majeurs en matière procédurale est la prescription de l'action de la victime de l'entente²⁴¹. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, a eu un impact en ce domaine, tout comme l'ordonnance du 9 mars 2017 modifiant le Code de commerce.

Initialement, l'article 2270-1 prévoyait que les actions en responsabilité extra-contractuelle²⁴² "*se prescriv[aient] par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation*". La réforme de 2008 a créé un article 2224 du Code civil fixant à cinq ans la prescription "*des actions personnelles ou mobilières (...) à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer*". Il faut de surcroît noter²⁴³ que l'article 26-II de cette loi disposait que "*les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure*".

Concernant les dispositions du Code de commerce, son article L.482-1 prévoit que "*l'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans (...)*", étant entendu²⁴⁴ que l'article 12 de l'ordonnance de 2017 prévoit que "*I. les*

241 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

242 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

243 *Ibid.*

244 *Ibid.*

dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le lendemain de sa publication [et que] (...) II. Les dispositions de la présente ordonnance qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé". Cet état du droit pousse Maître LANDOT²⁴⁵ à parler en la matière d'une "prescription à durée variable selon la date de connaissance des faits, avec application d'une règle de succession des règles dans le temps".

Cette question a été soulevée dans l'arrêt du Conseil d'Etat "SNCF Mobilités" de 2019²⁴⁶. On se focalisera ici sur le délai de prescription applicable aux actions en responsabilité quasi-délictuelle consécutives à un dol, le sujet de l'annulation du contrat sera évoqué ultérieurement. Concernant les actions en responsabilité quasi-délictuelle, le juge administratif a été amené à préciser les conditions d'application de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile et de l'article L. 481-1 du Code de commerce²⁴⁷.

Il a jugé dans cet arrêt²⁴⁸ que le délai de prescription décennale était applicable, initialement sur le fondement de l'article 2270-1 du Code civil²⁴⁹, puis, à la suite de l'article 26 de la loi du 17 juin 2008, qu'il s'agissait d'une prescription quinquennale sur le fondement de l'article 2224²⁵⁰. Il juge ainsi que : *"il résulte de ces dispositions que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles se prescrivaient par dix ans à compter de la manifestation du dommage. Après l'entrée en vigueur de cette loi, la prescription de ces conclusions est régie par les dispositions de l'article 2224 du Code civil. S'appliquent, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce*²⁵¹ *et*²⁵².

245 LANDOT E., "Nullité des contrats : les règles enfin claires d'un jeu périlleux", *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 215, 2020, p. 69-74.

246 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

247 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

248 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

249 *"Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation"*.

250 MARTIN J., "L'application de la prescription du Code civil aux actions en nullité et en responsabilité délictuelle consécutives à un dol", *JCP A*, 2020, n°12, p. 35-38 : *"Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits permettant de l'exercer"*.

251 *"L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : / 1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ; / 2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ; / 3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique. / Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé. / Elle ne court pas à l'égard des victimes du bénéficiaire d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à l'encontre des auteurs de la pratique anticoncurrentielle autres que ce bénéficiaire."*

252 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T, §6.

Comme le relève le Professeur LICHERE, il s'agit ici d'une application assumée du Code civil, car il se fonde sur ses textes en rappelant ceux dont l'application va se succéder dans le temps. Ainsi, d'un *"point de vue sémantique, le Conseil d'État ne fait même pas le détour par les « principes dont s'inspirent » le Code civil (...) alors qu'il le fait parfois encore pour d'autres codes"*²⁵³ avec sa formule mentionnant les *"principes dont s'inspirent [le Code civil]"*²⁵⁴.

Le Professeur MARTIN indique dans son commentaire sur cette décision²⁵⁵ que *"l'application des règles du droit privé ne semblent, cette fois, plus [être] un enjeu"*²⁵⁶ en matière de recours en responsabilité et que le Conseil d'Etat va, dans son paragraphe 6, *"essentiellement se livrer à une étude de l'application de la loi dans le temps"*²⁵⁷, puisque même si la détermination du point de départ des différents délais de prescription envisageables était un enjeu théorique, en l'espèce il n'était pas un enjeu pratique car pour cette affaire, *"dans tous les cas, celui-ci était antérieur à la réforme"*²⁵⁸, et c'était donc la prescription décennale à compter de la manifestation du dommage²⁵⁹, applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, qui devait s'appliquer.

Pour sa part, le Professeur LICHERE note qu'un tel *"alignement du délai du recours indemnitaire de la victime d'une pratique anticoncurrentielle sur celui du droit privé"*²⁶⁰ par l'arrêt SNCF Mobilités du 22 novembre 2019²⁶¹ constitue une démarche contraire à celle adoptée dans l'arrêt "Musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon" de 2019²⁶² concernant le délai d'exercice du recours en contestation de la validité du contrat par une partie sur le fondement de la jurisprudence "Béziers I", où les principes du Code civil n'ont pas été appliqués. Il y avait dès lors une distinction à faire pour le délai d'action, concernant l'alignement entre le droit administratif et les principes civilistes, selon qu'il s'agissait d'une action en contestation de validité du contrat par une partie, ou en responsabilité quasi-délictuelle faisant suite à une

253 LICHERE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

254 *Ibid.*

255 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

256 MARTIN J., "L'application de la prescription du Code civil aux actions en nullité et en responsabilité délictuelle consécutives à un dol", *op. cit.*

257 *Ibid.*

258 *Ibid.*

259 Article 2270-1 du Code civil, dans sa rédaction applicable au litige : "Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation".

260 LICHERE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

261 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités

262 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon, Lebon.

pratique anticoncurrentielle²⁶³ qui avait été alignée sur le droit civil "*tant au niveau du point de départ de l'action que du délai de prescription applicable*"²⁶⁴.

Ce raisonnement a été confirmé par le Conseil d'Etat dans les arrêts du 27 mars 2020²⁶⁵ et du 12 octobre 2020²⁶⁶. De la même façon que dans l'arrêt SNCF Mobilités de 2019²⁶⁷, il y est fait une "*application combinée de l'article 2224 du Code civil (résultant de la loi du 17 juin 2008), de l'article 26, II de celle-ci, de l'article 2270-1 du Code civil (en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi), et de l'article L. 481-1 du Code de commerce*"²⁶⁸, avec la spécificité en 2020²⁶⁹ que les dispositions relatives aux modalités d'application des différents délais dans le temps ont du jouer. En effet dans l'arrêt de 2020 impliquant la SNCF, il est retenu par le juge que la victime avait eu connaissance de la faute, dans son existence et son ampleur, le jour de la publication de la sanction de la Commission européenne, c'est-à-dire le 28 avril 2004. Selon le Conseil d'Etat, la cour n'a pas commis d'erreur "*en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé, que, dans les circonstances de l'espèce, le délai de prescription décennale prévu par l'article 2270-1 du code civil alors en vigueur avait commencé à courir à compter de cette publication, la SNCF ayant alors connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle avait été victime de la part des membres de l'entente*".

La question a l'application dans le temps de la loi sur la prescription s'est donc posée²⁷⁰, et a été résolue comme tel : "*à la date de condamnation par la Commission européenne, le délai de 10 ans de l'ancien article 2270 avait commencé à courir (...), et devait expirer le 27 avril 2014, soit après l'entrée en vigueur de la loi de 2008, impliquant dès lors le déclenchement du nouveau délai de prescription quinquennal, expirant le 13 juin 2013 : l'action de la SNCF ayant été introduite à cette date, la cour administrative d'appel était fondée à retenir la recevabilité d'une telle action de la SNCF*"²⁷¹. Le délai de prescription applicable est aujourd'hui différent (b).

263 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

264 DREYFUS J.-D., "« Cartel des panneaux routiers » : action en responsabilité quasi délictuelle de l'acheteur public victime de pratiques anticoncurrentielles", *AJCT*, 2020, n°10, p.475.

265 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421758, Dpt de l'Orne, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421833, Dpt de l'Orne.

266 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

267 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

268 UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anti-concurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *op. cit.*

269 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

270 UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anti-concurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *op. cit.*

271 *Ibid.*

b. Après la réforme de la prescription : un délai de 5 ans

Aujourd'hui l'article L. 482-1 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, prévoit que "*l'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans (...)*" (nous soulignons). Il prévoit également le point de départ de ce délai de prescription (2).

2. L'appréciation *in concreto* du point de départ du délai de prescription

L'article L. 482-1 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, prévoit que le délai de prescription d'une action indemnitaire "*commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : 1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ; 2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ; 3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique. (...)*".

Le principe qui avait été retenu par le juge administratif concernant le point de départ du délai de prescription était de l'établir à la publication de la décision de sanction de l'autorité de concurrence condamnant l'entente (a). Cela démontre bien que le juge s'adosse à cette décision et en tire toutes les conséquences dans son domaine de compétences. Cependant, le principe de réalité demeurant, il reste envisageable dans certaines circonstances que le point de départ du délai soit la constitution de partie civile en cas de procédure pénale parallèle à la procédure concurrentielle ou administrative (b).

a. Le point de départ le plus fréquent : la décision de condamnation de l'entente

Des praticiens rappellent qu'"*en droit, il est constant que le délai de prescription en matière d'action en responsabilité fondée sur un agissement dolosif ne commence à courir qu'à compter du moment où la personne lésée prend connaissance dudit agissement*"²⁷², cette formule pouvant être sujette à interprétation sur le niveau de connaissance requis.

272 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

D'une part, dans les arrêts du 27 mars 2020²⁷³, le juge a estimé que les Départements requérants n'avaient eu pleinement connaissance de l'entente qu'à compter de la décision de condamnation de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010, date où ils ont eu "*connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles*". D'autre part, dans l'arrêt "Société Mersen" du 12 octobre 2020²⁷⁴, le juge a retenu que la victime de l'entente n'avait eu une pleine connaissance de ce manquement qu'au jour de la publication de la sanction prise par la Commission européenne, c'est-à-dire le 28 avril 2004. Le droit contemporain issu du Code de commerce ne devrait donc pas modifier cette solution, des auteurs allant jusqu'à considérer qu'"*en pratique donc, tant qu'une décision de l'ADLC n'a pas été rendue (car elle seule peut déterminer avec précision la nature de la pratique anticoncurrentielle commise, l'importance des dommages causés à l'économie et les auteurs desdites infractions), aucun délai de prescription de l'action ne commence à courir*"²⁷⁵, compte tenu de son caractère "*occulte et empreint d'une grande technicité et complexité, tant juridique que matérielle*"²⁷⁶. L'arrêt de 2019 "SNCF Mobilités"²⁷⁷ apporte toutefois une perspective intéressante sur ce sujet (b).

b. Un autre point de départ envisageable : la constitution de partie civile en cas de poursuites pénales de l'entente

Dans l'arrêt de 2019 "SNCF Mobilités"²⁷⁸, le Conseil d'Etat casse l'arrêt d'appel ayant confirmé le rejet des demandes de la SNCF car prescrites. Il reproche à la CAA une dénaturation des pièces du dossier pour avoir retenu comme point de départ du délai de prescription la date à laquelle la SNCF s'était constituée partie civile à la suite de la prise de connaissance, notamment par voie de presse, d'un rapport de la DGCCRF mettant en évidence des indices d'entente. Il retient en effet qu' : "*il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les termes de la constitution de partie civile de la SNCF sur laquelle s'est fondée*

273 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon : "5. La cour administrative d'appel de Nantes a estimé, au terme de son appréciation souveraine des pièces du dossier, que le département de la Manche n'avait eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont il avait été victime qu'à compter de la décision du 22 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence. En en déduisant que l'action engagée par cette collectivité devant le tribunal administratif de Caen le 16 février 2015, soit dans le délai de cinq ans fixé par l'article 2224 du code civil, n'était pas prescrite, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit."

274 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

275 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

276 GASPARD T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

277 CE, 22 novembre 2019, n° 418645, SNCF Mobilités.

278 *Ibid.*

la cour administrative d'appel de Paris ne traduisaient que de simples soupçons et n'étaient pas de nature à établir que la SNCF aurait eu, à cette date, connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime de la part des titulaires des marchés. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'au cas présent la SNCF n'a été en mesure de connaître de façon suffisamment certaine l'étendue de ces pratiques qu'au vu de la décision du 21 mars 2006 du Conseil de la concurrence". (nous soulignons).

Monsieur BOSCO indique à propos de cette solution que le fait de considérer que le dommage se soit manifesté seulement au jour de la publication de la sanction du Conseil de la concurrence "a le mérite de la simplicité"²⁷⁹ puisqu'il s'agit d'un "fait objectif"²⁸⁰, extérieur aux parties, impliquant que la victime ait connaissance à la fois de "l'infraction et [de] son dommage subséquent"²⁸¹.

Toutefois cet auteur relève également le caractère circonstancié de la solution dégagée par le Conseil d'Etat, ce qui le pousse à considérer que le juge n'a pas définitivement exclu que la connaissance du dommage puisse résulter d'éléments préalables à la décision de l'autorité de concurrence²⁸². En effet, dans le considérant rejetant la date de la constitution de partie civile comme point de départ du délai de prescription de l'action, le Conseil d'Etat souligne que cette constitution ne traduisait "que de simples soupçons" selon les "termes de la constitution de partie civile". La solution retenue étant justifiée par le fait que "au cas présent la SNCF n'a été en mesure de connaître de façon suffisamment certaine l'étendue de ces pratiques qu'au vu de la décision du 21 mars 2006 du Conseil de la concurrence" (nous soulignons). Ce qui pousse cet auteur à conclure qu'on "pourrait en déduire qu'en d'autres circonstances il pût en aller autrement"²⁸³ du point de départ du délai de prescription.

En conséquence, l'acheteur n'aurait donc pas intérêt à lancer une action pénale en se constituant partie civile avant la publication de la décision de l'autorité de concurrence. Il n'est en effet pas exclu au vu de la jurisprudence qu'une telle démarche pourrait déclencher le délai de prescription de l'action indemnitaire dans certaines circonstances. Ce risque identifié par la doctrine, qu'il conviendra aux acheteurs d'éviter, n'est de surcroît pas explicitement exclu par

279 BOSCO D., "Point de départ de la prescription de l'action en réparation : le Conseil d'État retient l'adoption d'une décision de sanction", *Contrats Concurrence Consommation*, 2020, n° 3, p.34-35.

280 *Ibid.*

281 *Ibid.*

282 *Ibid.*

283 *Ibid.*

le droit contemporain issu du Code de commerce. Il sera d'autant plus grand que la constitution de partie civile s'appuierait sur des éléments précis, circonstanciés et étayés de nature à montrer la pleine connaissance de l'entente par la victime.

Mise à part cette dernière éventualité, ces éléments montrent la forte complémentarité entre l'action des autorités de concurrence et celle initiée par l'acheteur victime de l'entente, le délai pour exercer la seconde dépendant de la date de la première décision. Une fois que les éléments procéduraux préalables à l'établissement du préjudice de la victime de l'entente ont été pris en compte, il s'agira de se pencher dans un second temps sur les questions de *"la preuve de l'existence de l'entente [et] de la responsabilité des entreprises s'y étant livrées vis-à-vis de l'acheteur public (...)"*²⁸⁴ (II).

II. Des conditions de responsabilité des membres de l'entente cristallisées par la décision de l'autorité de concurrence la condamnant

C'est à partir des éléments d'appréciation de l'entente dans la décision la condamnant que la victime va pouvoir en tirer toutes les conséquences sur le plan de la responsabilité. En premier lieu, il existe un système de présomptions de faute issue de l'entente, de préjudice et de lien de causalité (A). En second lieu, pour tenir compte de la spécificité de la faute constituée par l'entente, dans sa structure et ses effets, l'imputabilité retenue par le juge administratif épouse les particularités de l'entente selon un raisonnement économique (B).

A. Un système de présomptions établissant les conditions de la responsabilité des membres de l'entente

Les obligations probatoires de la victime sont allégées grâce à un système de présomptions, car la décision condamnant l'entente établit les conditions de la responsabilité de ses membres. Pour engager leur responsabilité, les trois conditions classiques de la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux sont nécessaires. Pour pallier les difficultés à rapporter de telles preuves, la faute et le préjudice sont déduits de l'entente entre concurrents (1), et le lien de causalité l'est de la condamnation de l'entente par l'autorité de concurrence (2).

²⁸⁴ LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

1. L'entente horizontale est une faute causant un préjudice

L'entente horizontale constitue irréfragablement une faute lorsqu'elle est condamnée par une autorité de concurrence (a). Il existe également une présomption, cette fois réfragable, de préjudice dans une telle situation (b), préjudice qu'il s'agira de quantifier par la suite.

a. Une présomption irréfragable de faute

La présomption est définie comme la "*conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu (...) à un fait inconnu (...) dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier, (...) qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu (...) difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu (...)*"²⁸⁵. La présomption sera dite absolue ou irréfragable lorsqu'elle ne "*peut être combattue par aucune preuve contraire (...)*"²⁸⁶, et simple ou réfragable si elle peut l'être²⁸⁷.

Le Code de commerce, auquel le Code de justice administrative renvoie, prévoit une présomption irréfragable de faute lorsque l'entente a été condamnée par une autorité de concurrence nationale ou européenne en son article L.481-2²⁸⁸. Mais comme évoqué précédemment, ces nouvelles dispositions n'ont pas encore été mises en application par le juge administratif à ce jour, à notre connaissance.

Pour rappel, la jurisprudence administrative antérieure avait "*tendance à déduire automatiquement l'existence du dol d'une qualification d'entente*"²⁸⁹ de la part des autorités de concurrence. Le Conseil d'Etat jugeait ainsi dès 2007 dans son arrêt "Campenon-Bernard"²⁹⁰ que : "*Considérant que la cour a suffisamment motivé son arrêt, au regard des*

285 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.795, sens 1.

286 *Ibid.*

287 *Ibid.*

288 "*Une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours. / Une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative au constat de l'existence et de l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle, prononcée par une autorité de concurrence ou par une juridiction de recours d'un autre Etat membre de l'Union européenne à l'égard d'une personne physique ou morale, constitue un moyen de preuve de la commission de cette pratique. / Lorsqu'une décision définitive de la Commission, statuant sur les accords, décisions ou pratiques relevant de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a constaté une pratique anticoncurrentielle prévue à ces articles et imputé cette pratique à une personne physique ou morale mentionnée à l'article L. 481-1, la juridiction nationale saisie d'une action en dommages et intérêts du fait de cette pratique ne peut, conformément au paragraphe 1 de l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté économique européenne, devenus articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prendre une décision qui irait à l'encontre de la décision adoptée par la Commission.*"

289 SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", op. cit.

290 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard.

moyens soulevés devant elle par les sociétés requérantes, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute et en qualifiant, au vu de l'instruction, de dolosif le comportement des entreprises ; (...)" (nous soulignons).

Selon Madame HASQUENOPH "[le] texte [l'ordonnance du 9 mars 2017], bien que non applicable en l'espèce, a inspiré"²⁹¹ l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 octobre 2020 "Société Mersen"²⁹². En effet, concernant la caractérisation des fautes des entreprises en cause et la charge de leur preuve, le Conseil d'Etat y valide la présomption selon laquelle : "la décision de la Commission européenne, qui n'a pas été annulée par les juridictions de l'Union européenne, suffisait à établir l'existence de manœuvres dolosives des sociétés requérantes, qui l'ont conduite à conclure des contrats dans des conditions de prix plus onéreuses que celles auxquelles elle aurait dû normalement souscrire, et, donc, l'existence de fautes de ces sociétés"²⁹³ (nous soulignons).

C'est le caractère définitif de cette décision de sanction qui n'a pas été remise en cause par un recours juridictionnel qui permet une telle présomption²⁹⁴, ainsi que le principe de primauté du droit de l'UE imposant le respect de la décision de la Commission européenne aux juridictions nationales²⁹⁵.

Si la jurisprudence antérieure à l'applicabilité des dispositions du Code de commerce reposait déjà sur un système de présomption pour caractériser la faute, il en va de même pour le préjudice mais avec une présomption simple (b).

b. Une présomption réfragable de préjudice

La question de la preuve du préjudice de la victime de l'entente est aujourd'hui réglée par l'article L. 481-7 du Code de commerce²⁹⁶, auquel renvoie le Code de justice administrative, qui pose une présomption simple d'existence d'un préjudice pour l'acheteur victime d'une entente horizontale. De surcroît, selon l'article L. 481-4 du même Code²⁹⁷,

291 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

292 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

293 *Ibid.*

294 MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *op. cit.*

295 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*, citant : "Règl. [CE] n° 1/2003, art. 16".

296 "Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice".

297 "L'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle".

l'acheteur direct ou indirect est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants, sauf preuve contraire apportée par l'auteur de la pratique.

La jurisprudence administrative antérieure considérait déjà que l'acheteur supportait un surcoût en contractant dans des conditions défavorables du fait du dol tiré de l'entente. En ce sens, le Conseil d'Etat jugeait dès 2007 dans son arrêt "Campenon-Bernard"²⁹⁸ que : *"Considérant que la cour a suffisamment motivé son arrêt, au regard des moyens soulevés devant elle par les sociétés requérantes, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute et en qualifiant, au vu de l'instruction, de dolosif le comportement des entreprises ; que, de même, elle n'a pas entaché son arrêt d'une insuffisance de motivation en jugeant que le préjudice subi par la S.N.C.F. correspondait au surcoût supporté à raison des manoeuvres dolosives des entreprises (...)"* (nous soulignons).

Face à cette situation, les entreprises mises en cause tenteront de démontrer que l'acheteur n'a pas subi de préjudice. En effet toutes les ententes en matière de commande publique, bien que sanctionnables par l'ADLC, n'ont pas pour finalité d'augmenter artificiellement les prix des marchés. Comme évoqué en introduction, une telle entente peut par exemple avoir pour objectif d'évincer un concurrent de toute attribution, par des prix temporairement à la baisse par rapport aux prix concurrentiels²⁹⁹. Des praticiens donnent encore l'exemple d'un *"marché public de travaux obtenu après entente mais dont l'exécution s'avérerait finalement significativement déficitaire pour l'attributaire du fait d'aléas d'exécution considérés comme inclus dans le prix forfaitaire [.] Y a-t-il encore un préjudice indemnisable pour le maître d'ouvrage ? Car il faut bien l'admettre, le délit ne paie pas toujours..."*³⁰⁰.

Cet état du droit conduit Maître DAL FARRA à recommander de saisir l'Autorité de la concurrence pour *"démontrer utilement l'existence et l'ampleur de l'entente"*³⁰¹ et bénéficier de cette présomption, même si cette saisine demeure juridiquement facultative pour engager un recours indemnitaire. L'intérêt de bénéficier d'une décision de condamnation de l'entente sera le même concernant le lien de causalité entre elle et le préjudice de la victime (2).

298 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard.

299 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

300 *Ibid.*

301 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

2. Un lien de causalité déduit de la condamnation de l'entente

Le Code de commerce et le Code de justice administrative établissent un lien de causalité entre le préjudice et l'entente une fois que cette dernière a été condamnée (a). Le juge administratif appliquait déjà ce raisonnement (b).

a. Une consécration législative de la présomption de lien de causalité

Le Code de commerce présume d'un lien de causalité entre le préjudice de la victime et l'entente en son article L. 481-7 du Code de commerce : "*Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice*" (nous soulignons). Le lien de causalité est donc entendu largement en ce qu'il ne distingue pas les situations des différents membres de l'entente. Il est donc déduit contre l'ensemble de ses co-auteurs. Cela était déjà le cas dans la jurisprudence administrative (b).

b. Une origine jurisprudentielle de la présomption

Vis-à-vis du cocontractant de l'acheteur, la jurisprudence administrative jugeait déjà que sa participation à une entente établissait le lien de causalité. Le Conseil d'Etat jugeait ainsi dès 2007 dans son arrêt "Campenon-Bernard"³⁰² que : "*Sur les moyens relatifs au préjudice et au lien de causalité : (...) / Considérant qu'en retenant qu'il existait entre les agissements dolosifs des entreprises en cause et l'excès de prix supporté par la S.N.C.F. pour l'exécution des travaux un lien de causalité engageant la responsabilité de ces entreprises, la cour, qui a souverainement apprécié l'existence de ce lien de causalité, n'a pas commis une erreur de qualification en lui attribuant un caractère direct ; (...)*" (nous soulignons).

Mais vis-à-vis des tiers au contrat, deux raisonnements peuvent être mobilisés. Le premier, quand le cocontractant de l'administration a participé à l'entente, a été exposé dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 2020 "Département de l'Orne"³⁰³, où le juge administratif a indiqué que :

302 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard.

303 CE, 27 mars 2020, n°421758, Département de l'Orne.

"lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire" (nous soulignons).

Ainsi, le Conseil d'Etat a bien considéré qu'il existait un lien de causalité direct entre l'entente et le préjudice de la victime, en ce compris vis-à-vis des co-auteurs de l'entente non-attributaires du contrat³⁰⁴. Maître LE CHATELIER expose le fondement de ce point de la décision³⁰⁵ en rappelant que *"le préjudice résultant de l'entente n'a été rendu possible que par l'intervention fautive des entreprises ayant refusé de concurrencer la société attributaire, justifiant l'existence d'un lien de causalité entre leurs agissements et le dommage subi"*³⁰⁶.

Le second raisonnement envisageable concerne l'application de la théorie des effets d'ombrelle sur les prix, qui sera développée plus avant. Elle conduit le juge administratif à déduire le lien de causalité de la décision de condamnation de l'entente³⁰⁷ quand le cocontractant de la victime n'a pas participé à l'entente. C'est ce que relève Madame HASQUENOPH à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat de 2020 "Société Mersen"³⁰⁸, où il admet qu'en application de cette théorie la SNCF, victime de l'entente, peut mettre en cause les membres de l'entente car son cocontractant, extérieur à cette pratique, a augmenté ses prix à cause du cartel : *"l'existence du lien de causalité est déduite de la décision de la Commission européenne, qui avait relevé que l'entente avait eu des « effets anticoncurrentiels réels » sur le marché et avait conduit à des « augmentations générales des prix » (Décis. 3 déc. 2003, n° 2004/420, pt 281 ; v. CAA Paris, 13 juin 2019, n° 14PA02419, Société Mersen)"*³⁰⁹.

La conséquence d'une telle déduction est que la décision de la Commission européenne a suffi à établir le lien de causalité devant le juge administratif entre le dommage de la victime et l'entente de tiers au contrat.

304 DREYFUS J.-D., "Responsabilité solidaire des sociétés en cas d'entente anti-concurrentielle dans le cadre d'un marché public", *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2020, n°7, p.341-342.

305 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

306 *Ibid.*

307 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

308 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

309 *Ibid.*

Ainsi, grâce à l'établissement de l'ensemble des conditions de responsabilité quasi-délictuelle par la décision de l'autorité de concurrence, l'acheteur victime n'a pas à apporter de preuves supplémentaires s'il n'est pas contredit, sauf pour la faute établie en tout état de cause. Cela démontre bien que les décisions des autorités de concurrence et du juge administratif suivent un chemin commun et que la seconde se nourrit de la première en vue d'un même objectif de protection de l'ordre public concurrentiel. La même démarche est à l'œuvre concernant l'imputation du dommage de la victime (B).

B. Une imputabilité du dommage intégrant les spécificités de l'entente

Un fait dommageable imputable est celui qui "*peut être retenu à la charge d'une personne en raison de ce que ce fait (supposé illicite) provient bien de sa part (de son fait personnel ou du fait d'une personne ou d'une chose dont elle doit répondre) [et] non d'une cause étrangère*"³¹⁰. L'imputation est donc "*le fait d'imputer quelque chose à quelqu'un afin de lui en faire grief, de lui attribuer un acte à lui reprocher*"³¹¹. Aussi, le lien entre le fait dommageable et le responsable du dommage est entendu largement, pour embrasser à la fois la structure de l'entente et ses effets. La responsabilité solidaire des membres de l'entente saisit sa structure (1), tandis que ses effets sont appréhendés par la responsabilité pour les effets d'ombrelle sur les prix du cocontractant de l'acheteur (2).

1. Une responsabilité solidaire des membres de l'entente

La responsabilité solidaire de débiteurs d'une obligation de réparation correspond à une "solidarité passive" selon laquelle chacun des débiteurs "*est tenu du tout à l'égard du créancier*"³¹². L'article L. 481-9 du Code de commerce retient la responsabilité solidaire des personnes ayant concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle.

Il faut distinguer au sein de la responsabilité solidaire la question de l'obligation à la dette, qui sera réglée par le juge (a), de celle de la contribution à la dette qu'il n'aura pas à régler s'il n'en est pas saisi (b).

310 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.526, sens 1.

311 *Ibid.*, p. 527, sens 4.

312 *Ibid.*, p. 976, sens 4.

a. L'obligation à la dette de réparation

Cette responsabilité solidaire automatique des auteurs d'une entente est désormais consacrée à l'article L. 481-9 du Code de commerce³¹³, auquel renvoie le Code de justice administrative. Cette solution est favorable aux victimes, en leur permettant de "*demandeur paiement à l'un quelconque des codébiteurs de la totalité de la dette*"³¹⁴, et ce quelque soit leur degré d'implication dans l'entente du moment qu'ils en sont reconnus co-auteurs par la décision de l'autorité de concurrence. Ainsi, chaque membre de l'entente ayant vicié un marché public est responsable individuellement pour l'ensemble du préjudice de l'acheteur.

Avant que les dispositions du Code de commerce ne soient applicables, il résultait déjà de la jurisprudence administrative que l'acheteur victime d'une entente avait la possibilité de rechercher "*la responsabilité solidaire de l'ensemble des entreprises ayant participé à l'entente, y compris celles avec lesquelles elle n'a pas contracté*"³¹⁵. Ainsi, concernant le bien-fondé de la demande indemnitaires dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 2020 "Département de l'Orne"³¹⁶, le juge administratif indique que : "*lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire*" (nous soulignons), ce qui le conduit à rejeter le pourvoi de la société requérante.

Le Professeur DREYFUS remarque à propos de cette décision que le Conseil d'Etat a ici dégagé "*prétoriennement*" (selon le terme même de son rapporteur public) le principe de responsabilité solidaire des sociétés en cas d'entente anticoncurrentielle dans le cadre d'un contrat de commande publique³¹⁷. En effet auparavant seuls les cocontractants de la victime ayant vicié son consentement par un dol pouvaient être exposés à une action en

313 "*Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage*".

314 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*, citant : "M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, 2020, 4e éd., t. 2, n° 235, p. 268".

315 UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anti-concurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 12, p. 27-28 ; dans le même sens : MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *op. cit.*

316 CE, 27 mars 2020, n°421758.

317 DREYFUS J.-D., "Responsabilité solidaire des sociétés en cas d'entente anti-concurrentielle dans le cadre d'un marché public", *op. cit.*

responsabilité³¹⁸. Par ces arrêts du 27 mars 2020, "*le Conseil d'État met fin à cette forme d'impunité et renforce les droits des pouvoirs adjudicateurs à être effectivement indemnisés des préjudices subis*"³¹⁹ par n'importe quel membre de l'entente, "*indépendamment finalement de leur niveau d'implication dans celle-ci*"³²⁰.

La condamnation de la société Lacroix par l'Autorité de la concurrence pour avoir participé à l'entente en cause amène, selon la Professeure UBAUD-BERGERON, le juge administratif a opéré une double déduction : d'une part celle du lien de causalité entre sa faute et le préjudice de la victime, d'autre part "*que sa condamnation solidaire pouvait être prononcée*"³²¹.

Il est possible de détailler les conditions d'engagement de la responsabilité solidaire des entreprises en se rapportant aux conclusions de la rapporteure publique dans cette affaire, Madame LE CORRE. Une telle "*condamnation solidaire des coauteurs d'un même dommage*"³²² est possible puisqu'ils ont concouru "*indissociablement*" à "*l'entier dommage*" ce dernier étant "*tiré d'une cause - l'entente - qui est commune à l'ensemble des sociétés qui l'ont fait naître*".

En conséquence, cette responsabilité solidaire ne saurait s'appliquer aux entreprises qui ont pu être membre de l'entente pendant une certaine durée, mais pas lors de la procédure de passation d'un marché vicié. La Rapporteure publique indiquait sur ce sujet que "*c'est à l'entreprise membre du cartel et condamnée comme telle de démontrer, le cas échéant, qu'elle n'y était pas entrée ou en était sortie au moment de la détermination des liens contractuels avec la personne publique*". Cette question concernait en l'espèce la société Morgan Carbon France, qui était devenue la filiale d'une des sociétés membres de l'entente en 1997. Or la CAA avait retenu sa responsabilité même avant cette date, alors qu'elle ne pouvait en rien être impliquée dans l'entente. Une erreur de droit de la Cour a donc été relevée sur ce point. Ainsi, le seul moyen d'exonération de responsabilité d'une entreprise membre d'une entente ayant vicié un marché public sera de prouver qu'au moment du dépôt d'offres viciées, elle n'en était pas ou plus membre.

318 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

319 *Ibid.*

320 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

321 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

322 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

Aussi, dans son arrêt "Société Mersen" de 2020³²³, le Conseil d'État rappelle que : *"lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire"* (nous soulignons).

D'un point de vue indemnitaire, il est fait application du principe *"selon lequel plusieurs personnes peuvent être condamnées solidairement dès lors que leurs fautes respectives ont contribué à causer le préjudice dans sa globalité [CE, 20 septembre 1999, n° 163141]"*³²⁴ selon Maître GASPAR.

Du point de vue du droit de la concurrence et du fonctionnement interne d'une entente horizontale, cette responsabilité solidaire est saluée par Madame GRANDVUILLEMIN, qui estime qu'elle *"se justifie d'autant plus dans le cadre d'ententes globales (...) ayant pour objet un partage de marchés fonctionnant sur la base de compensation entre les entreprises, alternativement attributaires des marchés pour lesquels elles ont été pré-désignées"*³²⁵. Ainsi, l'apparente sévérité de cette solution, particulièrement pour les membres de l'entente tiers au contrat, voir ceux n'ayant pas déposé d'offre pour ce marché en particulier, doit être mise en perspective.

Une telle responsabilité solidaire permet également de sécuriser l'indemnisation de la victime, dès lors qu'au moment de leur condamnation certains co-auteurs de l'entente peuvent avoir disparu ou fait l'objet d'une liquidation³²⁶. Reste à déterminer la contribution de chaque co-auteur à la dette de réparation (b).

323 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

324 GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

325 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

326 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

b. La contribution à la dette de réparation

La question de la contribution à la créance indemnitaire est réglée à l'article L. 481-9 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, qui prévoit que les co-auteurs "(...) *contribuent entre [eux] à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage*".

Le juge ne sera pas forcément saisi de cette question et il ne s'agit pas d'une question d'ordre public sur laquelle il devrait obligatoirement se prononcer. La question pourra donc se régler par des recours récursoires entre co-auteurs de l'entente. En effet, à propos de cette "*répartition des conséquences indemnitaires de la condamnation*"³²⁷, il demeure possible pour les sociétés mises en cause de présenter devant le juge du fond des conclusions tendant à ce que leurs parts respectives de contribution à la dette soient déterminées. Mais si de telles conclusions n'étaient pas présentées, le juge n'est pas tenu de procéder de sa propre initiative à une répartition de leur dette envers la victime. Le Conseil d'Etat a statué en ce sens dans son arrêt CE, 27 mars 2020, n° 421758, "Département de l'Orne" : "*4. En troisième lieu, la société requérante n'a pas présenté devant les juges du fond de conclusions tendant à ce que soit déterminée la part de la contribution à la dette de chacune des sociétés condamnées solidairement. Elle ne peut, par suite, utilement soutenir devant le juge de cassation que la cour administrative d'appel de Nantes aurait entaché son arrêt d'erreur de droit en ne procédant pas à cette répartition*" (nous soulignons).

Ainsi, dans le cadre de cette responsabilité solidaire, la victime a le choix dans l'exercice de son recours : elle peut soit l'exercer contre tous les membres de l'entente, soit contre un seul co-auteur pour l'intégralité de son indemnisation, à charge par la suite pour lui d'exercer une action récursoire contre ses codébiteurs³²⁸.

De surcroît, "*le Conseil d'État (...) apporte une précision intéressante relative au montant de l'indemnité due*"³²⁹ par les auteurs de l'entente dans ce dernier arrêt de 2020³³⁰. Il juge que l'évaluation de la contribution individuelle en indemnisation de chaque membre de l'entente est distincte des constats opérés par l'ADLC : "*en jugeant que les montants respectifs des*

327 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.* dans le même sens : MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *op. cit.*

328 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

329 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

330 CE, 27 mars 2020, n° 421833, "Département de l'Orne".

amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre des entreprises sanctionnées pour leur participation à une entente dans le secteur de la signalisation routière, qui avaient été fixés compte tenu de leur part de responsabilité dans l'atteinte globale à l'économie, ne pouvaient, eu égard à leur objet, servir de clef de répartition pour déterminer la part de chacune d'entre elles dans le préjudice effectivement subi par le département de l'Orne, la cour n'a pas commis d'erreur de droit" (nous soulignons).

En conséquence, l'appréciation opérée par l'ADLC quant à la part de chaque co-auteurs dans le dommage à l'économie ne peut pas avoir d'incidence à l'heure de l'appréciation de leur part de responsabilité dans la survenance du préjudice de la victime. En d'autres termes, *"l'appréciation faite par l'autorité concurrentielle (public enforcement) n'a pas d'incidence sur l'appréciation dans le cadre de la réparation indemnitaire du préjudice (private enforcement)"*³³¹ sur ce sujet.

Par cette décorrélation des montants d'amende sanctionnant l'entente et d'indemnité réparant le préjudice de la victime, la Professeure UBAUD-BERGERON estime que la fonction réparatrice de la responsabilité est confortée. Elle se distingue ainsi des sanctions infligées par l'ADLC se prononçant *"au regard de l'ordre public économique (...) pour apprécier globalement le dommage causé à l'économie et déterminer ainsi le montant de la sanction pécuniaire à infliger à l'entreprise fautive"*³³².

Pour en finir sur ce sujet, cette responsabilité solidaire des membres de l'entente saisit la structure de l'entente, et rejoint l'idée que retient l'ADLC de tromperie de l'acheteur opérée par l'ensemble de ses membres. D'une tromperie de l'acheteur par des membres d'une entente dont certains auraient contracté avec lui, on doit aussi envisager la tromperie opérée sur l'ensemble du marché économique en cause, et qui impacterait la victime (2).

2. L'extension de la responsabilité aux effets d'ombrelle sur les prix du cocontractant de l'acheteur non-membre de l'entente

La théorie des effets d'ombrelle sur les prix du co-contractant de la victime de l'entente est un concept issu du droit de l'Union européenne et spécifique aux ententes horizontales (a).

331 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 7, p. 21-22.

332 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

Le juge administratif français l'a adoptée en cette matière (b).

a. Une reconnaissance initiale en droit de l'Union européenne

Le Conseil d'Etat reprend dans son arrêt du 12 octobre 2020 "Société Mersen"³³³ le principe du juge européen selon lequel : "10. (...) les entreprises dont les pratiques anticoncurrentielles ont eu pour effet d'augmenter le prix de marchés conclus par leurs victimes sont susceptibles d'engager leur responsabilité du fait de ce surcoût, alors même que ces marchés ont été conclus avec des entreprises ne participant pas à cette entente. Par suite, la cour n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la SNCF était fondée à demander l'engagement de la responsabilité de sociétés dont les pratiques anticoncurrentielles ont eu pour effet d'augmenter le prix de marchés qu'elle a conclus avec la société Gerken, qui n'était pas membre du cartel mentionné au point 2." (nous soulignons).

D'après les auteurs spécialistes de l'indemnisation du préjudice anticoncurrentiel, un effet d'ombrelle peut se produire "*sur des achats réalisés auprès d'un fournisseur extérieur à une entente, mais peut-être renchérissés eux aussi*"³³⁴ à cause de cette entente, qui place ces achats sous son "ombrelle". Pour le définir, "*il y a effet d'ombrelle lorsque des entreprises, qui ne sont pas elles-mêmes parties à une entente (...), fixent, délibérément ou non, dans le sillage des agissements de cette entente, leurs propres prix à un niveau plus élevé que ce que les conditions de concurrence leur auraient permis de faire autrement*"³³⁵. Et concrètement en matière de marchés publics, "*cette hausse des prix se répercute sur leurs cocontractants ; c'est ici que l'on peut retrouver la personne publique qui supporte un surcoût du fait de l'entente à laquelle son cocontractant n'a pourtant pas participé*"³³⁶.

C'est le juge de l'Union européenne qui a permis d'engager la responsabilité des membres d'une entente dans les situations où "*le cocontractant de la personne publique a augmenté ses prix alors même qu'il ne participait pas à l'entente*"³³⁷. Dans l'arrêt de la CJUE " Kone AG" de

333 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

334 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

335 *Ibid.*, d'après la définition donnée par l'av. gén. Kokott, concl. présentées le 30 janv. 2014, aff. C-557/12. Selon Madame HASQUENOPH, "*on parle d'effet d'ombrelle lorsque des entreprises qui ne participent pas à une entente profitent du renchérissement du niveau des prix sur le marché résultant de cette entente pour fixer leurs propres prix de vente à un niveau supérieur au prix d'équilibre*" en se plaçant "*sous l'ombrelle*" de l'entente. (HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*).

336 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

337 *Ibid.*

2014³³⁸, la Cour a estimé que : *"la victime d'un prix de protection (« umbrella pricing ») peut obtenir la réparation du dommage subi par les membres d'une entente, quand bien même elle n'aurait pas eu de liens contractuels avec ceux-ci, dès lors qu'il est établi que cette entente était, selon les circonstances de l'espèce et, notamment, les spécificités du marché concerné, susceptible d'avoir pour conséquence l'application d'un prix de protection par des tiers agissant de manière autonome, et que ces circonstances et spécificités ne pouvaient être ignorées par les membres de ladite entente. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si ces conditions sont réunies"*³³⁹.

Comme l'indique Madame HASQUENOPH, cette théorie économique des effets d'ombrelle soulève la question juridique fondamentale de *"l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage"*³⁴⁰. L'auteure se réfère aux conclusions de l'Avocat Général Julianne Kokott qui a indiqué dans ses conclusions de l'arrêt Kone AG³⁴¹ *"qu'un lien de causalité "suffisamment direct" était nécessaire afin que les membres de l'entente ne soient pas tenus de réparer "à l'infini tous les dommages possibles ni les dommages très éloignés" causés par l'entente (J. Kokott, concl. préc., pt 33)"*³⁴². Le juge de l'Union a ainsi conditionné son établissement à la démonstration que l'entente était : *"selon les circonstances de l'espèce et, notamment, les spécificités du marché concerné, susceptible d'avoir pour conséquence l'application d'un prix de protection par des tiers agissant de manière autonome, et que ces circonstances et spécificités ne pouvaient être ignorées par les membres de ladite entente"*³⁴³.

La théorie des effets d'ombrelle a par la suite été consacrée dans la directive *Damages* 2014/104/UE du 26 novembre 2014 en son point 13³⁴⁴ puis adoptée par le juge administratif français (b).

b. Une adoption des effets d'ombrelle par le juge administratif français

En décidant dans son arrêt du 12 octobre 2020 "Société Mersen"³⁴⁵ que : *"10. (...) les entreprises dont les pratiques anticoncurrentielles ont eu pour effet d'augmenter le prix de*

338 CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone AG et a. c/ Öbb-Infrastruktur AG.

339 *Ibid.*, § 34.

340 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

341 CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12, Kone AG et a. c/ Öbb-Infrastruktur AG.

342 *Ibid.*

343 CJUE, 5 juin 2014, *op. cit.*

344 *"Le droit à réparation est reconnu à toute personne physique ou morale — consommateurs, entreprises et autorités publiques, sans distinction —, indépendamment de l'existence d'une relation contractuelle directe avec l'entreprise qui a commis l'infraction, (...)".*

345 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

marchés conclus par leurs victimes sont susceptibles d'engager leur responsabilité du fait de ce surcoût, alors même que ces marchés ont été conclus avec des entreprises ne participant pas à cette entente.(...)", le juge administratif français adopte la théorie des effets d'ombrelle sur les prix, et consacre le fait que la responsabilité des membres de l'entente peut également être recherchée *"dans le cas où le contrat a été conclu avec une société n'ayant pas elle-même participé à l'entente, mais qui a été conduite à augmenter ses prix du fait de l'existence de ce cartel, en raison de "l'effet ombrelle" provoqué par ce dernier"*³⁴⁶.

Il faut noter que le Conseil d'Etat a été *"la première juridiction française"*³⁴⁷ à se référer à la théorie des effets d'ombrelle, ce qui selon la doctrine démontre *"la "sophistication" de son analyse"*³⁴⁸. La conséquence d'une telle solution est d'assouplir considérablement *"les conditions d'appréciation"*³⁴⁹ du lien de causalité entre la faute (l'entente) et le préjudice subi (le surcoût), comme évoqué précédemment.

En principe l'établissement du lien de causalité en pareil cas ne devrait pas être possible, puisque dans cette situation le préjudice découle d'un contrat avec un tiers à l'entente qui a de son fait augmenté ses prix. Cette solution extensive est donc finalisée, comme le relève la Professeure UBAUD-BERGERON³⁵⁰. D'après elle, le fait que les co-auteurs de l'entente soient tenus responsables du renchérissement des prix de sociétés extérieures à l'entente poursuit une double finalité : d'une part permettre l'effet utile du TFUE prohibant les ententes, donc de *"garantir l'efficacité des règles de concurrence"*³⁵¹, d'autre part d'assurer une protection effective des victime d'un surcoût découlant de telles pratiques. En amont, en dissuadant les entreprises, et en aval en assurant leur indemnisation, car *"retenir une conception trop restrictive de la responsabilité des cartellistes éliminerait tout effet dissuasif des règles de concurrence et favoriserait les infractions"*³⁵².

Cette solution est donc largement approuvée en doctrine, certains auteurs la qualifiant de *"parfaitement logique"*³⁵³. La double finalité de cette théorie des effets d'ombrelle est également partagée par Madame HASQUENOPH qui, en conclusion d'un article sur ce

346 UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anti-concurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *op. cit.*

347 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

348 *Ibid.*, citant : "R. Amaro et B. Thomas, *Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles*, *Concurrences* 2020, n° 1, p. 218."

349 UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anti-concurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *op. cit.*

350 *Ibid.*

351 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

352 *Ibid.*, d'après J. Kokott, concl. préc., pts 60 et 65.

353 MARTIN J. (dir.), PELLISSIER G. (dir.), GABAYET N. (collaboration), "Chronique de droit des contrats publics Décisions de septembre à décembre 2020", 1re partie, *JCP A*, 2021, n° 5, p.13-20.

sujet³⁵⁴, élargit son propos en considérant le mouvement général de la jurisprudence administrative. Elle indique que *"la jurisprudence administrative récente tend donc à reconnaître à l'action indemnitaire des personnes publiques un champ extrêmement vaste. Protectrice des personnes publiques victimes et sévère à l'égard des entreprises contrevenant au droit de la concurrence, elle révèle le souci du juge administratif de participer pleinement à la protection du libre jeu de la concurrence sur le marché. Le contentieux administratif du private enforcement s'affirme ainsi, de plus en plus, comme instrument de dissuasion des comportements anticoncurrentiels et de préservation de l'ordre public concurrentiel"*³⁵⁵.

Ainsi, l'emploi de cette théorie permet de saisir les effets économiques d'un cartel. Ce sont donc l'ensemble des membres d'une entente ayant affecté la procédure de passation d'un marché public qui peut être mis en cause solidairement, que ces sociétés soient *"attributaires ou non des marchés, candidates ou non candidates, (...) peu importe également que les marchés aient finalement été attribués à des entreprises tierces, n'ayant pas participé à l'entente"*³⁵⁶. Madame GRANDVUILLEMIN conclut à ce sujet que *"c'est donc véritablement le constat d'une affectation ou d'un risque d'affectation de la procédure de passation par l'entente, indépendamment du résultat de celle-ci, qui conduit le juge à retenir la responsabilité solidaire de toutes les entreprises ayant participé à l'entente"*³⁵⁷.

Cela ne peut qu'inciter les victimes à faire œuvre de patience dans leur stratégie indemnitaire, en bénéficiant de toutes les vertus tirées des décisions des autorités de concurrence³⁵⁸. Le préjudice indemnisable sera déterminé en fonction des voies de droit qu'elles choisiront d'exercer (Partie II).

354 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

355 *Ibid.*

356 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

357 *Ibid.*

358 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

PARTIE II. Un contenu du préjudice indemnisable déterminé par les voies de droit choisies par la victime

La jurisprudence fixant le contenu du préjudice indemnisable en la matière s'est précisée avec le temps³⁵⁹. Aujourd'hui la victime a le choix entre trois actions pour faire face à une entente viciant son consentement³⁶⁰, et le contenu de son préjudice indemnisable dépendra de la voie de droit exercée : un recours en annulation du contrat (par la contestation de sa validité pendant son exécution ou visant son annulation une fois le contrat exécuté), ou un recours en indemnisation sur un fondement quasi-délictuel, ou un cumul des deux. Sera d'abord évoqué le cumul de recours en annulation du contrat et en indemnisation des préjudices qui pourraient subsister (I), avant d'envisager le recours indemnitaire seul (II).

I. L'indemnisation en cas de cumul des recours en annulation du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle

Le choix de l'exercice concomitant de ces deux recours dépendra de la stratégie adoptée par la victime, notamment au regard de l'objet du marché public en cause et du contexte global dans lequel s'inscrit l'entente. Le Conseil d'Etat indique dans son considérant de principe de l'arrêt de 2020 "Département de la Seine-Maritime"³⁶¹ que : *"lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi-délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif"*³⁶² (nous soulignons). Ce cumul d'actions a été confirmé dans les mêmes termes par le juge administratif suprême dans un arrêt du 17 juin 2022³⁶³ se prononçant sur le contenu des dépenses utiles à l'acheteur que son cocontractant peut se voir rembourser.

359 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

360 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 11, p. 7-12.

361 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine-Maritime.

362 *Ibid.*, §2.

363 CE, 17 juin 2022, n° 454189, T.

La Professeure UBAUD-BERGERON remarque que le Conseil d'Etat vient ici confirmer l'alternative ouverte dans son arrêt "Campenon-Bernard" de 2007³⁶⁴, où il avait déjà indiqué que : "*les actions en nullité devant le juge du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle auxquelles peut donner lieu un dol viciant le consentement d'une partie à entrer dans des liens contractuels sont indépendantes l'une de l'autre et qu'il appartient à la partie qui en a subi les effets de choisir de s'engager dans l'une ou l'autre des deux actions, ou dans les deux*"³⁶⁵ (nous soulignons).

L'arrêt du 10 juillet 2020³⁶⁶ a donc pour conséquence que l'acheteur victime d'une entente pourra saisir cumulativement s'il le souhaite, le juge administratif d'une action en annulation du contrat pour dol, et d'une action en responsabilité quasi-délictuelle de son cocontractant³⁶⁷, même après l'exécution du contrat³⁶⁸. Il sera développé ci-après qu'une telle solution avait été implicitement retenue dès 2019 par le Conseil d'Etat, puis admise explicitement par la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Paris.

Toutefois, on doit nécessairement relever l'évolution dans les termes employés par le juge administratif entre 2007 et 2020 : des "*actions en nullité devant le juge du contrat*"³⁶⁹ initialement, il est désormais fait référence aux "*conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux*". La clef de lecture de cette évolution réside dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 décembre 2009 "Commune de Béziers I"³⁷⁰, qui a substantiellement modifié les conditions du recours de plein contentieux des parties au contrat³⁷¹ en fixant les modalités du recours en contestation de sa validité. En effet, le juge n'est plus, à compter de 2009, "*en situation de constater la nullité du contrat, comme l'évoque la décision de 2007, mais doit prononcer l'annulation du contrat*"³⁷² dans certaines situations. Ainsi, la décision de 2020 vient actualiser la solution issue de l'arrêt de "Campenon-Bernard" sans en modifier la portée³⁷³. En effet, selon la jurisprudence "Béziers I", le dol constitue un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du marché.

364 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 10, p. 26-27.

365 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Sté Campenon Bernard.

366 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine-Maritime.

367 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

368 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.* Dans le même sens : CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

369 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Sté Campenon Bernard.

370 CE, Ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers.

371 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

372 *Ibid.*

373 *Ibid.*

Il s'agit bien de distinguer les deux recours selon leur "*nature*"³⁷⁴, le premier recours mentionné étant une action contractuelle visant à obtenir l'annulation du contrat, le second une action en responsabilité quasi-délictuelle visant à réparer le préjudice issu de la faute que constitue l'entente. En synthèse sur la portée de ces décisions de 2007 et 2020, la Professeure UBAUD-BERGERON insiste sur la liberté laissée à la victime du dol dans le "*choix du fondement de son action, qu'elle peut cumuler*"³⁷⁵ ou non. Et cela montre bien la spécificité du dol en tant que vice du consentement, à même de fonder une action en annulation du contrat, et un recours indemnitaire en tant qu'il constitue également une faute. Cette double face rejoint l'effet dual d'une entente affectant un marché public, qui réduit ou supprime la concurrence entre opérateurs économiques en viciant le consentement de l'acheteur d'une part et en lui faisant supporter un préjudice de surcoût³⁷⁶ d'autre part. Pour reprendre les termes des conclusions du rapporteur public Monsieur BOULOUIS sur l'arrêt "Campenon-Bernard", c'est pour cela qu'il s'agit d'une exception au principe selon lequel "*une partie au contrat ne peut engager la responsabilité de son cocontractant sur un fondement autre que celui de la responsabilité contractuelle*"³⁷⁷, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation qui expose que : "*le droit de demander la nullité d'un contrat (...) n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi*" (Cass. 1re civ., 4 février 1975, Bull. civ. I, n° 43)³⁷⁸.

La jurisprudence administrative a consacré un recours en annulation une fois le contrat exécuté, pendant une durée de cinq ans après la découverte du dol (A). Cette annulation entraînera la disparition rétroactive du contrat, des restitutions réciproques entre les parties et donc une absence de surcoût à indemniser. Dans ce cadre, le recours en responsabilité quasi-délictuelle subséquent permettra de réparer les éventuels préjudices résiduels qui subsisteraient malgré les restitutions réciproques (B).

374 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

375 *Ibid.*

376 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

377 Conclusions Nicolas Boulouis sur CE 19 décembre 2007, req. n° 268918, citées par CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

378 Cité par CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

A. La consécration d'une action en annulation post-exécution contractuelle

La victime a désormais la possibilité d'exercer un recours en annulation contractuelle, une fois le contrat exécuté, pendant une durée de cinq ans après la découverte du dol (1). Les restitutions qui en découleront empêcheront de caractériser un préjudice tiré du surcoût qui aurait été payé (2).

1. La possibilité de demander l'annulation du contrat pour dol pendant cinq ans après sa découverte

Si initialement il était envisageable pour une partie à un contrat de contester sa validité pendant toute son exécution (a), une action en annulation est également envisageable pendant 5 ans après la découverte du dol viciant son consentement (b).

a. La reconnaissance de la recevabilité du recours des parties en contestation de la validité du contrat pendant toute la durée de son exécution

En application de la jurisprudence "Béziers I" de 2009³⁷⁹ sur le recours en contestation de la validité d'un contrat administratif ouvert aux parties, le dol est un "*vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (...)*" justifiant l'annulation d'un contrat administratif.

De façon générale, le Conseil d'Etat a indiqué dans son arrêt du 1er juillet 2019 "Association pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon"³⁸⁰ que la possibilité pour une partie de former un recours en contestation de la validité du contrat était ouverte pendant sa durée d'exécution (notion que l'on doit "*entendre au sens large c'est-à-dire non seulement son exécution matérielle mais aussi financière, soit...jusqu'au décompte définitif du marché*")³⁸¹ en jugeant que : "3. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein

379 CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802 : "*Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; (...)* en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation" (nous soulignons)

380 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon, Lebon.

381 Concl. Mme Le Corre sur CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités.

contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. (...) Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci" (nous soulignons). En conséquence, et comme le relève le Professeur MARTIN, cela signifie que *"la prescription quinquennale [du Code civil] n'était pas applicable à l'action en annulation introduite par l'une des parties pendant toute la durée du contrat"*³⁸².

Dans cette décision de 2019, le Conseil d'Etat ne tranchait pas explicitement la question de la possibilité d'agir au-delà de la fin de l'exécution du contrat. La question dans cette affaire était de savoir si la conclusion du contrat déclenchait une prescription de l'action en contestation de la validité, qui aurait pu empêcher une telle action au terme de la prescription bien que l'exécution se poursuive. Le Conseil d'Etat répond par la négative puisque *"3. (...) Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci."* Cependant, ouvrir cette faculté aux parties *"pendant toute la durée d'exécution"* du contrat ne signifiait pas nécessairement qu'elle était envisageable uniquement au cours de l'exécution.

Ainsi, cet arrêt ne se prononçait pas explicitement sur la possibilité d'agir en nullité après la fin de l'exécution contractuelle. La précision a ensuite été apportée, spécifiquement en matière de dol anticoncurrentiel (b).

b. L'admission de la recevabilité du recours en annulation au-delà de l'exécution contractuelle pendant cinq ans à compter de la découverte du dol

D'après le Professeur LICHÈRE, le premier apport de l'arrêt du Conseil d'Etat "SNCF Mobilités" du 22 novembre 2019³⁸³ est la reconnaissance d'une action en annulation post-contractuelle. Il faut en effet remarquer que cet arrêt est postérieur à celui concernant l'affaire du musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon³⁸⁴, et qu'il est publié aux Tables du recueil Lebon. Le second est donc de nature à compléter utilement l'apport du premier.

Selon ce Professeur, cette solution implique *"implicitement mais nécessairement la possibilité de demander l'annulation une fois le contrat exécuté, que l'on peut appeler action en annulation post-contractuelle"*³⁸⁵ car le Conseil d'Etat statue dans les termes suivants : *" I. II*

382 MARTIN J., "L'application de la prescription du Code civil aux actions en nullité et en responsabilité délictuelle consécutives à un dol", *op cit.*

383 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

384 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon, Lebon.

385 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SNCF a conclu en 1993 deux marchés portant sur des travaux de génie civil nécessaires à la réalisation de la gare de Magenta (lot n° 34 B du projet EOLE) et de la gare souterraine Saint-Lazare Condorcet à Paris (lot n° 37 B du projet EOLE). Le lot n° 37 B a été attribué à un groupement dont les membres ont constitué une société en participation comprenant la société Bouygues. (...) / 2. Le 14 mars 2011, la SNCF, aux droits de laquelle est venu SNCF Mobilités, a saisi le tribunal administratif de Paris de conclusions tendant notamment (...) Le 1er juillet 2014, elle a en outre demandé au tribunal d'annuler le marché correspondant au lot n° 37 B. (...) / 7. (...) De même, pour rejeter comme prescrite la demande de la SNCF, présentée au tribunal administratif le 1er juillet 2014, relative à l'annulation du marché correspondant au lot n° 37 B et à la condamnation des sociétés Bouygues et Bouygues Travaux Publics à lui verser une indemnité en conséquence, la cour administrative d'appel de Paris a retenu que la SNCF avait nécessairement eu connaissance des pratiques anticoncurrentielles provoquant le dol dont elle s'estime victime au plus tard le 4 juillet 1997, date à laquelle elle s'était constituée partie civile à l'occasion de la procédure pénale visant ces pratiques, ce dont elle a déduit que la prescription était en tout état de cause acquise depuis le 4 juillet 2002. (...) / 9. Il résulte de ce qui précède qu'en se fondant sur les éléments qu'elle a pris en considération pour juger que la SNCF avait une connaissance suffisante de son dommage dès le 4 juillet 1997 et retenir en conséquence cette date comme point de départ de la prescription, initialement de dix ans, applicable à la demande en responsabilité quasi-délictuelle de la SNCF comme de la prescription de cinq ans, applicable à son autre demande [de nullité pour dol], la cour administrative d'appel a dénaturé les pièces du dossier. / 10. Il s'ensuit, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que SNCF Mobilités est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il a rejeté ses conclusions d'appel. " (nous soulignons).

Ainsi, "l'action en annulation d'un contrat administratif à la demande d'une partie – dit « recours Béziers I » – peut être introduite et a fortiori jugée une fois le contrat entièrement exécuté"³⁸⁶. L'auteur reconnaît tout de même qu'il s'agissait là d'une solution implicite car la question "n'était pas débattue devant le Conseil d'État"³⁸⁷. Toutefois d'après ce Professeur cela résulterait des conclusions de la rapporteure publique Mme LE CORRE et des faits de l'espèce, les contrats passés en 1993 ayant nécessairement été exécutés en 2014 lors de

386 *Ibid.*

387 *Ibid.*

l'introduction du recours en annulation³⁸⁸. Mais il admet cependant qu'une telle consécration d'une action en annulation post-contractuelle "*pouvait poser question*"³⁸⁹ aux termes de l'arrêt de Section du 1er juillet 2019 Musée de Saint-Pierre-et-Miquelon³⁹⁰ qui ne reconnaissait explicitement la possibilité pour une partie de contester la validité du contrat que pendant sa durée d'exécution.. Il est vrai que dans le point 9 de sa décision "SNCF Mobilités" le Conseil d'Etat s'appuie sur "*la prescription, initialement de dix ans, applicable à la demande en responsabilité quasi-délictuelle de la SNCF*" et sur "*la prescription de cinq ans, applicable à son autre demande [de nullité pour dol]*" (nous soulignons).

La possibilité d'exercer une action en annulation post-exécution contractuelle pour la partie victime d'un dol a ensuite été admise par la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Paris en 2022³⁹¹, pendant un délai de cinq ans après sa découverte. En effet, dans son arrêt du 18 janvier 2022 "GCS MV"³⁹² elle reprend de façon plus explicite la solution dégagée par l'arrêt du Conseil d'Etat "SNCF Mobilités" de 2019³⁹³, en jugeant que : "*4. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie pendant toute la durée d'exécution de celui-ci. En outre, la partie qui est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques constitutives d'un dol ou d'une violence ayant vicié son consentement peut saisir le juge administratif, même après le terme de l'exécution du contrat, de conclusions tendant à ce que ce juge prononce l'annulation du contrat litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive. Cette dernière action se prescrit dans un délai de cinq ans à compter du jour où la partie a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer*" (nous soulignons).

La Professeure HOEPFFNER³⁹⁴ relève que la CAA de Paris adopte la position développée par la rapporteure publique Madame LE CORRE dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 22 novembre 2019, "SNCF Mobilités", qui avait proposé de juger "*qu'après la fin de l'exécution du contrat, les parties ne peuvent en demander l'annulation qu'en invoquant un vice d'une particulière gravité tenant aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Vous viserez ainsi implicitement les trois types de vices du consentement : le*

388 *Ibid.*

389 *Ibid.*

390 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon, Lebon.

391 CAA Paris, 18 janv. 2022, GCS MV, n° 18PA20379, inédit au Recueil Lebon.

392 *Idem.*

393 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

394 HOEPFFNER H., "Délai de prescription de l'action en contestation de validité du contrat exercée par la victime d'un dol", Contrats et Marchés publics, 2022, n°4, p. 33-34.

dol, l'erreur et la violence. (...) [pendant] un délai de cinq ans" à compter de la date à laquelle elles ont eu une connaissance suffisante du dommage. Il est donc adopté le même délai pour l'action en annulation du contrat que pour l'action en indemnisation issue de l'article L. 482-1 du Code de commerce.

Il s'agit ici d'une clarification par rapport à la jurisprudence antérieure, car le choix de l'action à mener semblait dépendre antérieurement du moment de révélation de l'entente par rapport à la fin ou non de l'exécution du contrat³⁹⁵. Si elle était révélée pendant l'exécution, la victime avait le choix entre l'exercice d'une action en contestation de la validité du contrat ou demander la réparation des préjudices causés par cette entente sur un fondement quasi-délictuel. Au contraire, si l'entente était révélée après l'exécution du contrat, seule l'action en responsabilité quasi-délictuelle semblait envisageable (sur le fondement de la jurisprudence du Conseil d'Etat "Campenon-Bernard"³⁹⁶) en retenant une lecture stricte de la jurisprudence du 1er juillet 2019 "Musée de Saint-Pierre-et-Miquelon"³⁹⁷. Ainsi, il est marquant que la possibilité d'exercer un recours en annulation d'un contrat administratif au-delà de son exécution ait été admise explicitement en cas de dol anticoncurrentiel. Le juge administratif tient encore une fois compte de la spécificité de l'entente qui peut souvent n'être révélée qu'après l'exécution du contrat, s'agissant d'une infraction occulte. La méconnaissance de l'invalidité du contrat pendant son exécution, du fait des caractéristiques de cette infraction, est aujourd'hui compensée. Trois délais doivent donc être articulés dans ce type de contentieux : celui du recours "Béziers I" en contestation de la validité du contrat pendant son exécution, puis les délais de cinq ans à partir de la découverte du vice pour les recours en annulation du contrat ou en indemnisation du dol (ce dernier était initialement de 10 ans avant la réforme du Code civil de 2008). Un tel trio marque nécessairement la volonté du juge administratif d'établir son propre régime, distinct de celui issu du Code civil et du Code de commerce. Cela pousse Maître DAL FARRA à recommander d'introduire *"les actions en nullité du marché et en responsabilité quasi-délictuelle (...) au plus tard dans les cinq ans de la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence"*³⁹⁸.

Cet état du droit laisse ouverte la question du point de départ du délai de prescription du recours en contestation de la validité du contrat pour les autres vices *"d'une particulière*

395 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

396 CE, 19 déc. 2007, n° 268918, Campenon-Bernard..

397 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon, Lebon.

398 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement" (jurisprudence "Béziers I" de 2009³⁹⁹). En effet, il ne saurait être déduit du fait que le recours en contestation de la validité du contrat soit possible pendant cinq ans après la découverte du vice en cas de dol anticoncurrentiel que cette possibilité serait réservée à cette seule hypothèse, ou qu'elle soit envisageable pour tous les vices relatifs aux conditions du consentement dans le même délai. Cette question n'a pas été tranchée par les jurisprudences de 2019 du "Musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon"⁴⁰⁰ et "SNCF Mobilités"⁴⁰¹, cette dernière ne visant que le dol. Ainsi, l'hypothèse selon laquelle tous les vices "*d'une particulière gravité relatif[s] notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement*"⁴⁰² pourraient bénéficier d'un point de départ de la prescription du recours en annulation du contrat fixé à la découverte du vice n'a pas été jugée à ce jour, à notre connaissance.

Que la victime exerce une action en contestation de la validité du contrat ou un recours en annulation post-exécution, il faudra *in fine* déterminer les conséquences résultant de sa disparition. Pour cela, le principe classique selon lequel "*en cas d'annulation du contrat, le cocontractant devra restituer à la personne publique l'intégralité des sommes reçues mais pourra prétendre au remboursement des dépenses qui auront été utiles à la personne publique*"⁴⁰³ s'appliquera (2).

2. Le jeu des restitutions réciproques à la suite de l'annulation du contrat

L'arrêt du 10 juillet 2020 "Département de la Seine-Maritime"⁴⁰⁴ est particulièrement intéressant quant aux conséquences indemnitaires de l'annulation du contrat en cause⁴⁰⁵. L'annulation d'un contrat administratif implique sa disparition rétroactive, et donc la nécessité de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient avant sa conclusion car il est ainsi

399 CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802 : "*Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; (...) en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation*" (nous soulignons)

400 CE, sect., 1er juill. 2019, n° 412243, Assoc. pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon, Lebon.

401 CE, 22 nov. 2019, n° 418645, SNCF Mobilités, T.

402 CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802, Béziers I.

403 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

404 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine Maritime.

405 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *AJDA*, 2020, pp.1894.

censé n'avoir jamais existé⁴⁰⁶. En cas d'annulation du contrat, la victime de l'entente sera remboursée des sommes versées au cocontractant, c'est-à-dire le prix du marché public (a), déduction faite des dépenses de ce dernier qui lui auraient été utiles, sur un fondement quasi-contractuel (b). Cette solution peut être intéressante sur le plan indemnitaire, mais moins dans le cadre d'un marché public de travaux avec garanties post-contractuelles.

a. Le reversement des sommes payées par la victime au titre du prix du marché public

Le Conseil d'Etat se prononce dans sa décision du 10 juillet 2020⁴⁰⁷ sur "2. (...) *les conséquences financières de [la] disparition rétroactive*" (nous soulignons) du contrat du fait de son annulation pour dol, c'est-à-dire sur les "sommes exigibles par les parties"⁴⁰⁸ dans cette situation. L'arrêt de 2020 traite donc du cas où la faute de nature à annuler le contrat est imputable au cocontractant de l'acheteur. Le Conseil d'Etat juge sur ce point que : "3. En cas d'annulation du contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable au cocontractant, ce dernier doit restituer les sommes que lui a versées la personne publique mais peut prétendre en contrepartie, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à celle-ci, à l'exclusion, par suite, de toute marge bénéficiaire. Si, en cas d'annulation du contrat, la personne publique ne saurait obtenir, sur le terrain quasi-délictuel, la réparation du préjudice lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime, dès lors que cette annulation entraîne par elle-même l'obligation pour le cocontractant de restituer à la personne publique toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles, elle peut, en revanche, demander la réparation des autres préjudices que lui aurait causés le comportement du cocontractant."⁴⁰⁹ (nous soulignons).

En effet en l'espèce, après avoir confirmé l'annulation des marchés en cause, la CAA de Douai avait jugé qu'une telle annulation impliquait que soient seulement réparés les préjudices subis par l'acheteur du fait du dol, sur un fondement quasi-délictuel. Cette décision était entachée d'une erreur de droit puisque la victime était fondée à obtenir la restitution des sommes

406 D'HALLUIN A., GAVEL G, "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

407 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine Maritime.

408 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

409 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine Maritime, §3.

versées à l'auteur de la faute. Ce considérant de principe a été confirmé dans les mêmes termes par le juge administratif suprême dans un arrêt du 17 juin 2022⁴¹⁰.

La solution retenue est "*parfaitement logique*"⁴¹¹ en ce qu'elle tire les conséquences de l'effet rétroactif de l'annulation du contrat : les sommes reçues par le cocontractant de l'acheteur étant dès lors dépourvues de fondement contractuel, elles doivent lui être restituées⁴¹². Puisque l'annulation du contrat conduit à la restitution par le co-auteur de l'entente du prix du marché public vicié, déduction faite des dépenses qui ont été utiles à l'acheteur, ce dernier n'est donc victime d'aucun surcoût du fait de ce remboursement. Sur cette notion de "restitutions", le Professeur LICHÈRE note la nouveauté que constitue sa consécration⁴¹³. Cet arrêt maintient le choix offert à la victime depuis l'arrêt "Campenon-Bernard" quant aux voies de droit à exercer, mais en reformulant son considérant de principe en envisageant "*pour la première fois les conséquences financières de l'annulation du contrat en consacrant la notion de restitution*"⁴¹⁴. Ainsi, cet auteur indique qu'à "*cet égard, si l'emprunt au Code civil n'est pas explicite, il est certain*"⁴¹⁵, en ce qu'il s'inspire de l'article 1178 du Code civil⁴¹⁶ qui prévoit qu'"*un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. / Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. / Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. / Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle*" (nous soulignons).

En conséquence, si une victime d'entente engageait un recours en annulation à l'encontre de son cocontractant, la restitution irait au-delà de "*l'idée d'indemnisation*"⁴¹⁷, car concrètement la victime serait remboursée à la fois du surcoût initialement payé du fait de l'entente, mais également de la marge bénéficiaire du titulaire du marché⁴¹⁸. En effet, la restitution des sommes payées par la victime⁴¹⁹ comprendrait nécessairement la marge réalisée en exécutant le marché, car "*cette marge ne figure pas (...) parmi les dépenses utiles à l'indemnisation*

410 CE, 17 juin 2022, n° 454189, T.

411 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

412 *Ibid.*

413 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

414 *Ibid.* Dans le même sens : CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

415 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

416 *Ibid.* Dans le même sens : CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

417 *Ibid.*

418 *Ibid.*

419 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

desquelles le titulaire pourrait prétendre"⁴²⁰. Il est donc important ici de parler de "conséquences financières" de la disparition rétroactive du contrat, et non "d'indemnisation" de la victime⁴²¹.

Comme "*l'action indemnitaire ne pourra inclure l'indemnisation du surcoût lié à l'entente puisqu'il est nécessairement compris dans la restitution*"⁴²², aucune quantification du préjudice de surcoût de la part d'un expert judiciaire ne sera nécessaire, étape fondamentale qui sera évoquée ultérieurement quand seule la voie indemnitaire est choisie par la victime.

Ainsi, des différentes voies de droit envisageables pour la victime, l'action en annulation du contrat est celle qui impactera le plus le co-auteur de l'entente⁴²³. Comme il sera évoqué ci-après, le recours en responsabilité quasi-délictuelle indemniser son surcoût, mais laissera au cocontractant le bénéfice de sa marge commerciale. Alors que comme indiqué ci-dessus, l'action en annulation entraînera la restitution à l'acheteur de toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles, ce qui privera l'entreprise de toute marge bénéficiaire⁴²⁴. Ainsi, stratégiquement, des avocats préconisent d'exercer une action en annulation une fois le contrat exécuté pour bénéficier du reversement de la marge bénéficiaire, et au contraire d'exercer un recours en responsabilité si l'entente est sanctionnée pendant l'exécution contractuelle afin de permettre la poursuite du contrat⁴²⁵. De surcroît, il faut nécessairement mettre ces préconisations en perspectives avec les différents objets que peuvent avoir un marché public : de travaux⁴²⁶, de fournitures⁴²⁷ ou de services⁴²⁸. Le principal enjeu concernera les marchés publics de travaux, qui bénéficient d'une garantie contractuelle de parfait achèvement d'une durée d'un an⁴²⁹, et de deux garanties post-contractuelles : la garantie biennale⁴³⁰ et la garantie décennale⁴³¹. Si un tel

420 *Ibid.*

421 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

422 *Ibid.*

423 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

424 *Ibid.* ; dans le même sens : D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

425 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.* ; dans le même sens : D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

426 Article L. 1111-2 CCP : "*Un marché de travaux a pour objet : / 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ; / 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. / Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.*"

427 Article L. 1111-3 CCP : "*Un marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. / Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.*"

428 Article L. 1111-4 CCP : "*Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services.*"

429 Article 1792-6 Code civil : "*(...) La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception.*"

430 Article 1792-3 Code civil : "*Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception.*"

431 Article 1792 Code civil : "*Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments*

marché était annulé, l'acheteur ne pourrait pas bénéficier de ces garanties par disparition rétroactive de leur support juridique. Cette absence de garanties du fait de l'action en annulation pourrait donc conduire les acheteurs à s'en détourner pour les marchés de travaux.

Ces restitutions sont néanmoins amputées des dépenses de l'entreprise qui auraient été utiles à l'acheteur, sur un fondement quasi-contractuel⁴³² (b).

b. Le remboursement des dépenses utiles à l'acheteur sur un fondement quasi-contractuel

Si le titulaire du marché doit restituer les sommes perçues au titre de son exécution, l'acheteur devrait lui retourner les prestations réalisées. Or, si le contrat est entièrement exécuté, et selon l'objet du marché public, une telle restitution en nature peut souvent s'avérer impossible⁴³³. Dans le dernier arrêt évoqué, cela était d'autant plus flagrant car *"il est en effet difficilement concevable que le Département de Seine-Maritime restitue en l'espèce la signalisation verticale, dont il a déjà profité, et qui plus est fait désormais partie du domaine public par essence inaliénable (CGPPP, art. L. 3111-1)"*⁴³⁴. Pour pallier une telle situation, une restitution en équivalent doit être envisagée en mobilisant la théorie de l'enrichissement sans cause, qui permet à la partie dont le contrat est annulé de se voir indemniser des dépenses utiles à l'autre partie, ici l'acheteur⁴³⁵.

Sur ce sujet, le principe était fixé par l'arrêt de Section de 2008⁴³⁶ du Conseil d'Etat "Société Decaux et département des Alpes-Maritimes"⁴³⁷. Il jugeait alors, concernant la responsabilité quasi-contractuelle, que : *"l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le*

constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. / Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère."

432 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

433 D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

434 *Ibid.*

435 *Ibid.* : *"laquelle on le sait est l'émanation du principe selon lequel « nul ne peut s'enrichir au dépens d'autrui » (CE, 15 février 1889, Lemaire / Fabrique de l'Eglise de Rincq, Lebon, p. 226) et est applicable même sans texte (CE, 14 avril 1961, Société Sud Aviation.)"*

436 CE, Sect., 10 avril 2008.

437 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action". (nous soulignons).

Le principe est donc que la faute de l'appauvri est sans conséquences sur son droit à être remboursé des dépenses qui auraient été utiles à l'acheteur⁴³⁸. Par exception, et dans la lignée de l'arrêt de 2008 "Tête"⁴³⁹, il n'en irait autrement que : *"si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration"*. Dans une telle hypothèse, l'acheteur pourrait donc finalement bénéficier d'une prestation à titre gratuit⁴⁴⁰. Et le rapporteur public de l'arrêt "Société Decaux et département des Alpes-Maritimes"⁴⁴¹, Monsieur DACOSTA, indiquait spécifiquement que cette exception concernait notamment le dol⁴⁴² qui constituait *"une limite au jeu de l'enrichissement sans cause"*. Ainsi, de la lettre de ces deux arrêts, *"la théorie de l'enrichissement sans cause, aujourd'hui dénommé «injustifié» (C. civ., art. 1303-1) a été longtemps inapplicable [en cas de nullité d'un contrat administratif résultant d'un dol], de sorte que la personne publique pouvait alors exiger la restitution du prix sans rembourser au cocontractant les dépenses qu'il avait utilement effectuées à son profit"*⁴⁴³. Une telle radicalité pouvait apparaître inéquitable pour l'auteur du dol qui avait malgré tout réalisé des prestations.

Or, l'arrêt du 10 juillet 2020 ne reprend pas cette exception⁴⁴⁴ en jugeant, par un revirement de jurisprudence⁴⁴⁵ limité au contentieux des pratiques anticoncurrentielles imputables au cocontractant⁴⁴⁶, que : *"en cas d'annulation du contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable au cocontractant, ce dernier doit restituer les sommes que lui a versées la personne publique mais peut prétendre en contrepartie, sur un terrain quasi contractuel, au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à celle-ci, à l'exclusion, par suite, de toute marge bénéficiaire"*. Ainsi, par un retour au principe sur ce

438 *Ibid.*

439 CE 22 févr. 2008, n° 266755, Tête, Lebon T.

440 D'HALLUIN A., GAVEL G, "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

441 CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Lebon.

442 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

443 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

444 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

445 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.* ; dans le même sens : D'HALLUIN A., GAVEL G, "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

446 AMARO R., "Nullité, restitutions et réparation : le Conseil d'État clarifie l'articulation des sanctions que peut demander au juge administratif une personne publique victime d'une entente entre soumissionnaires à un appel d'offres", *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2020, n°11, p. 482-484 ; dans le même sens : D'HALLUIN A., GAVEL G, "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

sujet, "*même coupable, l'entreprise aurait droit au remboursement des dépenses utiles*"⁴⁴⁷ car l'exception que posait la jurisprudence antérieure au remboursement des dépenses utiles en cas d'annulation du marché, spécifiquement pour les vices du consentement, n'est pas reprise par cet arrêt. On peut toutefois noter qu'il est rendu non pas en section du contentieux mais en chambres réunies, à la différence de l'arrêt de 2008 posant le régime applicable⁴⁴⁸. Ainsi, concernant le droit au remboursement du cocontractant de l'acheteur en cas d'entente, son comportement fautif n'est plus pris en compte⁴⁴⁹.

La doctrine⁴⁵⁰ note à ce titre que la rapporteure publique Madame LE CORRE n'avait pas préconisé cet abandon de l'exception au remboursement des dépenses utiles et envisageait seulement la modulation⁴⁵¹ de la jurisprudence "Tête-Decaux" en ne la rendant plus automatique, solution qui aurait été plus sévère pour l'entreprise fautive. Cet abandon de l'exception est confirmé dans la suite de l'arrêt qui prévoit, à propos de la responsabilité quasi-délictuelle, que l'annulation du contrat : "*entraîne par elle-même l'obligation pour le cocontractant de restituer à la personne publique toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles*". Ce qui, par une lecture *a contrario*, signifie que le cocontractant fautif a le droit au remboursement de dépenses utiles à la victime⁴⁵², concrètement dans cette affaire les sommes couvrant "*le coût de revient des équipements qu'elle a conservé (ici le prix des panneaux de signalisation)*"⁴⁵³.

En synthèse sur les conséquences de cette décision, et pour reprendre les mots du Professeur AMARO, "*les cartellistes auront travaillé pro bono ! Ils ne se seront pas appauvris (...), mais ils ne se seront pas enrichis non plus puisque les restitutions leur permettront tout juste de couvrir leurs coûts « sans marge bénéficiaire »*"⁴⁵⁴. L'auteur exprimant immédiatement ses doutes quant au caractère dissuasif d'une telle solution, au moyen qu'une question rhétorique :

447 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

448 *Ibid.*

449 D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

450 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.* ; dans le même sens : CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

451 D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

452 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

453 AMARO R., "Nullité, restitutions et réparation : le Conseil d'État clarifie l'articulation des sanctions que peut demander au juge administratif une personne publique victime d'une entente entre soumissionnaires à un appel d'offres", *op. cit.*

454 *Ibid.*

"Est-ce suffisant pour décourager la récidive ? On laissera aux spécialistes d'analyse économique du droit le soin de répondre"⁴⁵⁵.

Des praticiens considèrent que cette nouvelle solution est plus équitable pour le cocontractant de l'acheteur⁴⁵⁶. Madame GRANDVUILLEMIN apporte en ce sens une mise en perspective de cette solution, en la décrivant comme un compromis⁴⁵⁷ ou solution "médiane"⁴⁵⁸. Elle permet d'une part de rejoindre les positions des autorités de concurrence, par l'obligation de restituer le prix du marché vicié, qui notent dans leurs décisions la particulière gravité des ententes commises dans les marchés publics qui trompent l'acheteur sur l'effectivité de la concurrence dans son processus d'achat⁴⁵⁹. D'autre part, elle suit le mouvement initié en droit de l'Union européenne visant à assurer une réparation intégrale du préjudice mais aussi à empêcher une indemnisation excessive des victimes, en supprimant l'exception à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause⁴⁶⁰. Ainsi, les conséquences financières de l'entente apparaissent mieux équilibrées en l'espèce, notamment si l'on se réfère à la décision de l'Autorité de la concurrence de 2010⁴⁶¹ qui avait déjà condamné la société Lacroix Signalisation à une sanction pécuniaire de 7,72 millions d'euros⁴⁶² pour entente sur les prix et répartition des marchés publics de signalisation routière.

Toutefois, il faut garder à l'esprit que le remboursement de ces dépenses utiles n'a rien d'automatique. En ce sens, Maître SANGUINETTE synthétise les flux financiers entre la victime et le co-auteur de l'entente de la façon suivante⁴⁶³ : un premier flux financier du cocontractant vers l'acheteur ayant pour fait générateur l'annulation du contrat, puis un second flux de l'acheteur vers le cocontractant au titre des dépenses utiles, mais dont la matérialité est conditionnée. En effet, la concrétisation de ce dernier flux dépendra du recours indemnitaire que pourra engager le co-auteur de l'entente sur le fondement de l'enrichissement sans cause,

455 *Ibid.*

456 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

457 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.* ; dans le même sens : PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.* ; D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

458 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.*

459 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.* En ce sens : communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, point 67, et Aut. conc., 24 septembre 2018, Travaux d'éclairage public en Ardèche, n° 18-D-19, point 115.

460 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.* En ce sens : article 3.3 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, : « la réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive » et CJCE 20 septembre 2001, Courage et Crehan, aff. C-453/99, point 30, Rec., p. I-6297 ; CJCE 13 juillet 2006, Manfredi, aff. C-295/04 à C-298/04, point 94, Rec., p. I-6619.

461 Décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 de l'Autorité de concurrence

462 D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

463 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

et à sa capacité à quantifier et démontrer ces dépenses utiles car il est de jurisprudence constante que la charge de la preuve repose sur le demandeur en indemnisation⁴⁶⁴.

Et cette question de la quantification des dépenses utiles à l'acheteur a été abordée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 17 juin 2022⁴⁶⁵. En effet, au même titre que la méthode de calcul du surcoût supporté par la victime qui sera développée plus avant, celle permettant d'évaluer les dépenses utiles à l'acheteur qui ont été engagées par le titulaire du contrat constitue un réel enjeu. A la suite de son arrêt du 10 juillet 2020, le Conseil d'Etat a été saisi de l'arrêt rendu par la CAA de Douai en 2021 sur renvoi⁴⁶⁶, pour se prononcer sur cette méthode de calcul des dépenses utiles⁴⁶⁷. La question de leur indemnisation suppose donc de répondre à deux interrogations : d'une part la détermination du contenu de cette notion, soit le "*périmètre des dépenses utiles*"⁴⁶⁸, d'autre part celle de leur montant, soit "*la méthode de calcul de ces dépenses utiles*"⁴⁶⁹.

En premier lieu, force est de constater que le Conseil d'Etat s'est limité à lister les éléments constitutifs des dépenses utiles⁴⁷⁰. Ainsi, il indique que : "*les dépenses utiles comprennent, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire, les dépenses qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration*"⁴⁷¹ (nous soulignons). En conséquence, "*ne peut être prise en compte que la quote-part des frais généraux qui contribue à l'exécution du marché et est à ce titre utile à la personne publique*"⁴⁷² et que "*ne peuvent pas être regardés comme utilement exposés pour l'exécution du marché les frais de communication ainsi que, dans le cas où le contrat en cause est un marché public et sauf s'il s'agit d'un marché de partenariat, les frais financiers engagés par le cocontractant*"⁴⁷³ (nous soulignons).

Le Conseil d'Etat privilégie une approche casuistique de la notion de dépenses utiles, qui d'après Maître SANGUINETTE s'avère nécessaire pour s'appliquer à différents contrats,

464 *Ibid* : En ce sens : CE, 29 décembre 2008, n° 286130 ; CE, 21 octobre 2009, n° 312214.

465 CE, 17 juin 2022, n° 454189, T.

466 CAA Douai, 7 mai 2021, n° 20DA01021. Sur cet arrêt, voir : MULLER E., "Calcul des dépenses utiles en cas d'annulation du marché pour dol suite à une entente", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 8-9.

467 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

468 *Ibid.*

469 *Ibid.*

470 *Ibid.*

471 CE, 17 juin 2022, n° 454189, T.

472 *Ibid.*

473 *Ibid.*

notamment au regard de la question des frais financiers⁴⁷⁴ en matière de contrats de la commande publique sous maîtrise d'ouvrage privée.

En second lieu, les parties invoquaient des méthodes de calcul des dépenses utiles distinctes. En substance, le Département de la Seine-Maritime, victime de l'entente, proposait d'employer une méthode de comparaison des marchés dans le temps, ce qu'avait approuvé la CAA : il s'agissait de retrancher du prix du marché, cumulativement, le surcoût tiré de l'entente et la marge bénéficiaire de l'entreprise en prenant comme marché de référence un marché conclu hors-entente en 2010, avec un "*taux de marge normal appliqué au reliquat*"⁴⁷⁵. Cependant le Conseil d'Etat a estimé que ce dernier marché n'était pas une "*référence pertinente*"⁴⁷⁶ et a censuré cet arrêt pour dénaturation des faits de l'espèce, donc la méthode elle-même. Cette censure est justifiée par une trop grande déconnexion par rapport au taux de surcoût moyen qu'avait retenu l'Autorité de la concurrence dans sa décision de condamnation de l'entente en cause⁴⁷⁷.

Au contraire, l'entreprise fautive faisait valoir une méthode économétrique visant à reconstituer les coûts de fournitures et prestations tout en appliquant un "*prorata sur le montant du marché au regard des charges d'exploitation déclarées sur sa liasse fiscale*"⁴⁷⁸. Cette méthode n'ayant pas eu plus de succès que celle proposée par la victime, la Haute juridiction a ordonné sur ce point une expertise afin de déterminer le montant de dépenses utiles en cause. Ainsi, le juge administratif décide une nouvelle fois de s'en remettre au "tiers-sachant" qu'est l'expert judiciaire pour décider de la méthode de calcul à adopter.

L'apport de cet arrêt demeure que les dépenses utiles à la victime d'une entente ne peuvent être quantifiées en déduisant cumulativement du prix du marché le surcoût payé par la victime et la marge bénéficiaire du co-auteur de l'entente⁴⁷⁹. Selon les auteurs, cela est justifié à deux

474 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

475 LE FOLL Y., "Pratiques anticoncurrentielles : les « dépenses utiles » de la collectivité ne peuvent être calculées sur la base d'un taux de surcoût fondé sur la marge bénéficiaire de l'entreprise !", *Le Quotidien*, 24 juin 2022. La CAA a ainsi retenu un taux de surcoût moyen de "58 % des montants versés au titulaire des marchés de 1999, de 24 % pour le marché de 2003 et de 47 % pour le marché de 2006".

476 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

477 LE FOLL Y., "Pratiques anticoncurrentielles : les « dépenses utiles » de la collectivité ne peuvent être calculées sur la base d'un taux de surcoût fondé sur la marge bénéficiaire de l'entreprise !", *op. cit.* : "*En se fondant, pour déterminer les taux de surcoût mentionnés ci-dessus, sur la seule comparaison entre les prix pratiqués par cette société dans les marchés conclus entre 1999 et 2006 et ceux d'un unique marché conclu en 2010 par le département avec une autre société, ce sans tenir compte d'aucun facteur exogène susceptible d'avoir influencé la formation du prix, et alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui étaient soumis que l'Autorité de la concurrence, dans sa décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, évaluait à 5 à 10 % le surcroît moyen de prix imputable à cette entente*"

478 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

479 LE FOLL Y., "Pratiques anticoncurrentielles : les « dépenses utiles » de la collectivité ne peuvent être calculées sur la base d'un taux de surcoût fondé sur la marge bénéficiaire de l'entreprise !", *op. cit.*

titres : d'une part parce qu'un tel calcul réintégrerait "dans l'assiette des dépenses utiles une partie de frais correspondant à des frais généraux non liés directement à l'exécution des prestations , qui ne sauraient être regardés comme étant utiles à la personne publique, et que, d'autre part, l'évaluation du surcoût supporté par celle-ci, fondée sur la seule comparaison avec un unique marché conclu par elle, sans prise en compte d'éventuels facteurs exogènes, conduit à retenir un taux excessif de surcoût"⁴⁸⁰.

Il reste à déterminer ce que pourra exiger l'acheteur victime au titre de "la réparation des autres préjudices que lui aurait causés le comportement du cocontractant."⁴⁸¹ (B).

B. La réparation des éventuels préjudices résiduels sur un fondement quasi-délictuel

La jurisprudence admet la possibilité que des préjudices non-indemnisés par le jeu des restitutions puissent l'être de manière complémentaire. Le Conseil d'Etat précise en ce sens que : "*si, en cas d'annulation du contrat, la personne publique ne saurait obtenir, sur le terrain quasi-délictuel, la réparation du préjudice lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime, dès lors que cette annulation entraîne par elle-même l'obligation pour le cocontractant de restituer à la personne publique toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles, elle peut, en revanche, demander la réparation des autres préjudices que lui aurait causés le comportement du cocontractant*"⁴⁸² (nous soulignons). Une telle action complémentaire n'est donc qu'une faculté et non une obligation pour la victime.

De l'avis de la Professeure UBAUD-BERGERON, cette faculté de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du cocontractant pour les préjudices distincts du surcoût de l'entente doit être saluée⁴⁸³. Les praticiens la juge "*pertinente sur le plan opérationnel puisque la nullité et les restitutions qui s'ensuivent peuvent laisser subsister un préjudice pour l'acheteur*"⁴⁸⁴, bien que le Conseil d'Etat maintienne un "*certain suspense*"⁴⁸⁵ en ne détaillant pas l'identité de ces éventuels "autres préjudices" indemnisables, qui ne devraient être que des

480 *Ibid.*

481 CE, 10 juill. 2020, n° 420045, Dpt Seine Maritime, §3.

482 *Ibid.*

483 UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *op. cit.*

484 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

485 GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitaire", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *op. cit.*

postes d'indemnisation résiduels⁴⁸⁶. Toutefois, il faut remarquer que le préjudice financier est traité en jurisprudence, et pourrait donc constituer une piste d'indemnisation (1). D'autres préjudices, non-encore traités par le juge, sont également imaginables (2).

1. Le préjudice financier de l'acheteur est envisageable

L'indemnisation du préjudice financier est admise par la jurisprudence de la CJUE (a), son adoption par le juge administratif français pourrait se justifier (b).

a. Un préjudice admis par la CJUE

Au titre des préjudices pouvant subsister pour l'acheteur victime à l'issue de l'annulation contractuelle et des restitutions, des auteurs renvoient directement⁴⁸⁷ à l'arrêt de la CJUE de 2019 "Otis GmbH et a"⁴⁸⁸. Sur ce sujet, Madame GRANDVUILLEMIN indique en effet que la victime du surcoût "*peut aussi demander réparation d'un préjudice financier, constitué de la privation injustifiée d'une somme d'argent*"⁴⁸⁹. Ce préjudice "financier" doit bien être distingué du "surcoût" qui, pour rappel, n'est pas indemnisé dans le cadre d'un cumul d'actions en annulation et en responsabilité du fait des restitutions réciproques opérées. Il demeure toutefois que ce préjudice apparaît indemnisable en cas de cumul d'actions ou dans le cadre du seul recours indemnitaire.

Ainsi, dans l'arrêt de 2019 de la CJUE⁴⁹⁰, il est jugé en substance qu'une victime d'une entente qui ne serait ni fournisseur ni acheteur sur le marché affecté par cette dernière pourrait tout de même demander réparation d'un tel préjudice⁴⁹¹. En l'espèce, cet arrêt fait suite à une entente d'entreprises dans les domaines de l'installation et de l'entretien d'ascenseurs, sanctionnée par l'autorité de concurrence autrichienne. Suite à leur condamnation, une collectivité locale autrichienne introduit à leur encontre une action indemnitaire en 2010, car elle accordait des

486 D'HALLUIN A., GAVEL G, "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

487 LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *op. cit.* Dans le même sens : CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

488 CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-435/18, "Otis GmbH et a".

489 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

490 CJUE 12 décembre 2019, Otis, aff. C-435/18.

491 BOSCO D., "Actions privées en réparation : une victime ne se situant pas sur le marché affecté par l'infraction peut demander réparation", *Contrats Concurrence Consommation*, 2020, n° 2, p. 42-43.

subventions pour financer la construction de logements, et l'entente avait renchéri les prix des ascenseurs, donc les coûts globaux de constructions subventionnées. Elle estimait qu'en l'absence d'entente elle aurait pu accorder des subventions moins importantes, et donc placer la différence "au taux d'intérêt moyen des emprunts de l'État fédéral"⁴⁹² afin de faire fructifier ses ressources financières de façon "plus lucrative"⁴⁹³. Le préjudice serait constitué par la perte du montant de ces intérêts. La Cour Suprême autrichienne adressa donc la question préjudicielle suivante à la CJUE : *"Faut-il interpréter les articles 85 du traité CEE, 81 du Traité CE et 101 du TFUE en ce sens que, pour préserver la pleine effectivité de ces dispositions et l'effectivité pratique de l'interdiction qui en découle, les membres de l'entente doivent pouvoir aussi faire l'objet d'une action en responsabilité introduite par des personnes n'opérant pas comme fournisseur ni comme acheteur sur le marché matériellement et géographiquement pertinent concerné par une entente, mais qui accordent des subventions dans un cadre légal sous la forme de prêts bonifiés à des acheteurs de produits offerts sur le marché concerné par l'entente et dont le préjudice consiste en ce que la somme prêtée a été plus élevée, à concurrence d'un pourcentage des coûts du produit, que celle qu'elle aurait été en l'absence d'accord collusif, dès lors qu'elles n'ont pas pu placer ces montants avec bénéfice ?"*.

Sur le fondement du principe d'effectivité de l'article 101 TFUE⁴⁹⁴, la CJUE énonce que : *"l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 serait mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence"* (nous soulignons) et qu'ainsi *"toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE "* (nous soulignons).

Ainsi, elle considère qu'un tel préjudice est indemnisable s'il est prouvé, et qu'un lien de causalité est démontré avec l'entente⁴⁹⁵. Il appartiendra en l'espèce à la juridiction de renvoi de déterminer si de telles conditions de la responsabilité des membres de l'entente sont réunies : *"si, en l'occurrence, le Land de Haute-Autriche a subi concrètement un tel préjudice, en vérifiant, notamment, si cette autorité disposait ou non de la possibilité d'effectuer des*

492 *Ibid.*

493 *Ibid.*

494 *Ibid.*

495 *Ibid.*

*placements plus lucratifs, et, dans l'affirmative, si cette autorité apporte les preuves nécessaires de l'existence d'un lien de causalité entre ce préjudice et l'entente en cause*⁴⁹⁶.

La doctrine inscrit cet arrêt dans la ligné de l'affaire "Kone" de 2014⁴⁹⁷, en évoquant l'idée d'une "*extension du champ ratione personae du droit à réparation*"⁴⁹⁸. En effet dans l'arrêt de 2014, elle avait adopté sur ce sujet une "*approche englobante*"⁴⁹⁹ en utilisant la théorie des effets d'ombrelle sur les prix pour que la victime de l'entente puisse exercer son recours contre un tiers au contrat entaché d'entente, mais dont la participation au cartel avait impacté à la hausse ses prix. Si cette première décision élargissait le champ des responsables du préjudice de surcoût, la présente solution progresse en élargissant cette fois-ci "*le champ des victimes potentielles aux opérateurs qui ne sont pas actifs sur le marché concerné*"⁵⁰⁰. En ce sens, elle juge en effet que : "*la protection efficace contre les conséquences préjudiciables d'une violation du droit de la concurrence serait gravement compromise si la possibilité de demander réparation du préjudice causé par une entente était limitée aux fournisseurs et aux acheteurs du marché concerné par l'entente. En effet, cela priverait d'emblée et de manière systématique des victimes potentielles de la possibilité de demander réparation (...) Par conséquent, des personnes qui n'opèrent pas comme fournisseur ni comme acheteur sur le marché concerné par l'entente doivent pouvoir demander la réparation du dommage résultant du fait que, en raison de cette entente, elles ont dû accorder des subventions plus importantes que si ladite entente n'avait pas existé et n'ont, par suite, pas pu placer ce différentiel dans des investissements plus lucratifs*".⁵⁰¹ (nous soulignons).

Ce nouvel approfondissement du droit à réparation pousse donc la doctrine à parler d'"*extension de la réparation financière des préjudices causés par une entente*"⁵⁰². Il demeure qu'aujourd'hui le juge administratif n'a pas consacré un tel poste d'indemnisation mais que cela apparaîtrait intellectuellement justifié (b).

496 CJUE 12 décembre 2019, Otis, aff. C-435/18, point 33.

497 CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557/12 Koné e.a c/ ÖBB-Infrastruktur AG.

498 BOSCO D., "Actions privées en réparation : une victime ne se situant pas sur le marché affecté par l'infraction peut demander réparation", *op. cit.*

499 *Ibid.*

500 *Ibid.*

501 CJUE 12 décembre 2019, Otis, aff. C-435/18, point 32.

502 "Extension de la réparation financière des préjudices causés par une entente", *Droit Administratif*, 2020, n°2, p. 5-6.

b. Une adoption par le juge administratif français qui apparaîtrait justifiée

La solution sur le préjudice financier retenue par l'arrêt de la CJUE de 2019 "Otis GmbH et a." apparaît transposable en droit français, bien que dans cette espèce la victime fût dans une situation particulière. En effet, dès lors que "toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE"⁵⁰³ (nous soulignons), il est envisageable pour les victimes d'entente de démontrer qu'une privation injustifiée d'une somme d'argent⁵⁰⁴ leur a causé un préjudice financier présentant un lien de causalité direct avec l'entente. En effet, en cas de restitutions réciproques à la suite de l'annulation du marché vicié, et comme évoqué précédemment, le surcoût payé est intégré aux restitutions effectuées (s'élevant au prix du marché public), tout comme la marge bénéficiaire de l'entreprise pour l'exécution du marché. Mais avant que ces restitutions ne soient effectuées, le surcoût du marché demeure un débours pour la victime qui n'a par conséquent pas été employé à d'autres fins. Ainsi dans l'intervalle, elle aurait donc pu placer ce surcoût dans un but financier plus lucratif, à un taux d'intérêt à déterminer. Il faudrait vraisemblablement pour cela faire état d'une démarche de la victime démontrant une telle habitude de placements financiers, avec une concomitance par rapport à l'entente. Ainsi, le préjudice financier tiré de cette absence d'intérêts échus sur le surcoût payé pourrait être évalué par rapport aux placements financiers effectués sur la même période par la victime.

Madame GRANDVUILLEMIN se fonde sur plusieurs éléments pour approuver ce poste d'indemnisation. En premier lieu, selon des arguments textuels : en droit interne, bien qu'il ne soit pas cité dans la liste des préjudices réparables de l'article L. 481-3 du Code de commerce, cette liste n'est pas limitative par l'emploi de l'adverbe "notamment"⁵⁰⁵. En droit de l'UE, il est en revanche cité dans la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, à la fois dans son considérant 12 et en son article 3.2⁵⁰⁶. En second lieu, d'après des arguments jurisprudentiels. Elle relève que tant le juge judiciaire⁵⁰⁷ que le juge de l'Union européenne⁵⁰⁸ indemnisent

503 CJUE 12 décembre 2019, aff. C-435/18, "Otis GmbH et a."

504 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

505 "Le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment (...)" (nous soulignons).

506 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

507 Cass. com. 18 octobre 1988, n° 87-13.108, inédit ; CA Paris 14 décembre 2016, SNCF, n° 13/08975.

508 CJUE 12 décembre 2019, Otis e.a., aff. C-435/18.

"traditionnellement"⁵⁰⁹ la "perte de gain produit par l'absence de placements financiers ou la perte de rentabilité d'investissements non effectués en raison du surcoût"⁵¹⁰ par "des intérêts compensatoires"⁵¹¹.

En conséquence, le raisonnement tenu par la CJUE en 2019 apparaît raisonnablement applicable par le juge administratif aux acheteurs victimes d'ententes dans les marchés publics, puisque ces derniers sont *a fortiori* des victimes opérants comme acheteurs sur le marché concerné par l'entente. L'enjeu central pour les victimes sera alors d'apporter les preuves suffisantes de leur préjudice et d'un lien de causalité, comme évoqué ci-dessus. En plus de ce préjudice financier admis par la CJUE en matière d'ententes, d'autres préjudices non-traités à ce jour par la jurisprudence peuvent également être imaginés (2).

2. Les autres préjudices imaginables

D'autres postes de préjudices sont envisageables même s'ils n'ont pas encore été consacrés par le juge administratif : l'indemnisation du prix d'un marché public de substitution (a), ou encore le préjudice moral de l'acheteur victime (b).

a. L'indemnisation du prix d'un marché de substitution

Maîtres CABANES et MICHAUD considèrent qu'un préjudice pourrait subsister notamment "au titre de l'engagement de dépenses pour la conclusion d'un marché de substitution"⁵¹², qui interviendrait vraisemblablement si le marché entaché d'entente faisait l'objet d'un recours en contestation de sa validité pendant son exécution, et qu'un tel marché de substitution s'avérerait nécessaire pour achever les prestations en cause. Une telle proposition opérationnelle apparaîtrait d'autant plus justifiée si la découverte de l'entente intervenait rapidement après le début d'exécution, et qu'un marché de substitution devait coûter à la victime un prix équivalent au marché entaché par l'entente. Le préjudice moral de l'acheteur peut aussi être envisagé (b).

509 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

510 *Ibid.*

511 *Ibid.*

512 CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *op. cit.*

b. Le préjudice moral

Il sera détaillé plus avant que le préjudice moral est aujourd'hui au nombre des préjudices indemnisables selon l'article L. 481-3 du Code de commerce. Des praticiens évoquent la possibilité pour l'acheteur victime d'une entente de justifier d'un préjudice moral lié au comportement dolosif de son cocontractant⁵¹³ : *"la double action en annulation et sur un fondement quasi délictuel peut conserver un intérêt pour la personne publique, puisqu'elle peut toujours demander de manière résiduelle sur ce dernier fondement, la réparation d'autres préjudices liés au comportement dolosif du cocontractant (par exemple préjudice moral, ...)"*⁵¹⁴. Les développements sur l'indemnisation de ce préjudice devant le juge administratif seront donc effectués ci-après.

Pour conclure sur ce thème, il faut revenir sur les stratégies qu'un acheteur victime d'une entente pourraient mettre en place, et notamment déterminer quand il serait judicieux d'exercer conjointement ces deux recours. Comme évoqué précédemment, il apparaît qu'un tel cumul d'actions envers le cocontractant fautif soit pertinent une fois le marché public exécuté, sauf en marché de travaux. Cet état du droit amène Maître DAL FARRA à préconiser de *"cumuler les fondements"*⁵¹⁵, en exerçant les deux types d'actions afin d'une part de bénéficier du régime financier favorable de la nullité du contrat qui vise le seul cocontractant, mais également d'impliquer l'ensemble des co-auteurs de l'entente afin de *"maximiser ainsi son indemnisation"*⁵¹⁶.

Cependant, si un acheteur victime d'une entente ne souhaitait pas engager une action en annulation du contrat afin de laisser *"subsister le marché"*⁵¹⁷, la seconde voie d'action envisageable est de ne chercher qu'à engager la responsabilité quasi-délictuelle des co-auteurs de l'entente *"pour obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices subis à ce titre"*⁵¹⁸ (II).

513 D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *op. cit.*

514 *Ibid.*

515 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

516 *Ibid.*

517 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

518 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

II. L'indemnisation dans le cadre du seul recours indemnitaire

C'est aujourd'hui l'article L. 481-3 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, qui dresse une liste non-limitative des préjudices indemnissables des victimes de pratiques anticoncurrentielles : "*Le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment : / 1° La perte faite, résultant : / a) Du surcoût correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service qu'il a effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût qu'il a éventuellement opérée sur son contractant direct ultérieur ; / b) De la minoration résultant d'un prix plus bas que lui a payé l'auteur de l'infraction ; / 2° Le gain manqué résultant notamment de la diminution du volume des ventes liée à la répercussion partielle ou totale du surcoût qu'il a été amené à opérer sur ses contractants directs ou de la prolongation certaine et directe des effets de la minoration des prix qu'il a dû pratiquer ; / 3° La perte de chance ; / 4° Le préjudice moral.*"

Ce préjudice est évalué à la date où le juge se prononce selon l'article L. 481-8 du même Code⁵¹⁹. Si la victime ne devait exercer qu'un recours indemnitaire et non une action en annulation contractuelle, les postes d'indemnisation envisageables feraient l'objet d'une appréciation propre au juge administratif, d'après la jurisprudence rendue en ce domaine. En matière d'indemnisation, on distingue entre le préjudice patrimonial de l'acheteur victime de l'entente, donc le surprix payé (A), et le préjudice extrapatrimonial, principalement son préjudice moral (B).

A. Un préjudice patrimonial : le surcoût payé par l'acheteur

Le préjudice de surcoût payé du fait de l'entente est le principal poste d'indemnisation auquel la victime peut prétendre, étant donné qu'elle a contracté "*dans des conditions financières plus désavantageuses que celles qui auraient prévalu en l'absence d'entente*"⁵²⁰ en payant un prix "*situé artificiellement plus haut*"⁵²¹ que si la concurrence lors de la procédure

519 "*Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.*"

520 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

521 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

de passation du marché public avait joué librement. Ce poste d'indemnisation fait l'objet d'une définition bien établie (1), et se distingue de la perte de chance de contracter à un meilleur prix (2).

1. Le surcoût correspond à la différence entre ce qui a été payé et ce qui aurait dû l'être dans de réelles conditions de concurrence

L'article L. 481-3 du Code de commerce indique en premier lieu que : "*Le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment : / 1° La perte faite, résultant : / a) Du surcoût correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service qu'il a effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût qu'il a éventuellement opérée sur son contractant direct ultérieur (...)*" (nous soulignons). Le surcoût est donc apprécié par référence au prix qui aurait été payé si la concurrence avait fonctionné pleinement entre les opérateurs économiques, et "*laisse donc subsister une marge pour le bénéficiaire du contrat*"⁵²².

Ainsi, afin de quantifier le surcoût payé par la victime de l'entente, il est nécessaire d'établir un scénario contrefactuel (a). Ce dernier sera réalisé par un expert judiciaire selon des modalités précises (b).

a. La difficulté de reconstituer un scénario contrefactuel

Puisque le préjudice de surcoût est tiré d'une hausse artificielle des prix⁵²³ d'un marché public, son évaluation résultera de la comparaison du prix "*résultant de l'entente avec celui qui aurait été pratiqué en son absence*"⁵²⁴ au moyen d'un scénario dit "contrefactuel". Son objet est donc d'imaginer quel aurait été le prix payé en l'absence de pratique anticoncurrentielle. Cette opération de "*chiffrage*"⁵²⁵ ou de "*quantification*"⁵²⁶ est un travail "*délicat [qui] nécessite souvent l'intervention d'un expert*"⁵²⁷. En effet, l'établissement du

522 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

523 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

524 *Ibid.*

525 *Ibid.*

526 *Ibid.*

527 *Ibid.*

scénario contrefactuel suppose intellectuellement de "*réécrire l'histoire*"⁵²⁸ par une succession de raisonnements⁵²⁹.

Concrètement, trois étapes permettent d'évaluer le surcoût causé par une entente⁵³⁰, ces dernières constituant des "*conventions*"⁵³¹. La première consiste à "*réunir les prix pratiqués pendant la période de l'entente (on les désigne souvent comme les prix "factuels")*"⁵³². La deuxième est "*d'estimer quels auraient été ces prix si l'entente n'avait pas existé (on parle de prix "contrefactuels")*"⁵³³ ou de "*prix hypothétiques en l'absence de pratique*"⁵³⁴. C'est la détermination d'un scénario contrefactuel. Enfin, la troisième et dernière étape "*est celle du calcul du surcoût, lequel est simplement la différence entre prix factuels et prix contrefactuels*"⁵³⁵. Toutefois ces trois étapes ne sont pas d'égales difficultés. Selon Monsieur LABORDE, il ne fait aucun doute que l'étape la plus complexe est la deuxième, qui nécessite "*de se projeter dans un scénario purement imaginaire*"⁵³⁶. Maître GASPARD considère en ce sens qu'il est quasiment impossible, "*même avec le plus spécialiste et le meilleur des experts (...) de déterminer avec précision et certitude le surcoût engendré par la pratique anticoncurrentielle commise dix à quinze ans plus tôt*"⁵³⁷. Et mécaniquement, plus l'intervention de l'expert sera tardive après l'exécution du marché entaché d'entente, plus la détermination du surcoût sera difficile⁵³⁸.

Cette difficulté amène des praticiens, tels Maîtres CABANES et NEVEU, à proposer une autre méthode d'évaluation du préjudice plus simple que la construction d'un scénario contrefactuel⁵³⁹. Comme évoqué précédemment à propos du référé provision, ils préconisent notamment, quand cela serait opportun, d'opérer une "*comparaison entre le prix*

528 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

529 *Ibid.* : "*se remettre, plusieurs années après, dans le contexte de la passation du marché, d'examiner la situation concurrentielle dudit secteur ; de connaître les prix habituellement pratiqués pour les prestations en cause ; de faire le départ entre les pratiques commerciales structurelles et conjoncturelles des opérateurs du secteur ; de tenir compte de facteurs exogènes (crises éventuelles, augmentation du coût des matières premières, appréciation du coût du travail, de la fiscalité, baisse générale de la demande, arrivée de nouveaux concurrents sur le marché)*".

530 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

531 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

532 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

533 *Ibid.*

534 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

535 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

536 *Ibid.*

537 GASPARD T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

538 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

539 *Ibid.*

*effectivement payé et l'estimation initiale du marché par le pouvoir adjudicateur*⁵⁴⁰. Pour rappel, une telle approche adoptée par le juge des référés provision a été validée dans l'arrêt de la CAA de Nantes du 22 janvier 2021 "Société Prezioso Linjebygg"⁵⁴¹. Il demeure que dans les recours au fond tel n'a pas encore été le cas à notre connaissance. Et une telle différence peut se justifier par le rôle distinct des experts dans ces deux recours : en référé il s'agit de quantifier rapidement une provision sur l'indemnisation, qui peut ne pas être définitive si un recours au fond était ultérieurement engagé, mais dans un recours au fond il faudra chiffrer une créance d'indemnisation potentiellement définitive.

Face à la difficulté d'établir ce scénario contrefactuel, et si cela leur paraissait adéquat, les acheteurs victimes d'ententes pourraient préférer exercer une action en annulation du contrat litigieux, afin d'obtenir la restitution du prix du marché, se déchargeant ainsi d'une telle analyse contrefactuelle quantifiant un surcoût⁵⁴². Et pour rappel, selon la définition du surcoût, le choix de l'exercice d'un seul recours indemnitaire est défavorable à la victime, car dans ce cadre l'indemnisation n'inclurait pas *"la marge réalisée par le titulaire, alors que cette marge ne figure pas, a contrario, parmi les dépenses utiles à l'indemnisation desquelles le titulaire pourrait prétendre"*⁵⁴³ si une action en annulation était exercée.

Le surcoût subi par la victime d'une entente peut être déterminé de plusieurs façons, de la plus factuelle à la plus théorique. Ces différentes méthodes seront exposées plus avant, mais elles seront presque systématiquement mises en œuvre par un expert judiciaire (b).

b. Le rôle central de l'expertise contradictoire pour quantifier le préjudice

Les auteurs spécialistes des questions indemnitaires dans les ententes énoncent que l'établissement du scénario contrefactuel ayant pour objet de chiffrer le préjudice de surcoût est un travail nécessitant l'intervention d'un expert⁵⁴⁴ indépendant, en principe issu d'un cabinet d'expertise comptable⁵⁴⁵. Cette expertise pouvant être celle d'un expert judiciaire ou produite par les parties si elle n'est pas sérieusement contestée par les défendeurs⁵⁴⁶.

540 *Ibid.*

541 CAA Nantes, 22 janv. 2021, n° 19NT05057 et 20NT02005, Sté Prezioso Linjebygg.

542 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

543 SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *op. cit.*

544 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

545 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

546 *Ibid.* : à propos de CAA Douai 22 février 2018, req. n° 17DA00507.

Les victimes ont donc intérêt à saisir le tribunal administratif d'un référé instruction sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative⁵⁴⁷, en vue de la désignation d'un expert judiciaire. Cela d'une part afin de connaître l'étendue de leur préjudice de surprise, d'autre part de pouvoir produire cette expertise dans le cadre de l'instance indemnitaire⁵⁴⁸. Si les victimes n'émettaient pas une telle requête en désignation, le juge du fond pourrait de lui-même ordonner une expertise avant dire droit⁵⁴⁹ sur le fondement de l'article R. 621-1 du CJA⁵⁵⁰.

C'est donc le plus souvent l'expertise judiciaire qui servira aux victimes pour démontrer la réalité de leur préjudice et chiffrer leurs conclusions indemnitaires⁵⁵¹. Le juge ne sera toutefois pas lié par les conclusions du rapport d'expertise, qui pourra de surcroît être critiqué par les parties devant les juges du fond⁵⁵². En effet, le montant d'indemnisation retenu dépendra de leur appréciation souveraine. D'une part, le Conseil d'Etat exerce sur le choix de la méthode d'évaluation du préjudice un contrôle de l'erreur de droit⁵⁵³ (en ce sens voir les arrêts du Conseil d'Etat du 27 mars 2020⁵⁵⁴). Il s'agit selon la doctrine d'une reprise de la jurisprudence constante en ce domaine⁵⁵⁵. D'autre part, concernant les éléments entrant dans la détermination du coût contrefactuel du marché impacté par l'entente⁵⁵⁶, le Conseil d'Etat ne se penchera sur le contenu des expertises que "*par le biais de la dénaturation, moyen de cassation à l'encontre des éléments d'appréciation retenus par la cour administrative d'appel*"⁵⁵⁷. C'est pour cela que Madame DOMENECH considère qu'au vu de l'appréciation souveraine des juges du fond sur ces éléments d'expertise, "*il convient de se saisir, dès les*

547 *"Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction. / Il peut notamment charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission. / Les demandes présentées en application du présent chapitre sont dispensées du ministère d'avocat si elles se rattachent à des litiges dispensés de ce ministère."* (nous soulignons).

548 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

549 *Ibid.* : "Voir par exemple TA Paris 15 décembre 1998, SNCF, req. n° 9800111-6".

550 "La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. (...)"

551 GASPARD T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

552 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

553 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

554 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421758, Dpt de l'Orne, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421833, Dpt de l'Orne.

555 MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *op. cit.* : " CE, 22 mars 1993, n° 129052, Centre hospitalier régional de Brest c/ Fraboul, Lebon. – CE, 14 déc. 1998, n° 154203, La Poste c/ Gaz de France, Lebon"

556 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

557 *Ibid.*

*premières phases de l'instance de tout élément de nature à remettre en cause les expertises*⁵⁵⁸ si tel devait être le cas.

De surcroît un praticien avançant l'idée d'une trop importante "*verticalité*"⁵⁵⁹ des règles applicables en la matière indique que ce serait uniquement sur "*le terrain de la détermination du quantum du préjudice*"⁵⁶⁰ que les positions entre les co-auteurs de l'entente et la victime seraient équilibrées, cela grâce à l'intervention de l'expert. Cette position peut être renforcée par les chiffres disponibles à propos du recours à l'expertise judiciaire dans ce type de contentieux⁵⁶¹. Sur ce sujet, Monsieur LABORDE indique dans une contribution de 2021 sur le cas Français, que d'après 52 affaires étudiées "*un ou des experts judiciaires ont été nommés dans 25 affaires*"⁵⁶². Comme l'auteur le note, il est très intéressant d'observer ici que les pratiques du juge administratif et judiciaire se distinguent sur ce sujet : "*le juge judiciaire a nommé un expert dans 2 des 18 affaires qu'il a eu à juger (11 %) , le juge administratif dans 23 des 34 affaires (68 %)* "⁵⁶³, soit en ordre de grandeur et sur cet échantillon de décisions un recours à l'expertise par le juge administratif six fois plus fréquent par rapport à son homologue judiciaire. Et de façon empirique, force est de constater que dans les affaires portées jusqu'au Conseil d'Etat, une expertise judiciaire a été systématiquement demandée par les victimes afin de quantifier leur surcoût.

Le recours à une expertise indépendante s'avère d'autant plus nécessaire au vu du rôle du juge administratif. Ce dernier opère une quantification de la créance indemnitaire distincte de celle de l'atteinte à l'économie opérée par l'ADLC. Si cette dernière analyse ne peut pas servir de clef de répartition pour déterminer la contribution à la dette de réparation de chaque co-auteurs de l'entente, comme évoqué précédemment, il en va de même *a fortiori* pour déterminer le surcoût payé par les victimes de l'entente. En effet, comme le note le Professeur KARPENSCHIF⁵⁶⁴ pour l'affaire des ententes dans les marchés publics de signalisation verticale, l'ADLC n'avait relevé dans sa décision de 2010⁵⁶⁵ qu'un surcoût maximum de 8%. Au contraire, les expertises produites dans les instances indemnitaires ont fait état de surcoûts

558 *Ibid.*

559 GAUDEMET M., "Commande publique et sanction des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

560 *Ibid.*

561 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

562 *Ibid.*

563 *Ibid.*

564 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

565 Déc. n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, spéc. pts 366 et s.

compris entre 33% et 52%⁵⁶⁶. Ces différentes analyses matérialisant les rôles distincts de l'ADLC, en charge "*de réprimer les comportements anticoncurrentiels au titre du « public enforcement »*"⁵⁶⁷, et du juge administratif devant "*réparer les conséquences de ces pratiques au profit des victimes au titre du « private enforcement »*"⁵⁶⁸.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 27 avril 2021 "Société Lacroix City Saint-Herblain"⁵⁶⁹ lui a offert l'occasion de préciser les modalités selon lesquelles doit se dérouler une expertise ordonnée par le juge. Il en ressort principalement que l'expert n'a pas l'obligation d'organiser des réunions ou des visites pour ce type de contentieux. La société requérante reprochait à l'expert judiciaire de n'avoir pas organisé de réunion des parties. Le Conseil d'Etat écarte ce moyen en considérant que si les dispositions de l'article R. 621-7 du Code de justice administrative⁵⁷⁰ "*fixent les modalités selon lesquelles un expert désigné par le tribunal doit avertir les parties des réunions ou visites qu'il organise, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de lui imposer d'en organiser* "

La doctrine relève à ce sujet⁵⁷¹ qu'une expertise doit être menée de manière contradictoire⁵⁷² et que les éventuelles observations écrites et orales présentées par les parties au cours des opérations d'expertise doivent nécessairement être consignées dans le rapport⁵⁷³. En conséquence, le Conseil d'Etat juge en 2021 que des réunions ou visites ne sont pas obligatoires, mais que si elles devaient être organisées, les parties devraient en être averties et que le principe du contradictoire devrait y être respecté.

Pour mettre en perspective l'apport de cet arrêt, Monsieur HUL précise qu'à son sens une telle solution ne devrait être envisagée que lorsque "*l'objet de l'expertise ne nécessite pas la tenue de réunions*"⁵⁷⁴, comme c'était le cas en l'espèce. Au vu de la jurisprudence, l'expert pourrait être amené à y préciser qu'en la matière, le surcoût n'est pas apprécié comme une perte de chance de contracter à un meilleur prix (2).

566 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op.cit.*

567 *Ibid.*

568 *Ibid.*

569 CE, 27 avril 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain, req. n° 440348, T.

570 "*Les parties sont averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée. / Les observations faites par les parties, dans le cours des opérations, sont consignées dans le rapport*"

571 MARIAPPA N. , "L'évaluation du préjudice subi par une personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles, CE 27 avr. 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain, req. n° 440348 (mentionné aux tables)", *Dalloz actualité*, 04 mai 2021.

572 CE 6 mai 1970, n° 73301, Demoiselle Aymes, Lebon.

573 CE 24 févr. 1995, n° 138382, Mme Stihle, Lebon T.

574 HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *AJCT*, 2021, p.424.

2. Le surcoût n'est pas la perte de chance de contracter à un meilleur prix

L'article L. 481-3 du Code de commerce prévoit aujourd'hui que : "*Le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment : (...) 3° La perte de chance (...)* ", qui serait ici la perte de chance pour la victime de ne pas avoir contracté à un meilleur prix du fait de l'entente. Il y a donc un enjeu sur le contenu du préjudice de la victime, et un choix à opérer entre le surcoût et la perte de chance. Si ce dernier argument a pu être avancé par les défendeurs dans des affaires antérieures à l'applicabilité de cette disposition (a), le juge administratif a rejeté ce raisonnement (b).

a. Un argument avancé par les auteurs de l'entente pour minimiser l'indemnisation

L'intérêt pour les défendeurs de développer une argumentation fondée sur la perte de chance dans un tel contexte est de minimiser le préjudice de la victime⁵⁷⁵. Les auteurs indiquent que dans cette perspective, "*il ne faudrait pas (...) considérer que l'intégralité du surcoût payé par la victime de l'entente constituerait son préjudice ; seule devrait être prise en compte une partie de ce surcoût, correspondant à la perte de chance de contracter à moindre prix*"⁵⁷⁶.

Force est cependant de constater que le juge administratif n'a pas souhaité adopter cette conception restrictive du préjudice de la victime (b).

b. Un raisonnement rejeté par le juge administratif

Le juge administratif a eu l'occasion de réaffirmer que le préjudice de l'acheteur victime de l'entente était lié au surcoût payé pour l'exécution de marchés publics viciés, et non à une perte de chance de contracter à un prix inférieur⁵⁷⁷. En ce sens, la CAA de Nantes

575 ADDA J., AMARO F., LABORDE J.-F., "Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif", *AJDA*, 2019, n°6, p.320-329.

576 *Ibid.*

577 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.* ; dans le même sens : GASPARD T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *op. cit.*

jugeait en 2019 dans l'affaire du cartel des panneaux de signalisation, raisonnement ensuite validé par le Conseil d'Etat comme suffisamment motivé et exempt de dénaturation que : "Le préjudice subi par le département de la Manche représente le montant des surcoûts générés par les agissements dolosifs constitués par les pratiques anticoncurrentielles de la société Signature SA et non seulement une perte de chance d'obtenir, en l'absence de pratiques anticoncurrentielles, des marchés à un moindre prix"⁵⁷⁸ (nous soulignons).

Des auteurs relevaient déjà les termes clairs d'un jugement du TA de Caen rendu sur recours du Département de l'Orne⁵⁷⁹ : "Le département de l'Orne n'a donc pas perdu une chance de contracter à un moindre prix, mais a effectivement subi un préjudice égal à la différence entre le prix qui aurait été celui du marché si son libre fonctionnement n'avait été empêché, et celui qu'il a indûment payé"⁵⁸⁰ (nous soulignons).

La jurisprudence antérieure à l'applicabilité des dispositions du Code de commerce donne ainsi des indications sur la manière dont le juge administratif appliquera ces dispositions sur le contenu du préjudice, et sur les arguments qui pourront être valablement avancés en demande et en défense dans le cadre de l'instance. On rappellera qu'un second préjudice patrimonial demeure envisageable, au titre du préjudice financier comme évoqué précédemment. Il faut ensuite envisager l'indemnisation du préjudice moral de la victime (B).

B. Un préjudice extra-patrimonial : le préjudice moral de l'acheteur

Au-delà du préjudice économique, il faut envisager la possibilité d'indemnisation du préjudice moral de l'acheteur. Comme évoqué en introduction, le dommage moral est celui portant atteinte "à la considération, à l'honneur, à l'affection (...) d'une personne (...)"⁵⁸¹. S'il n'est aujourd'hui qu'envisageable devant le juge administratif (1), il a déjà été indemnisé par le juge pénal (2).

578 CAA Nantes, 16 mars 2018, n° 17NT01526 ; même solution dans CAA Nantes 16 mars 2018, Signaux Girod Nord-Ouest, req. n° 17NT01722, et CAA Nantes 27 avril 2018, Signalisation France, req. n° 17NT01719 et a. comme relevé par Madame GRAND-VUILLEMIN (GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*)

579 ADDA J., AMARO F., LABORDE J.-F., "Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif", *op. cit.*

580 TA Caen, n° 1500227, Département de l'Orne c/ Société Signalisation France et al.

581 CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.367.

1. Une indemnisation envisageable devant le juge administratif

Le Code de commerce offre la possibilité d'indemniser le préjudice moral de la victime d'une entente (a), et par renvoi du CJA un acheteur victime pourrait s'en prévaloir. Néanmoins, en l'absence de recours sur ce fondement devant le juge administratif à ce jour, il n'est possible que de commenter la légitimité qu'auraient les acheteurs victimes à se prévaloir d'un tel préjudice (b).

a. Une absence d'indemnisation à ce jour par le juge administratif

C'est l'article L. 481-3 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, qui offre aujourd'hui cette possibilité en ce que : "*le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment : (...) 4° Le préjudice moral*". Ces dispositions n'ont pas encore été appliquées par le juge administratif à notre connaissance compte tenu de leur date d'entrée en vigueur et du nombre peu important de contentieux portés devant le juge administratif dans ce domaine.

Elles pourraient donc s'appliquer à l'avenir si un acheteur victime d'une entente souhaitait faire état d'un tel préjudice, ce qui présenterait un fort intérêt et apparaîtrait fondé (b).

b. Des acheteurs légitimes à se prévaloir d'un préjudice moral

Les acheteurs seraient légitimes à faire état d'un préjudice moral découlant du dommage causé par une entente. Le fondement de cette légitimité pourrait être cherché dans leur mission de bonne gestion des deniers publics, et dans l'atteinte symbolique qui leur est portée s'ils sont victimes d'un préjudice de surcoût à la suite d'une entente.

Ainsi, sans faire le lien entre préjudice moral et bonne gestion de l'argent public, Madame GRANDVUILLEMIN déclare toutefois que "*la protection des deniers publics est plus que jamais nécessaire en cette période de crise sanitaire et économique. Les personnes publiques ne sont pas des victimes comme les autres : elles portent une responsabilité à l'égard de la*

collectivité, celle de préserver les deniers publics. Il est donc plus que temps pour elles de s'emparer de l'arme indemnitaire"⁵⁸², et notamment, *mutatis mutandis*, de se prévaloir d'un préjudice moral tiré de l'atteinte portée à leur considération vis-à-vis des citoyens-contribuables, et à l'honneur leur revenant de manier les deniers publics. Si ce préjudice n'a à notre connaissance pas encore été indemnisé devant le juge administratif, il l'a été par le juge pénal (2).

2. L'indemnisation obtenue dans le cadre d'une procédure pénale

L'entente étant constitutive d'un délit pénal (a), la victime peut se constituer partie civile dans le cadre d'une telle instance et voir son préjudice moral indemnisé (b).

a. L'entente est un délit

L'article L.420-6 du Code de commerce prévoit qu'est "*puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1,(...)*. Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné. (...)" (nous soulignons).

Dès lors que la victime d'une telle infraction justifierait d'un préjudice, notamment moral, elle pourrait se constituer partie civile dans le cadre d'une procédure pénale contre les auteurs de cette infraction pour demander une indemnisation à ce titre (b).

b. L'acheteur victime peut se constituer partie civile

Le Code de procédure pénale (CPP) organise les modalités de déclenchement de l'action publique et de l'action civile par la victime d'une infraction. Deux modalités de constitution de partie civile sont envisageables pour la victime : d'abord par le dépôt d'une

582 GRANDVUILLEMIN S. , "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *op. cit.*

plainte avec constitution de partie civile⁵⁸³, puis par la constitution lors du procès⁵⁸⁴. Pour rappel, l'article 1er du CPP prévoit que "l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. / Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code" (nous soulignons), et son article 2 indique que "l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. (...)"(nous soulignons).

Dans le premier cas, l'article 85 du CPP prévoit les conditions de recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile, en vue du déclenchement de l'action publique par la victime et de l'obtention d'une indemnisation : "Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42 (...)" (nous soulignons).

Dans le second cas, c'est l'article 418 du CPP qui dispose que "Toute personne qui, conformément à l'article 2, prétend avoir été lésée par un délit, peut, si elle ne l'a déjà fait, se constituer partie civile à l'audience même. / Le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire. / La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé" (nous soulignons).

En cela, la voie pénale a été empruntée par la Région Île-de-France dans l'affaire des ententes dans les marchés publics de ses lycées. L'arrêt du Tribunal des conflits du 16 novembre 2015⁵⁸⁵, à propos de cette affaire, rappelle dans son premier considérant "qu'au cours des années 1988 à 1997, la région Ile-de-France a conclu des marchés publics en vue de la rénovation et de la reconstruction des lycées dont elle assurait la gestion, l'entretien et la construction en vertu de la loi du 22 juillet 1983 ; qu'à la suite d'une information ouverte par le procureur de la République de Paris le 3 juin 1997, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 27 février 2007, devenu irrévocable, a confirmé la condamnation, prononcée par jugement du tribunal correctionnel de Paris en date du 26 octobre 2005, à l'encontre notamment de divers préposés d'entreprises attributaires des marchés, pour participation personnelle et déterminante à une entente anticoncurrentielle, et condamné les intéressés à verser à la

583 Articles 85 à 91-1 du Code de procédure pénale.

584 Articles 418 à 426 du Code de procédure pénale.

585 T. confl., 16 novembre 2015, n° 4035.

région une somme de 100 000 euros au titre du préjudice moral "(nous soulignons). Cet arrêt de la CA de Paris statuant sur l'action civile de la région pour se voir indemnisée de son préjudice moral a condamné les préposés des entreprises auteurs de l'infraction d'entente à des dommages-intérêts. Il a été déféré devant la Cour de cassation, qui dans un arrêt du 20 février 2008⁵⁸⁶ rejette les pourvois.

Si la seule voie indemnitaire était choisie par l'acheteur, l'enjeu principal de son recours résiderait dans l'évaluation de son préjudice de surcoût (Partie III).

586 Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 20 février 2008, 02-82.676 07-82.110, Publié au bulletin.

PARTIE III. Une évaluation factuelle du préjudice de surcoût de l'acheteur

Une des principales questions à se poser dans ce contentieux est celle du montant du préjudice de surcoût de la victime de l'entente⁵⁸⁷. Parmi l'ensemble des méthodes d'évaluation de ce préjudice envisageables, le juge administratif a fait le choix de retenir les méthodes d'évaluation les plus factuelles en se fondant sur l'avis de l'expert amené à se prononcer dans le cadre de l'instance. Aussi, si le cadre d'analyse est bien établi et étoffé pour quantifier le préjudice (I), le juge administratif fait preuve de pragmatisme à l'heure de le mettre en œuvre (II).

I. Un cadre d'analyse étoffé pour quantifier le préjudice

Le cadre théorique devant être suivi par les experts pour l'évaluation du surpris est bien établi et étoffé. L'évaluation du surcoût payé par la victime de l'entente repose sur une méthode en trois étapes (A), dont la première, l'estimation du taux de surcoût, s'avère la plus ardue. La Commission européenne propose une pluralité de méthodes faisant autorité pour le quantifier (B).

A. Une méthode d'évaluation du surcoût en trois étapes

L'évaluation globale du surpris repose sur une méthode en trois étapes : l'estimation du taux de surcoût (1), la détermination de l'assiette des achats concernés par ce dernier (2), et de son éventuelle répercussion par la victime (3). La doctrine les liste très clairement : *"l'évaluation d'un préjudice de surcoût comporte généralement trois étapes. La première vise à estimer le taux de surcoût (ou parfois les taux de surcoût, lorsqu'il en a prévalu plusieurs) : c'est souvent celle qui mobilise la plus grande quantité d'énergie. La deuxième établit le montant des achats sur lesquels ce taux de surcoût doit être appliqué. La troisième cherche à évaluer si la victime a pu limiter son préjudice"*⁵⁸⁸.

587 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

588 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

1. L'estimation du taux de surcoût supporté par la victime

Le taux de surcoût dispose d'une définition (a), mais de plusieurs modalités d'expression (b).

a. Définition du taux de surcoût

Le taux de surcoût est défini comme "*la part du prix de vente du produit qui résulte de l'entente. Un taux de surcoût de 15 % signifie par exemple que, sans l'entente, le prix du produit aurait été inférieur de 15 %*"⁵⁸⁹. Sa détermination constitue un des éléments d'individualisation des effets de l'entente⁵⁹⁰.

Trois étapes permettent d'évaluer le taux de surcoût causé par une entente⁵⁹¹, ces étapes constituant des "*conventions*"⁵⁹². La première consiste à "*réunir les prix pratiqués pendant la période de l'entente (on les désigne souvent comme les prix "factuels")*"⁵⁹³. La deuxième est "*d'estimer quels auraient été ces prix si l'entente n'avait pas existé (on parle de prix "contrefactuels")*"⁵⁹⁴. Enfin, la troisième et dernière étape "*est celle du calcul du surcoût, lequel est simplement la différence entre prix factuels et prix contrefactuels*"⁵⁹⁵. Ce surcoût peut être spécifiquement chiffré ou exprimé en pourcentages. Si le surcoût est exprimé en pourcentages, ce taux peut prendre deux formes (b).

b. Les modalités d'expression de ce taux

Il ressort de la littérature sur le sujet que différentes modalités d'expression du taux de surcoût existent, les deux principales étant celles adoptées en Europe et en Amérique du Nord. Dans la perspective européenne, le taux de surcoût est généralement exprimé en pourcentages du prix factuel⁵⁹⁶, par rapport aux prix pratiqués pendant l'entente. Ainsi, si "*le surcoût*

589 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

590 *Ibid.*

591 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

592 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

593 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

594 *Ibid.*

595 *Ibid.*

596 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

résultant de l'entente s'élève à $10 \text{ €} - 8 \text{ €} = 2 \text{ €}$; exprimé en pourcentage du prix factuel, le taux de surcoût est de $2 \text{ €} / 10 \text{ €} = 20 \%$ ⁵⁹⁷. Tandis qu'outre Atlantique, il est le plus souvent exprimé en pourcentage du prix contrefactuel, donc par rapport aux prix hors-entente "(dans l'ex. ci-dessus $2 \text{ €} / 8 \text{ €} = 25 \%$)"⁵⁹⁸.

La deuxième étape de l'évaluation du surpris est de déterminer la masse d'achats affectés (2).

2. La détermination de l'assiette des achats concernés par le surcoût

L'assiette des achats affectés par le surcoût comprend les marchés publics impactés par l'entente en cause (a), ce qui induit que des achats effectués postérieurement à son démantèlement puissent y être inclus (b).

a. Les marchés publics impactés par une entente horizontale spécifique

Après avoir établi ce taux de surcoût, la deuxième étape d'évaluation du surpris total est de "déterminer la masse des achats sur laquelle ce taux s'est appliqué"⁵⁹⁹, donc le "montant d'achats"⁶⁰⁰ concernés. En matière de marchés publics, on doit estimer que cette preuve est facilitée en ce qu'une entente a impacté un nombre déterminé de contrats, le plus souvent pour une entente sur les prix ou de répartition de marchés. Les prix de ces marchés sont par la suite connus. D'ailleurs, la liste des marchés affectés sera vraisemblablement indiquée dans la décision de l'autorité de la concurrence condamnant l'entente en cause, dont pourra se prévaloir l'acheteur victime.

Si les marchés publics affectés par une entente sont ceux ayant été passés pendant qu'elle développait ses effets, il s'avère également envisageable d'inclure dans l'assiette des achats impactés ceux qui poursuivraient leur exécution après sa fin (b).

597 *Ibid.*

598 *Ibid.*

599 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

600 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

b. La possible prise en compte d'achats effectués après le démantèlement de l'entente

Il est dans l'intérêt des victimes d'argumenter que les effets de l'entente se sont déployés après sa fin⁶⁰¹. Des auteurs notent que dans le cas de contrats pluriannuels initialement passés sous le joug d'une entente, tels des accords-cadres à bons de commande, les préjudices qu'elle causaient ont perduré jusqu'au terme de l'exécution du contrat même si l'entente avait pris fin avant⁶⁰². Ainsi, dans l'arrêt de la CAA Nantes de 2018 "Département de l'Orne c/ Société Signalisation France et al"⁶⁰³, la Cour a jugé que : "*9. (...) qu'enfin, le marché conclu en 2005, pendant la période de l'entente, a été tacitement reconduit jusqu'en 2008 et a donc produit des effets pour le département, jusqu'à cette date quand bien même l'entente a été démantelée en 2006 ; (...) ; que, dans ces conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'existence et l'évaluation du préjudice subi par le département de l'Orne retenues par le jugement attaqué à partir des constatations et analyses de l'expert seraient erronées*" (nous soulignons).

Cette solution est parfaitement logique dès lors que dans cette situation les prix des marchés publics sont déterminés lors de leur passation. Il faut enfin s'assurer que le surcoût qui serait dès lors payé n'a pas été répercuté par la victime, afin de justifier de la matérialité d'un préjudice (3).

3. La détermination d'une éventuelle répercussion du surcoût par l'acheteur

En tout état de cause, le Code de commerce prévoit une présomption d'absence de répercussion de son surcoût par la victime (a). Pour les acheteurs publics consommateurs finaux, une telle répercussion est inenvisageable (b).

601 ADDA J., AMARO F., LABORDE J.-F., "Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif", *op. cit.*

602 *Ibid.*

603 CAA Nantes, 27 avr. 2018, n° 17NT01719, Département de l'Orne c/ Société Signalisation France et al.

a. Le Code de commerce prévoit une présomption d'absence de répercussion du surcoût par la victime de l'entente

Les auteurs indiquent qu'on "*parle de répercussion du surcoût lorsque l'acheteur de produits concernés par une entente a cherché à limiter son préjudice en transférant tout ou partie du surcoût sur des tiers*"⁶⁰⁴, l'exemple le plus fréquemment cité étant une répercussion en aval sur les cocontractants qui seraient les consommateurs de la victime⁶⁰⁵, et donc les consommateurs finaux du produit ou du service affecté par l'entente. Concrètement, "*la répercussion consiste, de la part d'une entreprise dont les prix d'achat sont renchérissés par une entente, à tenter de préserver sa rentabilité en augmentant ses prix de vente. Elle est susceptible d'amoindrir, voire de compenser totalement le préjudice. Pour évaluer les dommages-intérêts, il faut donc déterminer si le demandeur a répercuté tout ou partie du surcoût*"⁶⁰⁶.

En conséquence les défendeurs argumentaient, jusqu'à la transposition de la Directive n°2014/104/UE qui sera évoquée ci-dessous, que les victimes avaient nécessairement augmenté leurs prix du fait du surcoût en répercutant sur leurs clients une partie ou la totalité de leur préjudice⁶⁰⁷. Cela rejoignait le droit commun de la responsabilité selon lequel le demandeur doit prouver son préjudice. Or, "*en règle générale, il est difficile de démontrer qu'il y a eu répercussion, et il est également difficile de démontrer le contraire*"⁶⁰⁸.

Le sort des victimes s'est aujourd'hui amélioré car selon l'article L. 481-4 du Code de commerce, auquel renvoie le Code de justice administrative, l'acheteur direct ou indirect est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants, sauf preuve contraire apportée par l'auteur de la pratique. Ainsi, l'établissement de la répercussion sera à la charge du défendeur⁶⁰⁹.

C'est en anticipant l'application de cette disposition, qui selon les auteurs l'a inspiré⁶¹⁰, que le Conseil d'Etat a jugé en confirmant le raisonnement de la CAA qui n'avait pas inexactement qualifié les faits, dans son arrêt du 12 octobre 2020 "Société Mersen"⁶¹¹ que : "*la charge de la*

604 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

605 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

606 CARVAL S., LABORDE J.-F, "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

607 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

608 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

609 CARVAL S., LABORDE J.-F, "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

610 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

611 CE, 12 oct. 2020, n° 432981, Sté Mersen.

preuve de la répercussion des surcoûts à ses clients n'incombait pas exclusivement à la SNCF " (nous soulignons) et que "dans les circonstances de l'espèce, la SNCF justifiait avoir subi un préjudice présentant un lien de causalité direct avec les fautes commises par les sociétés requérantes". En l'espèce les auteurs de l'entente avaient tenté de se défendre en utilisant la "théorie du « passing on defence »"⁶¹², c'est-à-dire qu'ils estimaient que la victime devait démontrer qu'elle n'avait pas répercuté le surcoût qu'elle avait subi du fait de l'entente sur ses propres clients. Selon Madame HASQUENOPH, en "s'inspirant de l'évolution du droit sur ce point, rapporteur public et juge ont opté pour une approche protectrice des victimes en rejetant ce moyen de défense"⁶¹³.

Il demeure que pour les acheteurs publics consommateurs finaux, utilisant leurs achats pour répondre à leurs propres besoins, une telle répercussion est inenvisageable (b).

b. Une absence de répercussion du surprix par l'acheteur public consommateur final

La question de la répercussion du surcoût se pose "principalement lorsque ce demandeur a une activité commerciale"⁶¹⁴, ce qui n'est pas le cas des acheteurs n'exerçant pas une activité de service public industriel et commercial. En effet la question de la répercussion du surcoût est "propre aux relations entre clients et fournisseurs"⁶¹⁵ et sera difficilement mobilisable concernant les acheteurs victimes d'entente dans les marchés publics⁶¹⁶, encore plus s'ils sont consommateurs finaux. En conséquence les auteurs rappellent qu'à ce jour l'argument de la répercussion du surcoût sur un tiers n'a jamais prospéré devant le juge administratif⁶¹⁷. En ce sens, la CAA de Nantes jugeait dans un arrêt de 2018⁶¹⁸ précédemment évoqué que : "9. (...) que s'agissant de ces marchés, le département de l'Orne, en tant que consommateur final, n'était pas en mesure de répercuter les prix élevés facturés par son cocontractant".

612 HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*, citant " M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen, Dalloz, 2019, 8e éd., n° 739, p. 331".

613 *Ibid.*

614 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

615 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

616 *Ibid.*

617 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

618 CAA Nantes, 27 avr. 2018, n° 17NT01719, "Département de l'Orne c/ Société Signalisation France et al".

Ainsi, d'après les spécialistes de l'évaluation du préjudice en matière d'entente, cette dernière étape du raisonnement est matériellement neutralisée, en ce que "*pour calculer un préjudice de surcoût, on multiplie souvent (1) un montant acheté par (2) un taux de surcoût*"⁶¹⁹. Il demeure qu'une pluralité de méthodes sont envisageables pour calculer ce taux de surcoût (B).

B. Une pluralité de méthodes proposées par la Commission européenne pour déterminer le taux de surcoût

Le taux de surcoût peut être déterminé de plusieurs façons, de la plus factuelle à la plus théorique. La diversité de ces méthodes est notamment présentée par la Commission européenne dans son "Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE"⁶²⁰ de 2013. Cinq méthodes d'évaluation du taux de surcoût y sont principalement présentées : la comparaison dans le temps (également appelée "avant-après"), la comparaison avec un marché non affecté, les méthodes basées sur les coûts ou financières, l'analyse de régression (également appelée "économétrie") et le modèle de simulation.

Ces différentes méthodes peuvent être classées en deux catégories : les méthodes comparatives, et les méthodes de simulation. Maître LE CHATELIER indique à ce propos que "*celle de la comparaison consist[e] à comparer les prix pratiqués pour le marché ayant donné lieu à entente à ceux qui l'ont été antérieurement ou postérieurement, ou par d'autres acheteurs sur la même période ; celle de la simulation cherch[e] à mesurer le prix qui aurait dû être fixé en l'absence d'entente*"⁶²¹.

D'après Monsieur LABORDE, ce Guide décrit les différentes méthodes que la Commission juge "*potentiellement appropriées pour évaluer les montants des préjudices causés par les atteintes au droit de la concurrence*"⁶²². Il note également qu'un nombre important de jugements s'y réfèrent⁶²³. L'autorité de ce Guide est telle que l'auteur a relevé que des

619 LABORDE J-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

620 Document de travail des services de la Commission, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, 2013 (draft), cité par CARVAL S., LABORDE J-F, "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*, note 20.

621 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

622 LABORDE J-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

623 *Ibid.*

évaluations de préjudice avaient été rejetées par les magistrats au motif qu'elles ne reposaient pas sur les méthodes qui y étaient listées⁶²⁴. Il est même parvenu à établir une étude sur la situation française en 2021, et a remarqué que "*certaines catégories de méthodes ont été retenues plus souvent que d'autres*"⁶²⁵. Il expose les données suivantes pour les 26 affaires retenues dans son étude : comparaison dans le temps : 20 affaires ; comparaison avec un marché non affecté : 3 affaires ; méthodes basées sur les coûts ou financières : 4 affaires ; économétrie ("analyse de régression") : 1 affaire ; modèles de simulation (ou "d'économie industrielle") : 0 affaire ; autres méthodes : 1 affaire ("*Dans une affaire, deux méthodes ont été employées en parallèle ; dans deux affaires, deux modes de comparaison ont été utilisés « en double différence » ; d'où le total de 26 + 3 = 29 méthodes employées*".⁶²⁶)

Aussi, on adoptera cette distinction pouvant être faite dans le Guide de la Commission européenne de 2013⁶²⁷, entre les méthodes comparatives (1), et de simulation (2).

1. Les méthodes comparatives

Dès 2017, Monsieur LABORDE indiquait dans une étude sur "(...) les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats"⁶²⁸ que, sur plus de 50 jugements rendus en Europe dans des actions indemnitaires faisant suite à des ententes⁶²⁹, un préjudice de surcoût a été caractérisé dans 23 affaires. Aussi, alors que différentes "*méthodes de quantification du préjudice*" ont été proposées aux magistrats⁶³⁰, l'auteur relève que ces derniers "*semblent avoir donné leur préférence aux méthodes de comparaison dites « simples », fondées sur des faits et des calculs qu'ils peuvent vérifier, plutôt qu'aux techniques de modélisation économique ou économétrique parfois perçues comme complexes*"⁶³¹.

En ce sens, lors de la publication en 2011 par la Commission européenne du "projet de document d'orientation sur la quantification du préjudice" et de la consultation publique

624 *Ibid.*, note 51, d'après Bundesgerichtshof, 9 octobre 2018, KRB 10/17.

625 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*.

626 *Ibid.*, note 29.

627 Document de travail des services de la Commission, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, 2013 (draft).

628 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

629 *Ibid.*

630 *Ibid.*

631 *Ibid.*

subséquente⁶³², l'auteur a relevé que la Cour de cassation italienne avait fait connaître sa préférence pour les méthodes comparatives, du fait de sa "*tendance à préférer – en règle générale et autant que faire se peut – les méthodes de comparaison (...) parce qu'elles sont plus aisément vérifiables*"⁶³³. D'après les recherches menées par cet expert, force est de constater que "*nombreux sont les magistrats en Europe à partager ce point de vue*"⁶³⁴. Les méthodes comparatives regroupent celles consistant à comparer un marché avec un autre dans le temps ou dans l'espace (a), ou avec un modèle économétrique plus théorique (b).

a. La comparaison dans le temps ou avec un marché non-affecté

La comparaison peut être réalisée entre différents marchés dans le temps ou dans l'espace. La méthode de comparaison dans le temps⁶³⁵, également nommée méthode "*avant-après*"⁶³⁶, consiste à confronter deux prix selon leur évolution dans le temps⁶³⁷. Plus spécifiquement, "*la comparaison dans le temps consiste à comparer les prix pratiqués pendant la période de l'entente avec des prix observés lorsque l'entente n'existait pas (avant sa création ou après sa dissolution)*"⁶³⁸. Elle retient donc comme prix contrefactuel, c'est-à-dire celui qui aurait dû être payé en l'absence d'entente, un prix observé soit avant l'établissement de l'entente, soit après son démantèlement. Par exemple, "*si le produit valait 8 € avant l'entente et 10 € pendant, le surcoût est de 2 €*"⁶³⁹. D'après les experts du sujet et sans distinction entre les ordres de juridictions, cette méthode est la plus fréquemment utilisée par les juridictions, notamment chez les juges "*allemands, autrichiens, espagnols, français et italiens*"⁶⁴⁰.

Reste à déterminer la borne temporelle du prix contrefactuel, avant ou après l'entente. Monsieur LABORDE énonce que dans une large majorité des cas, le choix est fait de retenir

632 *Ibid.*, note 43, d'après "Projet de document d'orientation, La quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE", juin 2011

633 *Ibid.*, note 44, d'après la libre traduction de l'auteur de "we are inclined to prefer—as a general rule and as far as possible—the comparative approach (...) because it is more objectively verifiable", Corte di Cassazione Italiana, "Comments on the guidance paper on damages for breach of antitrust law", non daté, disponible à http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/index_en.html (en italien et en anglais).

634 *Ibid.*

635 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

636 *Ibid.*

637 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

638 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.* ; dans le même sens : LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

639 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

640 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

un prix de référence postérieur à la fin de la pratique anticoncurrentielle, puisque "*dans près de 70 % des affaires, c'est après la fin de l'entente qu'il a été trouvé*"⁶⁴¹. Ainsi, il relève que "*pour évaluer un surcoût dans le secteur des travaux routiers, le tribunal correctionnel de Rouen a, par exemple, constaté que le prix moyen de la tonne d'enrobés était de 593,09 FF en 1998 (pendant une entente). Ce prix était descendu à 509,29 FF en 1999 (après la fin de cette entente). Le tribunal en a conclu que le surcoût était de $593,09 - 509,29 = 83,80$ FF par tonne (T. corr. Rouen, 11 sept. 2008, n° 2850/08 ; en appel Rouen, 14 déc. 2009, n° 09/00028. Le prix 1999 est ajusté d'un coefficient d'inflation)*"⁶⁴². Le choix de retenir un prix antérieur peut également se justifier dans des cas spécifiques, "*par exemple dans le cas d'une entente de courte durée*"⁶⁴³. Il demeure aussi envisageable d'utiliser un prix contrefactuel tenant compte des prix antérieurs et postérieurs.

La seconde méthode de comparaison, dite de comparaison avec un autre marché, consiste à sélectionner le "*prix non affecté par l'entente*"⁶⁴⁴ non pas ailleurs dans le temps, mais dans l'espace : "*on va le prendre ailleurs dans l'espace géographique, sur un marché situé en dehors du périmètre de l'entente*"⁶⁴⁵. Dans cette méthode, "*le prix contrefactuel est celui qui est observé sur un marché exempt de pratiques anticoncurrentielles*"⁶⁴⁶, sachant qu'il est envisageable de comparer le marché affecté avec un marché de produits différents, notamment "*lorsque l'on compare non pas des prix mais des variations de prix*"⁶⁴⁷. En conséquence, et pour un exemple avec un marché géographique, "*si le produit valait 10 € dans la région où l'entente était active, et 8 € dans les régions non affectées par cette entente, le surcoût est de 2 €*"⁶⁴⁸. Cette méthode demeure rarement employée, et est particulièrement rejetée si le demandeur s'appuie sur des données d'autres pays pour étayer son argumentation⁶⁴⁹. La comparaison avec des marchés non-affectés n'a été acceptée qu'en cas de comparaison interne aux frontières du pays où l'entente s'est produite, soit en comparant les prix entre différentes régions, soit avec les évolutions de prix de plusieurs produits⁶⁵⁰. En

641 *Ibid.*

642 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

643 LABORDE J.-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

644 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

645 *Ibid.* ; dans le même sens : LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

646 CARVAL S., LABORDE J.-F , "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

647 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*, note 31.

648 CARVAL S., LABORDE J.-F , "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

649 LABORDE J.-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

650 *Ibid.*

conséquence, "en France comme ailleurs en Europe, cette méthode est surtout utilisée dans des cas d'ententes de portée locale ou régionale"⁶⁵¹.

Il est également envisageable d'employer un modèle économétrique de régression pour effectuer ce calcul (b).

b. L'analyse de régression (modèle économétrique de correction)

Le rôle du modèle économétrique est d'apporter les corrections nécessaires à la mise en œuvre des deux précédentes méthodes, en les affinant. En effet, et comme le relèvent les auteurs spécialistes de la question, des facteurs extérieurs à l'entente peuvent avoir un effet sur les prix comparés, telles des "variations des coûts de production des produits sur lesquels portait l'entente, ou des variations de leur demande"⁶⁵². Ces facteurs exogènes et leurs conséquences pouvant fausser la quantification du surcoût doivent donc être isolés pour ne pas être pris en compte, par une neutralisation de leurs effets ⁶⁵³. Cette opération a lieu au terme d'une analyse statistique dite "de régression"⁶⁵⁴. Pour expliquer sa mise en œuvre, les auteurs prennent l'exemple suivant : "si le produit valait 8 € avant l'entente et 10 € pendant, le surcoût apparent est de 2 € ; mais si des facteurs extérieurs à l'entente expliquent une augmentation de 0,7 €, le surcoût imputable à l'entente est de 1,3 €"⁶⁵⁵.

Monsieur LABORDE relève cependant qu'elle est au cœur d'une controverse entre économistes et juristes, les premiers considérant sa puissance et sa précision "parce qu'elle peut prendre en compte des facteurs multiples"⁶⁵⁶ comme un grand nombre de facteurs exogènes autres que le coût, par exemple "l'impact de l'arrivée d'un nouvel entrant"⁶⁵⁷ sur un marché. Tandis que les seconds semblent estimer "qu'elle est excessivement complexe"⁶⁵⁸, les auteurs spécialistes de la question indiquant même que "les résultats de modèles économétriques sont manipulables, et [qu']il est malaisé pour qui n'est pas économètre de

651 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

652 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

653 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

654 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

655 *Ibid.*

656 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*, note 33.

657 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*, note 34.

658 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*, note 34.

*juger s'ils sont fiables ou pas*⁶⁵⁹. De fait, cette méthode est employée de manière très marginale par réticence des juridictions⁶⁶⁰, et uniquement dans de récentes affaires⁶⁶¹, en Europe mais non en France.

La seconde catégorie de méthodes employables est celle des méthodes de simulation (2).

2. Les méthodes de simulation

Les méthodes de simulation sont constituées par des simulations financières (a), et l'emploi de modèles de simulation (b).

a. Les méthodes financières ou basées sur les coûts

Il s'agit ici d'une pluralité de techniques utilisant des analyses d'*"agrégats financiers"*⁶⁶², particulièrement des comparaisons de *"taux de marge"*⁶⁶³. Selon les spécialistes, la méthode la plus utilisée dans cette catégorie est la *"méthode fondée sur les coûts (ou « cost plus »)"*⁶⁶⁴ qui consiste, à partir du prix de revient d'un produit, d'y ajouter une marge considérée comme raisonnable, afin d'obtenir un prix de vente théorique. Par exemple, *"s'il avait été vendu avec une marge raisonnable, le produit aurait été proposé à 8 € ; or, il était vendu à 10 €, le surcoût est de 2 €"*⁶⁶⁵.

Ces méthodes sont principalement utilisées pour *"isoler les effets de facteurs exogènes à une entente"*⁶⁶⁶. D'avis d'expert, si les méthodes de comparaison des prix ont *"l'avantage de la simplicité"*⁶⁶⁷, elles peuvent dans *"certaines circonstances (...) apparaître un peu trop simples et potentiellement trompeuses"*⁶⁶⁸. Ainsi, si la méthode de comparaison des prix était utilisée

659 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*, note 35 : *"Certaines parties d'un modèle peuvent être vérifiables par un non-économètre (par ex. les choix de variables) et d'autres moins (par ex. les choix de méthodes statistiques)"*.

660 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

661 LABORDE J.-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

662 CARVAL S., LABORDE J.-F , "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.* ; dans le même sens : LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

663 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

664 *Ibid.*

665 CARVAL S., LABORDE J.-F , "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

666 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

667 LABORDE J.-F, "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

668 *Ibid.*

dans une affaire d'entente, des variations pourraient résulter à la fois des effets de l'entente que l'on cherche à mesurer, mais aussi de facteurs extérieurs à elle, tels les cours de matières premières par exemple⁶⁶⁹. Pour éviter un tel écueil, le recours à la méthode basée sur les coûts peut être une solution intéressante "*pour quantifier le seul effet de l'entente*"⁶⁷⁰. Raisonner selon le paramètre du taux de marge permet d'estimer avec une plus grande précision "*l'effet véritablement imputable à l'entente*"⁶⁷¹ en excluant de l'analyse les "*effets des variations de coûts*"⁶⁷².

Concrètement, Monsieur LABORDE relevait en 2021 que "*dans certaines des affaires consécutives à l'entente dans le secteur de la signalisation routière verticale, par exemple, des experts judiciaires ont relevé une baisse des prix des panneaux de signalisation après la fin de l'entente. Une partie de cette baisse résultait cependant non pas du démantèlement de l'entente, mais d'un facteur exogène : la diminution simultanée du coût de certaines matières premières*"⁶⁷³, ce dernier paramètre devant nécessairement être exclu pour estimer le surcoût imputable à l'entente, ce que la méthode basée sur les coûts permet. De surcroît, des modèles de simulation peuvent encore être utilisés (b).

b. Les modèles de simulation

Les méthodes de simulation regroupent différents "*modèles*" tels que les "*modèles d'oligopole de Cournot ou de Bertrand*"⁶⁷⁴. Leur objectif est de simuler le "*fonctionnement théorique et simplifié d'un marché*"⁶⁷⁵, raisons pour lesquelles les auteurs indiquent que leur emploi est moins courant que celui des autres méthodes⁶⁷⁶, se voyant reprocher leur "*caractère théorique et simplificateur*"⁶⁷⁷. Aux dires d'experts, "*les jugements et arrêts faisant mention d'un modèle de simulation sont très peu nombreux*"⁶⁷⁸, sans doute car "*il existe un certain scepticisme sur le fait que des modèles économétriques peuvent être utiles pour*

669 *Ibid.*

670 *Ibid.*

671 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

672 *Ibid.*

673 LABORDE Jean-François, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.* note 33, d'après V. p. ex. TA Caen, 22 juin 2017, n° 1500244.

674 CARVAL S., LABORDE J.-F, "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

675 *Ibid.*

676 LABORDE J.-F, "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

677 *Ibid.*

678 LABORDE J.-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

évaluer des préjudices dans le cadre de procédures civiles⁶⁷⁹. Monsieur LABORDE relève qu'une des rares évaluations juridictionnelles de ses résultats a été menée par des juridictions administratives françaises, notamment le tribunal administratif de Paris qui n'en "a pas retenu les conclusions, reprochant notamment au modèle d'être construit sur des hypothèses qui "idéalisent la situation du marché"⁶⁸⁰.

Comme le rappelle ce dernier expert, "chacune des méthodes présentées dans le Guide pratique [de la Commission Européenne de 2013] constitue une manière différente de construire ce scénario [contrefactuel]"⁶⁸¹ où l'entente ne se serait pas produite. Face à cette liste pouvant être ordonnée en deux catégories, le choix de l'outil de quantification pour les demandeurs ou les défendeurs peut soit s'avérer difficile tant elle se distinguent dans leur complexité, précision et exigence, soit être contraint en raison des données disponibles⁶⁸². Cependant, il apparaît que ce dilemme du choix de l'épée ou du bouclier doit être relativisé, car il doit prioritairement être guidé par la pratique juridictionnelle contemporaine s'avérant très pragmatique (II).

II. Une quantification pragmatique du préjudice par le juge administratif

Le droit européen n'a pas imposé au juge une méthode d'évaluation particulière du préjudice des victimes d'ententes⁶⁸³. Le montant d'indemnisation retenu dépendra de l'appréciation souveraine des juge du fond. D'une part, le Conseil d'Etat exerce sur le choix de la méthode d'évaluation du préjudice un contrôle de l'erreur de droit⁶⁸⁴ (en ce sens voir les arrêts du Conseil d'Etat du 27 mars 2020⁶⁸⁵). D'autre part, concernant les éléments entrant dans la détermination du coût réel du marché public⁶⁸⁶, le Conseil d'Etat ne se penchera sur le contenu des expertises que "par le biais de la dénaturation (...) "⁶⁸⁷. La détermination des

679 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*, citant Frédéric Jenny, traduction libre de "there is some skepticism to the fact that econometric models can be useful to assess damages in civil proceedings". F. Jenny, *New Frontiers of Antitrust 2015*, Concurrences n°3-2015.

680 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*, note 38, d'après TA Paris, 1er avr. 2014, n° 1308641, n° 1301400/3-1 ; V. aussi CAA Paris, 13 juin 2019, n° 14PA02419.

681 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*,

682 *Ibid.*

683 Comme le relève la Professeure UBAUD-BERGERON, "la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 (directive Damages), transposée en France par l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, ne détermine pas les conditions d'évaluation du préjudice" (UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*).

684 PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *op. cit.*

685 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421758, Dpt de l'Orne, Lebon ; CE, 27 mars 2020, n° 421833, Dpt de l'Orne.

686 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

687 *Ibid.*

éléments factuels inclus dans l'analyse des experts et des facteurs exogènes exclus relèvera donc de l'appréciation souveraine des juges du fond⁶⁸⁸. En conséquence, concernant l'existence et le montant du préjudice, et du fait de son contrôle de la dénaturation sur l'appréciation portée par les juges du fond, le Conseil d'Etat ne développe pas sa motivation sur ce point et "*ne donne ainsi aucune précision sur les critères d'appréciation du préjudice*"⁶⁸⁹. Ainsi, il faut se tourner vers les arrêts des Cours administratives d'appel et les jugements des tribunaux administratifs "*pour étudier le contenu de l'expertise*"⁶⁹⁰.

La jurisprudence montre ainsi que le juge administratif suprême fait œuvre de pragmatisme dans le choix des méthodes d'évaluation et cherche à asseoir une méthodologie cohérente. En substance, il suit la citation de F. Jenny, professeur d'économie et ancien conseiller à la Cour de cassation, selon lequel "*l'approche économique et l'approche juridique ont des méthodologies différentes. L'économiste part d'un concept de perte de surplus, le juge part des faits*"⁶⁹¹. Ainsi, le juge administratif admet à ce jour l'emploi de deux méthodes, dont l'utilisation est déterminée selon la situation de l'acheteur et afin d'indemniser le plus exactement possible son préjudice (A). Pour cela, le juge adopte un raisonnement sophistiqué démontrant sa cohérence et sa prudence (B).

A. Un duo de méthodes admises pour évaluer le surcoût

Si "*cette méthode contrefactuelle (...) est théoriquement possible, (...) elle se heurte en pratique à des problèmes méthodologiques majeurs*"⁶⁹², ce qui conduit le juge administratif à comparer les paramètres factuels touchant à la formation du prix pendant et après l'entente⁶⁹³. Ainsi, il a admis le recours à deux méthodes distinctes dans différentes affaires : d'abord la comparaison des prix des marchés passés pendant l'entente et ceux intervenus après sa fin (1), puis l'étude de l'évolution du taux de marge des entreprises pendant et après l'entente (2).

688 *Ibid.*

689 *Ibid.*

690 *Ibid.*

691 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*, note 32, d'après Jenny F., "La directive "dommages" : quelles conséquences pour le contentieux ?", conférence au tribunal de commerce de Paris, 18 mai 2015, compte rendu repris sur le site du journal Concurrences.

692 KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *op. cit.*

693 *Ibid.*

1. La comparaison des prix des marchés passés pendant l'entente et ceux intervenus après la fin de ses effets

Dans son arrêt du 27 mars 2020, n° 420491, "Société Signalisation France c/ Dpt Manche", le Conseil d'Etat valide cette méthode de comparaison selon des modalités précises (a), en adoptant une approche fondée sur le préjudice direct de l'acheteur (b).

a. Mise en œuvre de la méthode

Dans son arrêt du 27 mars 2020⁶⁹⁴, une première méthode a été admise par le juge administratif pour apprécier le préjudice subi par un acheteur en raison d'une entente dans la passation d'un marché public. Il s'agit de se fonder : "*6. (...) pour évaluer l'ampleur du préjudice subi par le département au titre du surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles, sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente, en prenant notamment en compte la chute des prix postérieure à son démantèlement ainsi que les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence sur celle-ci.*" (nous soulignons). Dans cet arrêt, la société requérante opposait en défense que "*l'écart de prix entre les marchés litigieux et les marchés conclus postérieurement était dû à une modification de la pondération du critère du prix et à une réduction des marges des sociétés attributaires*"⁶⁹⁵. Ces arguments n'ont pas été retenus.

En ce sens, la rapporteure publique Madame LE CORRE a indiqué dans ses conclusions sous l'arrêt CE, 27 avr. 2021, n° 440348, que "*la méthode de la comparaison dans le temps [retenue par les juges du fond], établissant le surcoût par le prix constaté pendant et après la fin de l'entente est la plus couramment utilisée, en particulier par les juridictions administratives. [...] ; L'idée est de comparer des données pertinentes et de veiller à écarter des facteurs exogènes expliquant une variation des prix ou des marges indépendamment de l'impact de l'entente*". Cet état de fait a été noté de longue date par la doctrine spécialiste de ces questions indemnitaires⁶⁹⁶. Cela amène ces auteurs à considérer que les juges français,

694 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon.

695 UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis...", *op. cit.*

696 Dans un article de 2016 de Madame CARVAL et Monsieur LABORDE (CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*), les auteurs se prononçaient déjà sur "*l'utilisation des méthodes dans le procès*" sans distinguer entre les ordres juridictionnels. En termes généraux, ils relèvaient que dans dix affaires où le juge français a indemnisé un surcoût, "*les expertises qui ont emporté sa conviction étaient majoritairement fondées sur la méthode de la compa-*

parmi lesquels le juge administratif, seraient enclins à adopter des méthodes factuelles (qui sont également les plus "*simples*"⁶⁹⁷) intégrant des données tangibles, aux dépens de modèles théoriques demeurant hypothétiques. Il leur apparaît donc que "*les magistrats soient plus particulièrement réceptifs aux méthodes simples et fondées sur des données réelles. Peut-être estiment-ils qu'un prix effectivement pratiqué constitue un indice de meilleure qualité qu'un prix déterminé par un modèle économique ou financier*"⁶⁹⁸. Ces mêmes auteurs tirent d'ailleurs autorité d'un argument de droit comparé car en Allemagne, "*où les méthodes de comparaison prédominent également*"⁶⁹⁹, la Cour fédérale de justice a considéré en 2007 que ces dernières étaient "*supérieures aux autres approches*"⁷⁰⁰. La mise en œuvre de cette méthode suppose donc que des marchés ayant le même objet soient passés pendant et après une entente qui les affecteraient, afin d'en comparer le prix. Son emploi traduit une approche centrée sur la victime (b).

b. Une approche fondée sur le préjudice direct de l'acheteur

A propos de cette méthode d'évaluation, la Professeure UBAUD-BERGERON estime que "*l'appréciation fondée sur l'évolution des prix permet de mieux cerner le préjudice direct de la personne publique*"⁷⁰¹. En effet, Maître MAUREL explique le choix de cette méthode par le fait que le préjudice subi par l'acheteur "*dure tant que ces marchés produisent des effets, c'est-à-dire sont exécutés*"⁷⁰². En comparant des prix de marchés pendant l'entente, donc viciés pendant leur exécution, avec des prix d'autres marchés non-impactés et ayant le même objet, le préjudice de surcoût apparaît nettement, pour peu que les "facteurs exogènes" à l'entente qui influenceraient la variation des prix soient exclus de l'analyse⁷⁰³.

Il est également envisageable de se fonder sur l'évolution du taux de marge des co-auteurs de l'entente pour quantifier le préjudice (2).

raison dans le temps : celle-ci a été mise en œuvre dans huit des dix affaires".

697 *Ibid.*

698 *Ibid.*

699 *Ibid.*, note 26, d'après Bernhard J., "Allemagne: évaluation des préjudices et charge de la preuve en droit civil de la concurrence", *Concurrences* 2015, n° 4, p. 245.

700 *Ibid.*, note 27, d'après Friederiszick H. W. et Röller L. H., "Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements – Insights from German Cartel Cases", EU workshop, 28 févr. 2010, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf

701 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

702 MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *op. cit.*, à propos de CE, 27 mars 2020, n° 421833, "Département de l'Orne"

703 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

2. L'étude de l'évolution du taux de marge des entreprises pendant et après l'entente

Dans son arrêt CE, 27 avr. 2021, n° 440348, "Société Lacroix Signalisation c/ Dpt Loire-Atlantique", le Conseil d'Etat admet la mise en œuvre de cette méthode comparant l'évolution du taux de marge des co-auteurs de l'entente pendant et après celle-ci (a). Cette méthode tient donc compte de l'enrichissement anormal de l'entreprise fautive (b).

a. Mise en œuvre de la méthode

Le recours devant le Conseil d'Etat dans ce dernier arrêt était fondé sur la contestation, par la société auteure du dommage, de la méthode d'évaluation du préjudice qu'avait retenue la Cour administrative d'appel. Le Conseil d'Etat a confirmé sa démarche consistant à se fonder : *"5. (...) pour calculer le préjudice subi par le département, sur la méthode préconisée par l'expert consistant à comparer les taux de marge de la requérante pendant la durée de l'entente et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par le département de la Loire-Atlantique sur les marchés litigieux"*⁷⁰⁴ (nous soulignons).

Cependant, pour tenir compte de la diversité d'activités des entreprises responsables de l'entente, et notamment leur présence sur des marchés non-impactés par l'entente en cause, le juge devait déterminer, au sein du chiffre d'affaires de l'entreprise mise en cause la part dédiée à l'activité objet de l'entente et y circonscrire son analyse⁷⁰⁵ : *"Il ressort également des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a retenu, pour calculer ce préjudice, une part de 40% du chiffre d'affaires total de la requérante dédiée à l'activité de signalisation routière verticale. En se fondant sur ce taux, qui avait été établi par l'Autorité de la concurrence au point 43 de sa décision du 22 décembre 2010 et qui concernait spécifiquement l'activité de la société Lacroix Signalisation en 2009, et en excluant en conséquence le taux de 78% proposé par la requérante au motif que celle-ci ne justifiait pas la différence entre les deux taux, la cour administrative d'appel de Nantes a souverainement apprécié les faits de l'espèce, sans les dénaturer, et n'a pas commis d'erreur de droit, alors même que le paiement des marchés*

704 CE, 27 avr. 2021, n° 440348, Sté Lacroix Signalisation c/ Dpt Loire-Atlantique.

705 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

*litigieux s'est étalé entre 1999 et 2010. En statuant ainsi, elle n'a pas davantage entaché son arrêt d'un défaut de motivation ou d'une contradiction de motifs*⁷⁰⁶ (nous soulignons).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de la CAA qui avait repris les constatations de l'ADLC. Le Conseil d'Etat précise qu'il est possible de retenir cette part unique bien que le paiement des marchés fût pluriannuel.

Cette seconde méthode admise par le juge administratif pour apprécier le préjudice de la victime est donc de "*se fonder sur l'évolution des taux de marge de la société pendant la durée de l'entente et après*"⁷⁰⁷. Le Conseil d'Etat n'ayant relevé ni dénaturación, ni erreur de droit dans le mise en œuvre d'une telle méthode⁷⁰⁸.

En conséquence, le juge administratif a la possibilité de mettre en œuvre deux méthodes⁷⁰⁹ pour évaluer le préjudice de l'acheteur victime d'une entente. Maître LE CHATELIER et Monsieur Sylvain HUL partagent cet avis, le premier écrivant qu'il peut exister une pluralité de méthodes d'évaluation du préjudice envisageables "*dès lors qu'elles sont cohérentes et s'attachent à saisir le préjudice dans toute son étendue*"⁷¹⁰. Le second relève que les conclusions de Madame LE CORRE, suivies en l'espèce, précisaient que cet arrêt était "*l'occasion de préciser qu'une diversité de méthodes est utilisable*", et qu'elle avait pleinement conscience "*que les experts avaient tendance à recourir à plusieurs méthodes afin de vérifier la robustesse de leurs hypothèses*"⁷¹¹. En effet, l'approche de cette seconde méthode diffère de la première (b).

b. Une approche fondée sur l'enrichissement anormal de l'entreprise fautive

D'après l'analyse de la Professeure UBAUD-BERGERON, l'emploi de cette seconde méthode "*présente l'avantage de pouvoir globalement estimer l'enrichissement « anormal » de [la société], mais n'est pas dénuée d'incertitudes dès lors que cette évolution peut trouver*

706 CE, 27 avr. 2021, n° 440348, Sté Lacroix Signalisation c/ Dpt Loire-Atlantique.

707 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

708 HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *op. cit.*

709 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

710 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

711 HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *op. cit.*

son origine dans une cause extérieure"⁷¹². Elle apparaît donc en creux moins favorable à son utilisation qu'à celle de la première méthode de comparaison des prix.

Au-delà des deux méthodes déjà admises, Monsieur HUL considère qu'à l'avenir, *"bien d'autres méthodes, également possibles en la matière, auront l'occasion d'être validées par la jurisprudence"*⁷¹³. Cette prédiction appelle deux commentaires. En premier lieu, il convient de noter que les méthodes de comparaison ne sont pas seulement largement adoptées en France, mais que les méthodes *"plus conceptuelles"*⁷¹⁴ sont critiquées, notamment par le juge administratif. Cela réduit d'autant la probabilité de les voir adoptées par ce dernier. En effet, le Tribunal administratif de Paris indiquait en 2014⁷¹⁵ que : *"les hypothèses retenues pour la construction des modèles supposés décrire les situations factuelles et contrefactuelles idéalisent la situation du marché"*, et qu'en l'espèce le demandeur avait produit des *"calculs hypothétiques (...) fondés sur des données approximatives et basés sur des modèles économiques dont l'exactitude est difficile à vérifier, ne permettent pas d'établir la réalité du surcoût qui serait imputable à l'entente"*.

En second lieu, il est noté dans l'étude annuelle de 2021 de Jean-François LABORDE⁷¹⁶ que d'autres méthodes que celles précédemment évoquées demeurent envisageables, au terme desquelles *"les juridictions [estiment] elles-mêmes le taux du surcoût ou son montant"*⁷¹⁷ dans un cas de figure très spécifique : *"lorsqu'au regard du montant potentiel du préjudice, le coût d'une expertise judiciaire paraît disproportionné"*⁷¹⁸. Cela a été le cas dans 14 affaires de cette étude, mais jamais en France. L'emploi d'une telle méthode s'avère d'ailleurs improbable en matière de marchés publics, compte-tenu des montants généralement importants des contrats faisant l'objet d'ententes.

Il ressort de la mise en œuvre de ces différentes méthodes de quantification du préjudice une certaine sophistication du raisonnement (B).

712 UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *op. cit.*

713 HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *op. cit.*

714 CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*

715 TA Paris, 1er avr. 2014, n° 1308641 cité par CARVAL S., LABORDE J.-F., "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *op. cit.*, note 31.

716 LABORDE J.-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *op. cit.*

717 *Ibid.*

718 *Ibid.*

B. Une sophistication du raisonnement dans la mise en œuvre de ces méthodes

Si plusieurs méthodes sont envisageables, leur utilisation complémentaire permet d'assurer la cohérence de l'analyse. Aussi, leur mise en œuvre suppose d'exclure de l'analyse les facteurs exogènes à l'entente influençant les prix du marché public vicié (1). Il est également envisageable que les experts judiciaires croisent les méthodes dans le cadre d'une vérification de la pertinence de la méthode de quantification retenue (2).

1. L'exclusion des facteurs exogènes à l'entente de l'analyse

L'exclusion des facteurs exogènes à l'entente de l'analyse permet de corriger certaines imprécisions de la quantification du préjudice (a), selon des modalités spécifiques (b).

a. La possibilité de corriger certaines imprécisions dans l'évaluation du préjudice

Madame DOMENECH indiquait dans un article⁷¹⁹ que si le choix de la méthode était la première étape permettant d'évaluer le préjudice de la victime, la deuxième était la sélection des "*éléments factuels*"⁷²⁰ entrant dans cette quantification. Il s'agit donc de décider pour le juge quels sont les éléments devant être exclus de l'analyse, ou dont les effets doivent être neutralisés. Certains praticiens rappellent en ce sens que "*des facteurs exogènes peuvent expliquer une différence de prix*"⁷²¹ entre différents marchés publics dont les prix seraient comparés.

Comme indiqué précédemment, la rapporteure publique Madame LE CORRE indiquait dans ses conclusions que dans cette opération "*l'idée est de comparer des données pertinentes et de veiller à écarter des facteurs exogènes expliquant une variation des prix ou des marges indépendamment de l'impact de l'entente*". Il reste à déterminer comment ces corrections sont mises en œuvre (b).

719 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

720 *Ibid.*

721 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

b. La mise en œuvre de ces corrections

Madame DOMENECH remarquait⁷²² que l'expertise judiciaire, qui avait mis en œuvre la méthode de comparaison des prix dans le temps, ne s'était pas "*bornée à étudier les seules conséquences immédiates de l'entente*"⁷²³ mais avait également tenu compte, afin de les exclure de l'analyse, "*[d]es causes extérieures à l'entente expliquant le niveau des prix*"⁷²⁴. Le Conseil d'Etat énonce⁷²⁵ en effet que pour "6. (...) *pour évaluer l'ampleur du préjudice subi par le département au titre du surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles, [l'expert doit se fonder sur] sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente, en prenant notamment en compte la chute des prix postérieure à son démantèlement ainsi que les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence sur celle-ci.*" (nous soulignons).

Concrètement, en première instance le TA de Caen avait relevé pour le recours du Département de l'Orne⁷²⁶ que : " 14. *Considérant que la société Signalisation France fait valoir que l'expert n'a pas tenu compte de l'incidence de la baisse sensible du prix des films rétro-réfléchissant en 2007, produits entrant dans le coût de fabrication des signaux objets des marchés, et qui est pourtant de nature à expliquer une part de la baisse des prix pratiqués après la fin des pratiques anticoncurrentielles ; que, toutefois, l'expert a longuement analysé ce point en son rapport, dont il ressort que l'essentiel de la baisse du prix des films intervient avant 2005 ; que, de plus, l'expert a tenu compte, dans sa comparaison, d'une baisse des prix des matières premières de 5 % après la période de l'entente.*" (nous soulignons).

Ainsi, au terme de cette analyse, n'ont été retenus comme "*facteurs exogènes susceptibles d'influencer le prix et donc d'affecter la comparaison*"⁷²⁷ que la fluctuation du coût des matières premières. Comme l'écrit le Professeur DREYFUS sur l'affaire de 2020 impliquant le Département de la Manche, "*l'expert avait comparé le prix du marché de 2005 avec ceux des marchés postérieurs de 2009 et 2013 ; le surcoût avait été évalué à 33 %, dont il avait retranché 5 % pour tenir compte de la diminution du prix de certaines matières premières.*"

722 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

723 *Ibid.*

724 *Ibid.*

725 CE, 27 mars 2020, n° 420491, Dpt de la Manche, Lebon.

726 TA Caen, 6 avril 2017, n° 1500227.

727 *Ibid.*

*L'analyse avait mis en évidence une chute des prix postérieurement à la disparition du cartel*⁷²⁸.

Madame DOMENECH conclut dans son article que l'évolution du prix des matières premières qui entreraient dans la fabrication des biens nécessaires à l'exécution du marché semble être le principal facteur exogène à l'entente affectant l'évolution des prix pratiqués. Ce facteur peut en effet être "*invoqu[é] indifféremment*"⁷²⁹ dans une diversité de marchés publics, et est "*transposable à nombre d'espèce*"⁷³⁰. Des avocats indiquent également que d'autres paramètres pouvant expliquer une baisse de prix sont envisageables⁷³¹, "*comme l'érosion monétaire*"⁷³², ce qui à notre connaissance n'a pas été le cas jusqu'à présent. On peut conjecturer que le faible niveau d'inflation de ces dernières années explique que ce paramètre n'ait pas été mobilisé.

En plus de ces corrections, les experts sont de surcroît incités à opérer un contrôle de cohérence de leur estimation en croisant les résultats de différentes méthodes (2).

2. L'incitation à opérer un contrôle de cohérence de l'estimation à l'aide de plusieurs méthodes

Un tel contrôle de cohérence apparaît facultatif (a), mais présente un grand intérêt (b).

a. Une vérification facultative

Dans son arrêt CE, 27 avr. 2021, n° 440348, "Société Lacroix Signalisation c/ Dpt Loire-Atlantique", le juge admet que : "6. En dernier lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que l'expert a vérifié la cohérence des résultats de la méthode mentionnée au point précédent en recourant à une autre méthode consistant à comparer les prix d'un échantillon de produits représentatifs, comportant neuf produits correspondants à la

728 DREYFUS J.-D., "« Cartel des panneaux routiers » : action en responsabilité quasi délictuelle de l'acheteur public victime de pratiques anticoncurrentielles", *AJCT*, 2020, n°10, p.475.

729 DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *op. cit.*

730 *Ibid.*

731 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

732 CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

catégorie de la signalisation plastique. Si la société requérante soutient que ces produits ne pouvaient être inclus dans l'échantillon parce qu'elle n'aurait pas été condamnée pour des pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la signalisation plastique, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour s'est référée à la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010 qui indique que les pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles elle a sanctionné la société requérante portaient sur " la signalisation routière verticale au sens large, laquelle concerne tant la signalisation verticale permanente et temporaire (panneaux métalliques) que la signalisation dite plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) ". Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que la prise en compte de ces produits plastiques n'entachait pas la représentativité de l'échantillon retenu, la cour administrative d'appel aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier." (nous soulignons).

Ainsi, il est admis que l'"expert [ait] vérifié la cohérence des résultats de la méthode [principale] en recourant à une autre méthode [alternatives] consistant à comparer les prix d'un échantillon de produits représentatifs (...)" d'après la décision de condamnation de l'autorité de concurrence. Si la méthode principale consistait à comparer l'évolution du taux de marge des entreprises sur le marché affecté, la méthode alternative comparait les prix sur un autre marché affecté par l'entente mais où aucun marché public n'avait été conclu. On peut donc remarquer l'unicité de ces deux méthodes quant à la comparaison mise en œuvre.

Maître LE CHATELIER note donc qu'un des apports de l'arrêt du 27 avril 2021 est que "peuvent également être valablement employées simultanément par le juge plusieurs méthodes d'évaluation du surcoût pour parvenir à une évaluation du surcoût en croisant les résultats obtenus par chacune d'entre elles"⁷³³, vraisemblablement deux méthodes comparatives. Cette précision est intéressante quant au poids de l'expertise dans l'instance (b).

b. L'intérêt de cette vérification

Dans ses conclusions sur l'arrêt du 27 avril 2021, Madame LE CORRE "constatait que les experts avaient tendance à recourir à plusieurs méthodes afin de vérifier la robustesse de

733 LE FOLL Y., "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *op. cit.*

leurs hypothèses"⁷³⁴. Elle déclarait en effet que "l'expert doit ainsi pouvoir recourir à une diversité de méthodes telles que celles préconisées par le guide de la commission européenne et les juges du fond procèdent, comme nous l'avons dit, à une appréciation souveraine de l'évaluation en résultant./ La difficulté d'établir une sorte de fiction – ce qui se serait passé en l'absence d'entente toutes choses égales par ailleurs – conduit d'ailleurs les experts, notamment en l'espèce, à recourir, pour le même litige, à plusieurs méthodes et à vérifier ainsi la robustesse de leurs hypothèses par un contrôle de cohérence./ C'est ce que la cour a exposé de façon très motivée dans notre affaire, en évoquant les trois méthodes analysées par l'expert, en rappelant l'évaluation retenue par le tribunal administratif sur le fondement des deux premières méthodes et en écartant la troisième, et en reprenant à son tour une analyse précise, vérifiant la pertinence de la première méthode et confrontant son résultat avec celui de la deuxième méthode. Elle n'a en cela commis aucune erreur de droit" (nous soulignons).

Il s'agit donc là de sécuriser l'analyse menée par l'expert judiciaire en lui permettant d'apporter la preuve de la pertinence de son analyse. Il apparaît dès lors opportun pour les experts d'étayer leurs rapports par des résultats issus de différentes méthodes de quantification. Une analyse qui ne recourrait pas à de telles vérifications offrirait aux entreprises autant de moyens de défense et de critique du rapport d'expertise.

734 HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *op. cit.*

CONCLUSION

Pour conclure sur ces développements, la question du recours à la transaction pour indemniser le préjudice de l'acheteur victime d'une entente dans les marchés publics sera évoquée. En effet, Monsieur LABORDE relève que *" beaucoup d'actions en réparation de préjudices causés par des ententes se concluent par des transactions, avant tout jugement sur le fond, de sorte que les décisions effectivement rendues par des magistrats sont finalement peu nombreuses "*⁷³⁵. Cela conduit à ce que peu d'informations soient disponibles publiquement sur le sujet. La transaction est un dispositif prévu par l'article 2044 du Code civil qui dispose que *"la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. / Ce contrat doit être rédigé par écrit."*

Ces éléments conduisent à deux conséquences : en premier lieu, les décisions juridictionnelles précisant les modalités de réparation à la suite d'une entente sont d'autant plus importantes qu'elles sont relativement peu nombreuses, en tant que *"si [ces] décisions n'épuisent pas les nombreuses questions que soulève ce type d'évaluation [du préjudice], elles fournissent quantité d'éclairages et de points d'ancrage"*⁷³⁶. En second lieu, dès lors qu'on observe une discordance entre, notamment, le nombre de décisions des autorités de concurrence condamnant des ententes dans des marchés publics, et le nombre d'affaires portées devant les juridictions administratives, cela signifie que la transaction est un mode de règlement de ces litiges qui n'est pas négligeable. Il serait même envisageable de déterminer si elle ne supprime pas la voie du recours juridictionnel pour obtenir une indemnisation dans une telle situation. Les affaires se soldant par une transaction ne rentrent pas dans les études statistiques pouvant être menées dans ce domaine, bien qu'elles *"représentent probablement une part significative de ce contentieux, moindre toutefois en France que dans certains autres pays d'Europe (par ex. au Royaume-Uni)"*⁷³⁷ selon Monsieur LABORDE.

Et il est aisé de comprendre un tel état de la pratique indemnitaire : une entreprise mise en cause dans une telle affaire n'a aucun intérêt à attirer l'attention dessus, un mode de règlement du litige des plus discrets lui apparaîtra préférable⁷³⁸. Pour l'acheteur, la transaction peut être

735 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

736 LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *op. cit.*

737 *Ibid.*

738 LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *op. cit.*

le moyen d'obtenir une indemnisation plus rapidement, sans avoir à passer devant le juge administratif. Ces constats conduisent d'ailleurs Maître DAL FARRA à recommander aux victimes d'"essayer de transiger"⁷³⁹. Selon lui, elles peuvent ainsi espérer une "indemnisation plus rapide"⁷⁴⁰, que la transaction intervienne avant ou après la décision de condamnation de l'entente de l'Autorité de la concurrence. D'ailleurs, l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit un dispositif incitatif, en ce que cette dernière "peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil" (nous soulignons). Une fois la condamnation de l'entente intervenue, une telle transaction conserve son intérêt "du fait de la difficulté, d'une part, de la reconstitution des dépenses utiles, d'autre part, du chiffrage du préjudice résultant de l'entente"⁷⁴¹. Pour qu'elle satisfasse la victime, de telles quantifications sont néanmoins nécessaire en amont des négociations de la transaction, car plus les chances de succès au contentieux seraient élevées, meilleur sera le rapport de forces pour l'acheteur.

Toutefois, comme le note Madame GRANDVUILLEMIN⁷⁴², la conclusion de telles transactions aura certaines incidences sur les affaires nées après l'entrée en vigueur des articles L. 481-13 et 14 du Code de commerce, qui en tiennent explicitement compte. En effet, depuis 2017 "*le juge doit prendre en considération l'existence éventuelle d'une transaction d'indemnisation entre un coauteur de l'entente et l'acheteur victime*"⁷⁴³ à deux titres concernant la contribution à la créance de réparation de la victime. L'article L. 481-13 prévoit en effet que "*la victime qui a conclu une transaction avec l'un des codébiteurs solidaires ne peut réclamer aux autres codébiteurs non parties à la transaction que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébiteur partie à la transaction. Les codébiteurs non parties à la transaction ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celle-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime./ Sauf stipulation contraire, la victime peut réclamer au codébiteur partie à la transaction le paiement du solde de son préjudice imputable aux autres codébiteurs solidaires non parties à la transaction après les avoir préalablement et vainement poursuivis*", et l'article L. 481-14 que "*pour fixer*

739 DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *op. cit.*

740 *Ibid.*

741 *Ibid.*

742 GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *op. cit.*

743 *Ibid.*

le montant de la contribution qu'un codébiteur peut récupérer auprès des autres codébiteurs solidaires, le juge tient également compte de l'ensemble des indemnités déjà versées par les codébiteurs en exécution d'une transaction antérieurement conclue par eux avec l'une des victimes de la pratique anticoncurrentielle".

Ainsi, le juge administratif pourrait être amené à se prononcer sur les conséquences d'une transaction ayant pour objet la réparation du préjudice d'un acheteur victime d'une entente dans les marchés publics.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

CORNU G., Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10e édition mise à jour, Paris, Ed. puf, coll. Quadrige, 2014, 1100 p.

ARTICLES :

ADDA J., AMARO F., LABORDE J.-F., "Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif", *AJDA*, 2019, n°6, p. 320-329.

AMARO R., "Nullité, restitutions et réparation : le Conseil d'État clarifie l'articulation des sanctions que peut demander au juge administratif une personne publique victime d'une entente entre soumissionnaires à un appel d'offres", *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2020, n°11, p. 482-484.

BOSCO D., "Actions privées en réparation : une victime ne se situant pas sur le marché affecté par l'infraction peut demander réparation", *Contrats Concurrence Consommation*, 2020, n°2, p. 42-43.

BOSCO D., "Point de départ de la prescription de l'action en réparation : le Conseil d'État retient l'adoption d'une décision de sanction", *Contrats Concurrence Consommation*, 2020, n°3, p. 34-35.

CABANES C., MICHAUD R., "Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°218, 2021, p.19-23.

CABANES C., NEVEU B., "L'action du pouvoir adjudicateur en réparation de son préjudice né d'une entente anticoncurrentielle", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°182, 2017, p. 67-74.

CARVAL S., LABORDE J.-F. , "L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française", *La Gazette du Palais*, 2016, n°34, p.11-14.

CELAYA M., "Préjudice subi du fait d'une entente et référé-provision devant le juge administratif", *L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence*, 2021, n°3, p. 6.

DAL FARRA T., "Actions indemnitaires des personnes publiques en cas d'entente", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°6, p.38-40.

DEJOUX M., SERY L., "Groupements et pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°182, 2017, p.31-39.

D'HALLUIN A., GAVEL G., "La fin de l'exception au remboursement des dépenses utiles à raison de la faute du cocontractant coupable de pratiques anticoncurrentielles ?", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°597, 2020.

DOMENECH L., "Comment déterminer le coût réel d'un marché après son exécution ? L'évaluation du préjudice des pratiques anticoncurrentielles.", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°590, 2020.

DREYFUS J.-D., "« Cartel des panneaux routiers » : action en responsabilité quasi délictuelle de l'acheteur public victime de pratiques anticoncurrentielles", *AJCT*, 2020, n°10, p.475.

DREYFUS J.-D., "Responsabilité solidaire des sociétés en cas d'entente anti-concurrentielle dans le cadre d'un marché public", *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2020, n°7, p.341-342.

GARRON F., "La commande publique à quel prix ? Le contrôle du prix de la commande publique par l'Autorité de la concurrence", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°575, 2020.

GASPAR T., "La réparation par le juge administratif du préjudice subi par la personne publique victime de la pratique anti-concurrentielle d'entente par plusieurs entreprises", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°586, 2020.

GAUDEMET M., "Commande publique et sanction des pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°218, 2021, p. 32-37.

GLASER E., "Cartel des panneaux routiers : volet indemnitare", in IDOUX P., GLASER E., NICINSKI S., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *AJDA*, 2020, pp.1894.

GRANDVUILLEMIN S. , "Le droit des pratiques anticoncurrentielles, une arme à saisir", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°218, 2021, éditorial.

GRANDVUILLEMIN S., "Pratiques anticoncurrentielles lors de la passation d'un marché public : l'indemnisation du préjudice de l'acheteur", *Le Moniteur - Contrats Publics*, n° 218, 2021, p.45-50.

HASQUENOPH I., "A l'ombre des pratiques anticoncurrentielles", *AJDA*, 2021, n°8, p.455-461.

HOEPFFNER H., "Délai de prescription de l'action en contestation de validité du contrat exercée par la victime d'un dol", *Contrats et Marchés publics*, 2022, n°4, p. 33-34.

HUL S., "Le préjudice résultant d'une entente peut être estimé en comparant le taux de marge de l'entreprise durant et après l'entente", *AJCT*, 2021, p.424.

KARPENSCHIF M., "Réparation des préjudices subis par les pouvoirs adjudicateurs : utiles précisions dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°212, 2020, p. 56-62.

LABORDE J-F. "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Comment les juridictions nationales en Europe ont apprécié les surcoûts", *Concurrences* n°3-2021, p. 232-242.

LABORDE J.-F., "La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle", *Recueil Dalloz Sirey*, 2021, p. 100-103.

LABORDE J.-F., "Actions en réparation faisant suite à des ententes : Les méthodes de quantification du surcoût retenues par les magistrats", *Concurrences* n°1-2017, art. n°83419.

LANDOT E., "Nullité des contrats : les règles enfin claires d'un jeu périlleux", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°215, 2020, p. 69-74.

LE FOLL Y., "Pratiques anticoncurrentielles : les « dépenses utiles » de la collectivité ne peuvent être calculées sur la base d'un taux de surcoût fondé sur la marge bénéficiaire de l'entreprise !", *Le Quotidien*, 24 juin 2022.

LE FOLL Y.; "[Questions à...] Pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, comment évaluer le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur ? - Questions à Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet Adaltys", *Le Quotidien*, 8 juin 2021.

LICHÈRE F., "Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°11, p. 7-12.

MARIAPPA N. , "L'évaluation du préjudice subi par une personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles, CE 27 avr. 2021, Société Lacroix City Saint-Herblain, req. n° 440348 (mentionné aux tables)", *Dalloz actualité*, 04 mai 2021.

MARTIN J. (dir.), PELLISSIER G. (dir.), GABAYET N. (collaboration), "Chronique de droit des contrats publics, Décisions de septembre à décembre 2020", 1re partie, *JCP A*, 2021, n° 5, p.13-20.

MARTIN J., "L'application de la prescription du Code civil aux actions en nullité et en responsabilité délictuelle consécutives à un dol", *JCP A*, 2020, n°12, p. 35-38.

MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°7, p. 15-18.

MAUREL A., "Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, p. 12-14.

MIDOL-MONNET L., KARPENSCHIF M., "Quelles sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires aux contrats de la commande publique ?", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°182, 2017, p. 54-61.

MOROT-MONOMY C., "Vice de violence économique et contrats administratifs", *AJDA*, 2019, n°24, p.1387-1394.

MULLER E., "Calcul des dépenses utiles en cas d'annulation du marché pour dol suite à une entente", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 8-9.

MULLER E., "Référé provision à l'encontre d'entreprises condamnées pour entente à l'occasion de la passation d'un marché public", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°4.

NICINSKI S., "Position de l'Autorité de la concurrence sur les ententes dans les marchés publics ; La présentation par des filiales d'un même groupe de plusieurs offres élaborées de manière concertée en réponse à un marché public ne constitue pas une entente", in IDOUX P., NICINSKI S., GLASER E., "Actualité du droit de la concurrence et de la régulation", *AJDA*, 2020, pp. 2540.

PEYRICAL J.-M., CAILLOCE P., "L'invocabilité et le bien fondé des moyens relatifs aux pratiques anticoncurrentielles", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°218, 2021, p. 38-44.

PIGNON S., BRACONNIER S., "Entente et contrats publics", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°644, 2021.

SANGUINETTE J., "L'annulation d'un marché public pour entente et l'indemnisation des dépenses utiles engagées par le titulaire", *Lexbase Hebdo - Edition Publique*, n°676, 2022.

SIMONNET Y., "L'appréhension des candidatures et offres concertées dans le cadre des marchés publics", *Le Moniteur - Contrats publics*, n°218, 2021, p. 14-18.

UBAUD-BERGERON M., "Ententes dans les marchés publics : comment évaluer le préjudice de la personne publique ?", *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°7, p. 21-22.

UBAUD-BERGERON M., "Marché public et indemnisation des pratiques anticoncurrentielles : attention à l'effet « ombrelle » du cartel !", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°12, p. 27-28.

UBAUD-BERGERON M., "Conséquences financières de l'annulation du contrat consécutive à un dol", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°10, p. 26-27.

UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né de l'entente dans les marchés publics de signalisation routière : bien mal acquis... ", *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, p. 18-19.

UBAUD-BERGERON M., "Indemnisation du préjudice né d'une entente en marché public", *Contrats et Marchés publics*, 2019, n°6, p. 25-26.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	1
RAPPORT D'APPRENTISSAGE.....	2
I. Une année d'apprentissage au sein de la direction de la commande et de l'achat publics du conseil départemental de Seine-Saint-Denis.....	2
II. Les missions réalisées pendant l'année d'apprentissage.....	3
III. Bilan de l'année d'apprentissage.....	10
MÉMOIRE.....	12
PARTIE I. L'établissement de la cause du préjudice par l'action concurrentielle condamnant l'entente.....	37
I. Des modalités de recours adaptées au fait dommageable constitué par l'entente.....	37
A. La possibilité de saisir le juge administratif d'un recours indemnitaire contre l'ensemble des membres de l'entente.....	38
1. Le recours contre le cocontractant de l'acheteur.....	38
a. En principe, le privilège du préalable devrait empêcher l'acheteur public de saisir le juge.....	39
b. Par exception, le juge peut être saisi pour des litiges portant sur des créances contractuelles.....	39
2. Le recours contre tout membre de l'entente.....	42
a. L'extension de l'exception permettant la mise en cause de l'ensemble des membres de l'entente.....	42
b. L'intérêt d'exercer un référé provision contre les membres de l'entente.....	43
B. Des délais de recours indemnitaire attachés à la connaissance certaine de l'entendue de l'entente.....	46
1. L'application des délais de prescription de droit commun.....	47
a. Avant la réforme de la prescription civile par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 : un délai de 10 ans.....	47
b. Après la réforme de la prescription : un délai de 5 ans.....	51
2. L'appréciation <i>in concreto</i> du point de départ du délai de prescription.....	51
a. Le point de départ le plus fréquent : la décision de condamnation de l'entente.....	51
b. Un autre point de départ envisageable : la constitution de partie civile en cas de poursuites pénales de l'entente.....	52
II. Des conditions de responsabilité des membres de l'entente cristallisées par la décision de l'autorité de concurrence la condamnant.....	54
A. Un système de présomptions établissant les conditions de la responsabilité des membres de l'entente.....	54
1. L'entente horizontale est une faute causant un préjudice.....	55
a. Une présomption irréfutable de faute.....	55
b. Une présomption réfragable de préjudice.....	56
2. Un lien de causalité déduit de la condamnation de l'entente.....	58
a. Une consécration législative de la présomption de lien de causalité.....	58

b. Une origine jurisprudentielle de la présomption.....	58
B. Une imputabilité du dommage intégrant les spécificités de l'entente.....	60
1. Une responsabilité solidaire des membres de l'entente.....	60
a. L'obligation à la dette de réparation.....	61
b. La contribution à la dette de réparation.....	64
2. L'extension de la responsabilité aux effets d'ombrelle sur les prix du cocontractant de l'acheteur non-membre de l'entente.....	65
a. Une reconnaissance initiale en droit de l'Union européenne.....	66
b. Une adoption des effets d'ombrelle par le juge administratif français.....	67
PARTIE II. Un contenu du préjudice indemnisable déterminé par les voies de droit choisies par la victime.....	70
I. L'indemnisation en cas de cumul des recours en annulation du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle.....	70
A. La consécration d'une action en annulation post-exécution contractuelle.....	73
1. La possibilité de demander l'annulation du contrat pour dol pendant cinq ans après sa découverte.....	73
a. La reconnaissance de la recevabilité du recours des parties en contestation de la validité du contrat pendant toute la durée de son exécution.....	73
b. L'admission de la recevabilité du recours en annulation au-delà de l'exécution contractuelle pendant cinq ans à compter de la découverte du dol.....	74
2. Le jeu des restitutions réciproques à la suite de l'annulation du contrat.....	78
a. Le reversement des sommes payées par la victime au titre du prix du marché public.....	79
b. Le remboursement des dépenses utiles à l'acheteur sur un fondement quasi-contractuel.....	82
B. La réparation des éventuels préjudices résiduels sur un fondement quasi-délictuel.....	88
1. Le préjudice financier de l'acheteur est envisageable.....	89
a. Un préjudice admis par la CJUE.....	89
b. Une adoption par le juge administratif français qui apparaîtrait justifiée.....	92
2. Les autres préjudices imaginables.....	93
a. L'indemnisation du prix d'un marché de substitution.....	93
b. Le préjudice moral.....	94
II. L'indemnisation dans le cadre du seul recours indemnitaire.....	95
A. Un préjudice patrimonial : le surcoût payé par l'acheteur.....	95
1. Le surcoût correspond à la différence entre ce qui a été payé et ce qui aurait dû l'être dans de réelles conditions de concurrence.....	96
a. La difficulté de reconstituer un scénario contrefactuel.....	96
b. Le rôle central de l'expertise contradictoire pour quantifier le préjudice.....	98
2. Le surcoût n'est pas la perte de chance de contracter à un meilleur prix.....	102
a. Un argument avancé par les auteurs de l'entente pour minimiser l'indemnisation. .	102
b. Un raisonnement rejeté par le juge administratif.....	102
B. Un préjudice extra-patrimonial : le préjudice moral de l'acheteur.....	103
1. Une indemnisation envisageable devant le juge administratif.....	104
a. Une absence d'indemnisation à ce jour par le juge administratif.....	104
b. Des acheteurs légitimes à se prévaloir d'un préjudice moral.....	104
2. L'indemnisation obtenue dans le cadre d'une procédure pénale.....	105
a. L'entente est un délit.....	105

b. L'acheteur victime peut se constituer partie civile.....	105
PARTIE III. Une évaluation factuelle du préjudice de surcoût de l'acheteur.....	108
I. Un cadre d'analyse étoffé pour quantifier le préjudice.....	108
A. Une méthode d'évaluation du surcoût en trois étapes.....	108
1. L'estimation du taux de surcoût supporté par la victime.....	109
a. Définition du taux de surcoût.....	109
b. Les modalités d'expression de ce taux.....	109
2. La détermination de l'assiette des achats concernés par le surcoût.....	110
a. Les marchés publics impactés par une entente horizontale spécifique.....	110
b. La possible prise en compte d'achats effectués après le démantèlement de l'entente	
.....	111
3. La détermination d'une éventuelle répercussion du surcoût par l'acheteur.....	111
a. Le Code de commerce prévoit une présomption d'absence de répercussion du	
surcoût par la victime de l'entente.....	112
b. Une absence de répercussion du surpris par l'acheteur public consommateur final	
.....	113
B. Une pluralité de méthodes proposées par la Commission européenne pour déterminer le	
taux de surcoût.....	114
1. Les méthodes comparatives.....	115
a. La comparaison dans le temps ou avec un marché non-affecté.....	116
b. L'analyse de régression (modèle économétrique de correction).....	118
2. Les méthodes de simulation.....	119
a. Les méthodes financières ou basées sur les coûts.....	119
b. Les modèles de simulation.....	120
II. Une quantification pragmatique du préjudice par le juge administratif.....	121
A. Un duo de méthodes admises pour évaluer le surcoût.....	122
1. La comparaison des prix des marchés passés pendant l'entente et ceux intervenus	
après la fin de ses effets.....	123
a. Mise en œuvre de la méthode.....	123
b. Une approche fondée sur le préjudice direct de l'acheteur.....	124
2. L'étude de l'évolution du taux de marge des entreprises pendant et après l'entente...125	
a. Mise en œuvre de la méthode.....	125
b. Une approche fondée sur l'enrichissement anormal de l'entreprise fautive.....	126
B. Une sophistication du raisonnement dans la mise en œuvre de ces méthodes.....	128
1. L'exclusion des facteurs exogènes à l'entente de l'analyse.....	128
a. La possibilité de corriger certaines imprécisions dans l'évaluation du préjudice...128	
b. La mise en œuvre de ces corrections.....	129
2. L'incitation à opérer un contrôle de cohérence de l'estimation à l'aide de plusieurs	
méthodes.....	130
a. Une vérification facultative.....	130
b. L'intérêt de cette vérification.....	131
CONCLUSION.....	133
BIBLIOGRAPHIE.....	136