

Pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol

La jurisprudence récente du Conseil d'État a clarifié les règles contentieuses applicables dans le cas où une personne publique a été victime d'une entente concurrentielle, par nature dolosive. Son consentement ayant été vicié, elle peut même après l'exécution du contrat réclamer son annulation et la restitution de certaines sommes versées, ainsi que la condamnation solidaires des membres du cartel sur le fondement quasi-délictuel.

Si il y a encore vingt ans, « le dol [entretenait] avec le contrat administratif des relations passablement ambiguës »⁽¹⁾, les décisions intervenues ces derniers mois traduisent une appropriation par le juge administratif de cette notion intimement civiliste.

Bien que l'application de la théorie des vices du consentement ne soit pas nouvelle en contentieux administratif⁽²⁾, elle est appréhendée nettement plus fréquemment par le juge ces dernières années, notamment lorsque sont en cause des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les cocontractants de l'administration. La décision *Département de la Seine-Maritime* du 10 juillet 2020, largement commentée en ce qu'elle a conduit le Conseil d'État à préciser les conséquences contentieuses de telles pratiques, en est une nouvelle illustration.

Entre 1997 et 2006, plusieurs entreprises opérant dans le domaine de la signalisation routière se sont entendues sur la répartition et le prix de marchés publics de fourniture et de pose de panneaux de signalisation routière. Ces sociétés ont été condamnées par l'autorité de la concurrence par décision du 22 décembre 2010 à de lourdes sanctions pécuniaires⁽³⁾.

Auteur

Christophe Cabanes
Romain Michaud
Avocats au Barreau de Paris
SELARL Cabanes Neveu Associés

Références

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

(1) F. Moderne, « Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats de l'administration », *CJEG* n° 574, mars 2001, chron. 100032.

(2) Pour l'erreur : CE 13 octobre 1972, Sté anonyme de banque Le Crédit du Nord, *Rec. CE*, p. 630 ; le dol : CE 14 décembre 1923, Société des Grands-Moulins de Corbeil, *Rec. CE*, p. 851 ou la violence : CE 19 janvier 1945, SA des avions Voisin.

(3) Autorité de la concurrence, décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

Cette affaire est bien connue de la doctrine et des praticiens, et a récemment donné lieu à plusieurs décisions du Conseil d'État commentées⁽⁴⁾.

Le département de la Seine-Maritime, comme plusieurs avant lui, a engagé une action en justice à l'encontre de la société Lacroix Signalisation, afin d'obtenir l'annulation des marchés passés avec elle et la restitution de l'ensemble des sommes versées.

Si, par des jugements du 31 janvier 2017⁽⁵⁾, le tribunal administratif de Rouen a fait droit à l'intégralité de la demande, la cour administrative d'appel de Douai, dans un arrêt du 22 février 2018⁽⁶⁾, a finalement réformé ces jugements, ne faisant droit qu'aux conclusions subsidiaires du département tendant à obtenir une indemnité pour la réparation du seul surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles.

C'est dans ce contexte que sur pourvoi incident du département, le Conseil d'Etat a, par une décision du 10 juillet 2020, rappelé que les ententes anticoncurrentielles présentaient un caractère dolosif et précisé les conséquences contentieuses, financières et indemnitaires pour la personne publique victime de telles pratiques.

L'entente anti-concurrentielle est constitutive d'un dol et vicie le consentement de l'acheteur public

Entente et marchés publics

Inspiré de l'article 101 du TFUE, l'article L.420-1 du Code de commerce prohibe notamment les pratiques visant à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse et celles consistant à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, qui permettent traditionnellement de qualifier l'entente anticoncurrentielle.

Selon le professeur Delaunay, « la soumission à des marchés publics constitue une source importante d'ententes entre entreprises »⁽⁷⁾, et on conçoit l'inclinaison que peuvent avoir les soumissionnaires à influencer en amont de la mise en concurrence sur les prix du marché, puisqu'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.

Les « affaires » de cartel en lien avec la commande publique apparaissent à cet égard de moins en moins isolées et le juge administratif a de manière croissante à en connaître, le tribunal administratif de Paris ayant ainsi, par exemple, récemment statué sur une action indemnitaire introduite par la Région Île-de-France dans la célèbre affaire des marchés publics des lycées d'Île-de-France⁽⁸⁾.

Entente et dol

Dans la décision du 10 juillet 2020, était donc en cause le cartel de la signalisation routière, qui a donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence résultant d'actions intentées par les Départements victimes d'une entente ayant perduré pendant près de dix ans entre les grands opérateurs du secteur.

Le Conseil d'État a d'abord rappelé la règle selon laquelle « Lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles », celles-ci doivent être regardées comme étant « constitutives d'un dol ayant vicié son consentement »⁽⁹⁾.

Cette règle, issue de la décision du Conseil d'État du 19 décembre 2007⁽¹⁰⁾, et désormais bien intégrée par les juges du fond⁽¹¹⁾, est justifiée selon le commissaire du gouvernement Victor Haïm par la circonstance que le « comportement des entreprises ne peut être qualifié de dolosif que parce qu'il y a le contrat et que ce contrat n'a été conclu dans les termes dans lesquels il l'a été que du fait des manœuvres auxquelles les entreprises se sont livrées »⁽¹²⁾.

À cet égard, le juge administratif s'inspire des principes de l'article 1130 du Code civil – ancien article 1109 – selon lesquels une manœuvre dolosive vicie le consentement du cocontractant lorsque sans elle, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

C'est bien de cela dont il s'agit en matière d'entente anticoncurrentielle, puisque la personne publique est dans cette hypothèse « amenée à conclure les marchés dans des conditions qu'elle n'aurait pas acceptées si elle n'avait pas été victime de la fraude »⁽¹³⁾.

Dit autrement, le gonflement artificiel des prix résultant de l'entente entre concurrents conduit l'acheteur à conclure le contrat dans des conditions tarifaires

(4) CE 27 mars 2020, Société Signalisation France c/ Département de la Manche, req. n° 420491 ; CE 27 mars 2020, Société Lacroix Signalisation c/ Département de l'Orne, req. n° 421758 ; CE 27 mars 2020, Société Signaux Girod c/ Département de l'Orne, req. n° 421833.

(5) TA Rouen 31 janvier 2017, req. n° 1500943.

(6) CAA Douai 22 février 2018, req. n° 17DA00561.

(7) B. Delaunay, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2018, p. 194.

(8) TA Paris 29 juillet 2019, Région Île-de-France, req. n° 1710118/4-1.

(9) CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045, cons. n° 2.

(10) CE 19 décembre 2007, req. n° 268918.

(11) Récemment : CAA Lyon 3 décembre 2020, req. n° 18LY03567.

(12) Conclusions V. Haïm sur CAA Paris 22 avril 2004, req. n° 99PA01016, *AJDA* 2004, p. 1417.

(13) Conclusions V. Haïm, précitées.

« désavantageuses »^[14] qu'il n'aurait évidemment pas acceptées dans les « conditions normales de la concurrence »^[15].

Cette position est parfaitement conforme à celle du juge judiciaire, qui considère classiquement que la conclusion d'un contrat à un prix supérieur à celui qui aurait dû être acquitté est de nature à entraîner la nullité de la vente^[16].

Étant en plus précisé que dans l'affaire du cartel de la signalisation routière, et comme l'a relevé la cour administrative d'appel^[17], les pratiques frauduleuses « ont exercé un rôle déterminant dans le choix du cocontractant par la personne publique » dès lors qu'elles portaient aussi sur « la répartition des parts de marchés entre les sociétés concurrentes et l'élimination de certaines d'entre elles qui n'entraient pas dans l'entente ».

L'entente : seule pratique anticoncurrentielle constitutive d'un dol ?

On relève que le Conseil d'État, dans sa décision précitée du 10 juillet 2020, vise largement les « pratiques anticoncurrentielles », et pas seulement les « ententes anticoncurrentielles », pourtant en cause dans l'affaire qui lui était soumise.

La solution dégagée nous semble toutefois, en pratique au moins, surtout valable en matière d'ententes, qui conduisent par nature à ce que soit prise en charge illégalement par la personne publique une « surmarge » résultant des accords trouvés entre concurrents sur les prix à pratiquer.

On voit mal en effet quel pourrait être l'intérêt d'une telle action en cas d'abus de position dominante qui, à l'inverse, conduit en général à ce que les prix pratiqués soient inférieurs à ce qu'ils auraient dû être dans les conditions normales de la concurrence, afin d'éviter l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs.

D'ailleurs, dans ses observations sur le pourvoi de la société Lacroix Signalisation, l'Autorité de la concurrence faisait valoir, en évoquant l'entente, que « en retenant que le contrat doit être annulé au vu de ces manœuvres dolosives, le juge administratif assurerait également la nécessaire dissuasion vis-à-vis de ces pratiques particulièrement graves »^[18], demandant implicitement mais assurément au juge administratif de jouer le rôle de gardien de l'ordre public concurrentiel en qualifiant de dolosive « par nature » l'entente anticoncurrentielle,

infraction la plus grave aux règles de concurrence qui se caractérise « par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence »^[19].

La règle selon laquelle l'entente anticoncurrentielle constitue une pratique dolosive de nature à vicier le consentement de l'acheteur étant désormais bien intégrée par le juge administratif, il restait au Conseil d'État à définir les conditions dans lesquelles cet acheteur pouvait demander l'annulation du contrat, les conséquences financières de cette annulation, ainsi que les règles relatives à l'indemnisation du préjudice de l'acheteur.

Les conséquences contentieuses pour la personne publique victime de l'entente

Son consentement ayant été vicié, la personne publique victime de l'entente peut mener parallèlement une action en annulation, une action en restitution et une action sur le fondement quasi-délictuel à fins de réparation des autres préjudices qu'elle aurait le cas échéant subis.

Le Conseil d'État rappelle à cet égard que la personne publique victime d'entente « 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 ».

Cette solution, déjà dégagée dans la décision *Campenon Bernard* précitée, n'avait rien d'évidente dès lors qu'en principe « la faute contractuelle absorbe la faute délictuelle »^[20] et qu'il est de manière générale considéré qu'« une partie au contrat ne peut engager la responsabilité de son cocontractant sur un fondement autre que celui de la responsabilité contractuelle »^[21].

Elle est toutefois conforme à la position de la Cour de Cassation, pour laquelle « le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil 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 »^[22].

Et pertinente sur le plan opérationnel puisque la nullité et les restitutions qui s'ensuivent peuvent laisser subsister un préjudice pour l'acheteur.

[14] CE 27 mars 2020, Société Signalisation France c/ Département de la Manche, req. n° 420491 ; CE 27 mars 2020, Société Lacroix Signalisation c/ Département de l'Orne, req. n° 421758 ; CE 27 mars 2020, Société Signaux Girod c/ Département de l'Orne, req. n° 421833.

[15] Mêmes arrêts.

[16] Par exemple : Cass. 3^e civ., 22 juin 2005, n° 04-10.415.

[17] CAA Douai 22 février 2018, req. n° 17DA00561.

[18] Cité par Mireille Le Corre dans ses conclusions sur CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045.

[19] Paragraphe 41 du communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

[20] Conclusions Corneille sur CE 22 décembre 1922, Lassus, *RDP* 1923, p. 428.

[21] Conclusions Nicolas Boulouis sur CE 19 décembre 2007, req. n° 268918.

[22] Cass. 1^{re} civ., 4 février 1975, *Bull. civ.* I, n° 43.

Dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'État rappelle donc clairement que la personne publique victime peut engager deux types d'action : une visant à obtenir l'annulation du contrat, sa disparition rétroactive et donc comme on le verra la restitution des sommes engagées ; l'autre dans le but d'obtenir sur le fondement quasi-délictuel la réparation des autres préjudices résultant du comportement fautif de la ou des sociétés s'étant rendues coupables d'une entente.

La consécration de la possibilité pour une partie de demander l'annulation du contrat après son exécution

Logiquement et dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'État valide la solution dégagée par la cour administrative d'appel, qui avait confirmé l'annulation du contrat sur le fondement de la jurisprudence *Commune de Béziers*^[23] dès lors que les pratiques en cause ont exercé un rôle déterminant dans le choix du cocontractant et sont donc constitutives d'un dol ayant gravement vicié le consentement de l'acheteur^[24].

L'intérêt de la décision du 10 juillet 2020 est surtout de consacrer la possibilité pour une partie au contrat d'engager une action en annulation après que le contrat a été totalement exécuté. La solution n'est pas étonnante et s'inscrit dans le *continuum* des décisions rendues ces derniers mois, par lesquelles le Conseil d'État a pu juger que l'action était ouverte pendant toute la phase d'exécution du contrat^[25] et que l'exécution complète d'un contrat ne privait pas d'objet le recours en annulation introduit par des tiers^[26].

Elle n'est pas non plus totalement nouvelle puisque la Haute juridiction avait déjà, dans décision *SNCF Mobilités*^[27] du 22 novembre 2019, implicitement admis qu'une action en annulation était recevable alors même que le contrat avait été entièrement exécuté, en cas notamment de dol résultant d'une entente anti-concurrentielle.

Elle est surtout pertinente, puisque que comme le relève l'Autorité de la concurrence dans ses observations sur le pourvoi, « les personnes publiques lésées par des pratiques anticoncurrentielles n'ont souvent connaissance de ces pratiques qu'après le terme du contrat »^[28].

Naturelle, pas nouvelle et cohérente tant avec la jurisprudence antérieure qu'avec la nécessité de préserver les intérêts des personnes publiques confrontées aux pratiques anticoncurrentielles souvent portées à leur connaissance bien après l'exécution du contrat, la solution présente surtout un intérêt en ce qu'elle a des inci-

dences directes sur les conséquences financières à en tirer.

La consécration de l'action en restitution résultant de l'annulation du contrat

L'annulation du contrat après qu'il a été totalement exécuté induit des conséquences financières. Rappelons que le principe, fixé à l'article 1178 du Code civil, veut que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé » et que « les prestations exécutées donnent lieu à restitution ».

La décision commentée consacre pour la première fois, et c'est l'apport principal de l'arrêt, la règle selon laquelle « 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 ».

Contrairement à ce qu'avait jugé la cour administrative d'appel, le Conseil d'État considère, suivant son rapporteur public, que « les modalités de calcul du montant auquel la personne publique a droit ne reposent pas sur l'évaluation du surcoût, car il ne s'agit alors pas d'évaluer un préjudice. Ce qu'il convient de rechercher, c'est l'état des parties antérieurement au contrat, comme s'il n'avait jamais existé, *via* le mécanisme des restitutions réciproques »^[29], consacrant ainsi pour la première fois la possibilité pour l'administration victime d'une entente de saisir le juge d'une action en restitution des sommes versées.

Les droits à indemnité du cocontractant

Depuis la décision de Section *Société Decaux* du 10 avril 2008^[30], en cas de disparition rétroactive du contrat en raison de son annulation, le cocontractant de l'administration 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^[31].

Et le Conseil d'État avait antérieurement précisé, dans une décision *Tête* du 22 février 2008, que les fautes commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont, en principe, sans incidence sur son droit à indemnisation « sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration »^[32].

Or, précisément, on l'a dit, le consentement de l'administration doit être regardé comme ayant été vicié en cas d'entente anticoncurrentielle, de sorte que par application de la jurisprudence *Tête-Decaux*, il faudrait

[23] CE 28 décembre 2009, Béziers I, req. n° 304802.

[24] CAA Douai 22 février 2018, req. n° 17DA00561.

[25] CE 1^{er} juillet 2019, req. n° 412243.

[26] CE 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, req. n° 413584.

[27] CE 22 novembre 2019, req. n° 418645.

[28] Cité par M. Le Corre dans ses conclusions.

[29] Conclusions Mireille Le Corre sur CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045.

[30] CE 10 avril 2008, Sté Decaux, req. n° 244950.

[31] Voir récemment : CE 9 juin 2020, Société Espace Habitat Construction, req. n° 420282.

[32] CE 22 février 2008, req. n° 266755.

considérer qu'en cas d'annulation du contrat fondée sur l'existence d'une entente, alors la société coupable d'une telle manœuvre n'a droit à aucune indemnisation, y compris au titre des dépenses utiles.

Le mécanisme de la restitution peut alors sembler « excessif »⁽³³⁾ puisqu'il permet à la personne publique, certes victime d'une entente engendrant des surcoûts, de bénéficier finalement de la prestation à titre totalement gratuit.

Pour pallier cet écueil, le Conseil d'État a jugé que le cocontractant de l'administration « 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 ».

En pratique, les sommes versées par l'acheteur dans le cadre du marché annulé ne sont donc restituées que partiellement, puisqu'il convient d'y déduire les dépenses utiles engagées par le cocontractant. L'indemnisation de la personne publique victime d'une entente n'en reste pas moins supérieure au seul remboursement des surcoûts engendrés par l'entente, puisque, et c'est heureux, le Conseil d'État précise explicitement que ne sont pas restituées les marges bénéficiaires de l'entreprise.

Relevons à cet égard que Mireille Le Corre, qui n'a pas été suivie par la formation de jugement sur ce point, manifestement dans un souci de préservation de l'ordre public concurrentiel et afin de dissuasion, comme elle l'y était d'ailleurs invitée par l'Autorité de la concurrence, proposait dans ses conclusions que « dans le cas des ententes anti-concurrentielles, le « sauf si » de votre jurisprudence *Decaux* ne soit pas remis en cause, mais passe de l'automatisme à la faculté ». C'est-à-dire « qu'au lieu d'une arme automatique, privant le cocontractant des dépenses utiles, il s'agirait de donner la possibilité, à la main du juge administratif, de tenir compte de la gravité du vice (...) pour diminuer le montant des dépenses utiles ainsi restituées à la société auteure de l'entente ».

La solution retenue par le Conseil d'État, moins sévère que celle que l'invitaient à prendre son rapporteur public et l'Autorité de la concurrence, semble toutefois plus conforme à l'équité puisque le cocontractant de l'administration peut dans tous les cas récupérer les dépenses qu'il a engagées si elles ont été utiles à la personne publique contractante.

L'action indemnitaire sur le terrain quasi-délictuel

Enfin, le Conseil d'État rappelle que la personne publique peut « demander la réparation des autres préjudices que lui aurait causés le comportement du cocontractant » à l'exclusion, logiquement pour éviter une double indemnisation, de « la réparation du préjudice lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime », puisque 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 ».

Dans le prolongement de sa jurisprudence, mais en la précisant, le Conseil d'État rappelle la possibilité d'intenter une action indemnitaire en plus de l'action en annulation et en restitution, qui trouvera probablement son intérêt puisqu'il peut exister d'autres préjudices que celui du surcoût⁽³⁴⁾.

On peut en effet imaginer qu'en pratique, la nullité et les restitutions qui s'ensuivent peuvent laisser subsister un préjudice pour l'acheteur victime d'une entente concurrentielle, par exemple au titre de l'engagement de dépenses pour la conclusion d'un marché de substitution.

Il importe donc que les personnes publiques victimes d'une entente puissent également engager la responsabilité de leur cocontractant sur le fondement quasi-délictuel, le Conseil d'État ayant d'ailleurs récemment dégagé la règle selon laquelle « 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 »⁽³⁵⁾.

La jurisprudence récente du Conseil d'État a donc permis de clarifier les règles contentieuses susceptibles de s'appliquer dans le cas où une personne publique a été victime d'une entente concurrentielle, par nature dolosive. Son consentement ayant été vicié, elle peut même après l'exécution du contrat réclamer son annulation et la restitution des sommes versées, à la stricte exception des dépenses engagées par son cocontractant qui lui ont été utiles, ainsi le cas échéant que la condamnation solidaire des membres du cartel sur le fondement quasi-délictuel, afin que soient réparés les autres préjudices qu'elle a subis.

(33) Conclusions Mireille Le Corre, précitées.

(34) CJUE 12 décembre 2019, Otis, aff. C-435/18.

(35) CE 12 octobre 2020, req. n° 432981.