

Pratiques anticoncurrentielles

Recours indemnitaires en cas d'entente: les avancées obtenues par les acheteurs publics

Les entreprises s'exposent à des additions de plus en plus salées, le dédommagement du préjudice subi par le pouvoir adjudicateur s'ajoutant aux sanctions des autorités de la concurrence.

Par **Nathalie Jalabert-Doury**, avocate associée, et **Wladimir Soltmann**, avocat, cabinet Mayer Brown

Les risques auxquels font face les entreprises en cas d'entente anticoncurrentielle se sont considérablement accrus et étendus au cours des dernières décennies. Ils incluent aujourd'hui notamment l'obligation de dédommager les victimes avec des montants d'indemnisation encourus pouvant atteindre, voire dépasser, ceux des amendes infligées par les autorités de concurrence. Dans le cadre de marchés publics, le panel des conséquences se complète de poursuites pénales, qui sont fréquentes, et d'une possible exclusion des procédures d'attribution.

Le private enforcement dans le secteur public. Si les premières affaires majeures d'indemnisation ont concerné le secteur privé, les acheteurs publics ont été très tôt encouragés par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) à rechercher l'indemnisation de leur préjudice. Des demandes ont été introduites en nombre dans les grandes affaires d'ententes de marchés publics des années 1990 et 2000 (enrobés de Seine-Maritime, lycées d'Ile-de-France, signalisation routière verticale, etc.). La plupart sont encore aujourd'hui pendantes (1).

L'action privée des victimes («private enforcement») contribue à l'effet dissuasif de l'action des autorités («public enforcement»). Dans l'affaire dite de la «signalisation verticale», l'Autorité de la concurrence a ainsi condamné huit entreprises pour s'être entendues au niveau national sur les principaux marchés de signalisation verticale pendant une dizaine d'années au paiement d'une amende de 52,7 M€, ramenés à 38,5 M€ en appel (2). Sur cette base, le montant cumulé des indemnisations prononcées s'élève à ce jour à près de 20 M€ (voir tableau p. 56).

Stand alone & follow-on. L'acheteur public peut introduire une action indemnitaire indépendamment de toute action de l'Autorité de la concurrence (action dite «stand alone»). Une telle action nécessite toutefois d'apporter la preuve de la pratique anticoncurrentielle, là où l'existence d'une décision de condamnation préalable par l'Autorité suffit à établir cette pratique. Il ne reste alors plus qu'à démontrer le préjudice et le lien de causalité (action dite de «follow-on»).

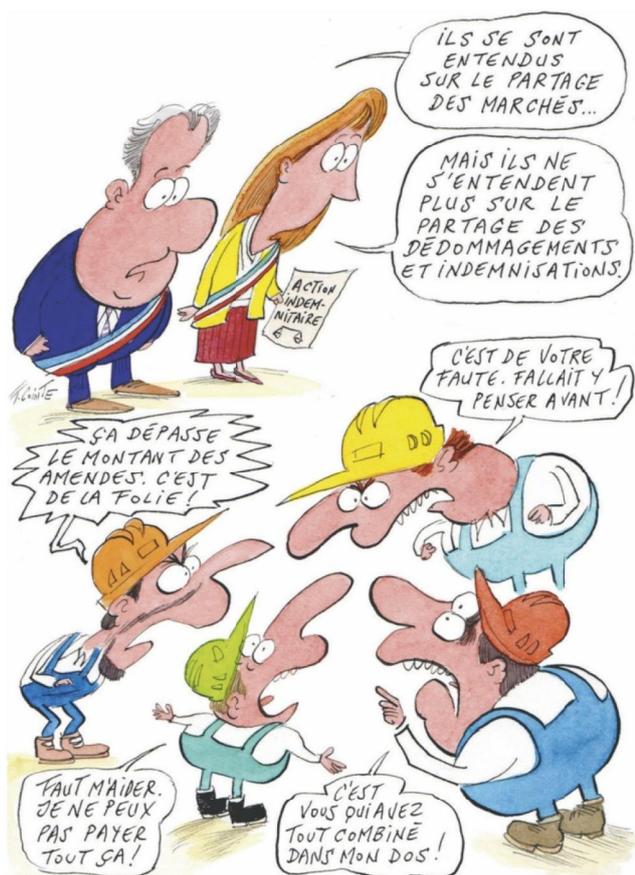
Actions cumulatives. Dans ce cadre, l'acheteur public peut demander, d'une part, l'annulation du contrat et la restitution des sommes payées au titre de son exécution ; et/ou, d'autre part, à défaut d'obtenir la restitution desdites sommes, l'indemnisation au titre du préjudice subi. La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué sur ce point (3), comme exposé à la fin de cet article. Pour l'heure, aucune décision définitive de restitution sur la base de la nouvelle jurisprudence n'a été prononcée, mais des affaires sont en cours (voir tableau p. 56).

Une action indemnitaire devant le juge administratif présentant des traits communs avec les actions de droit privé

L'acheteur public peut ainsi opter pour une action indemnitaire. Elle consiste à demander la compensation du préjudice correspondant au surcoût qu'il a payé. La preuve de l'existence de ce surcoût et son estimation ne sont pas simples à établir. Pour ce faire, les juridictions administratives se sont progressivement dotées des mêmes outils que les juridictions judiciaires : recours à des experts, méthode d'évaluation du surcoût par comparaison des taux de marge, etc.

Méthodes d'évaluation du surcoût. Pour évaluer le préjudice, la situation réelle de l'acheteur public est comparée à la situation hypothétique dans laquelle il aurait été en l'absence de pratique anticoncurrentielle. C'est le «scénario contrefactuel». Pour déterminer ces taux, le juge retient le modèle économétrique «pendant-après» permettant de comparer les prix réels observés pendant la période du cartel avec ceux pratiqués après son démantèlement, tout en tenant compte de plusieurs facteurs exogènes, tels que les fournisseurs homologués et les coûts de fabrication ayant pu influencer sur les variations de prix, qui doivent être neutralisés (4). En pratique, ces méthodes s'avèrent complexes et leurs résultats incertains.

Réparation intégrale... mais pas davantage. La réparation doit couvrir l'intégralité du préjudice subi par l'acheteur public, mais ne doit pas aller au-delà. En ce sens, la question de la



précision de l'évaluation du montant du surcoût est un élément fondamental pour le juge afin de ne pas provoquer un enrichissement sans cause.

Principe de la solidarité. Le principe applicable est celui de la responsabilité solidaire (5) des entreprises ayant participé à l'entente, même non parties au contrat affecté par la pratique. Ce principe peut toutefois être écarté, en fonction de certaines conditions prévues à l'article L. 481-10 du Code de commerce, pour les PME détenant des parts de marché inférieures à 5 % ou pour lesquelles le paiement solidaire d'une indemnisation pourrait mettre en péril leur viabilité économique.

Effet d'ombrelle. L'acheteur public, comme l'acheteur privé, peut poursuivre les participantes à l'entente, même quand aucune d'elles n'a été attributaire du marché en cause, lorsque les prix du marché ont augmenté du fait de l'entente. C'est ce qu'on appelle l'effet d'ombrelle (6).

Faute commise par l'acheteur public. Bien évidemment, si l'acheteur a commis une faute lors de la passation de son marché, l'entreprise poursuivie pourra s'en prévaloir afin de s'exonérer en tout ou en partie de sa responsabilité, notamment lorsque l'acheteur public a facilité la pratique litigieuse - en organisant l'entente par exemple.

Il est cependant généralement considéré que tel n'est pas le cas même si la pratique était facilement détectable par l'acheteur public (absence d'offre d'un opérateur pourtant attendu, offres de couverture, retrait soudain des offres, offres irrégulières, offres inappropriées) car le dol fait obstacle à l'exonération de responsabilité (7).

Référé. Le juge des référés peut, sur simple requête, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction lorsque l'acheteur public peut justifier de l'utilité de sa demande (8).

Prescription quinquennale. La prescription des demandes en responsabilité pour pratiques anticoncurrentielles lors de procédures de passation est de cinq ans (art L. 482-1 du Code de commerce), et commence à courir « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » (9). Le point de départ de la prescription quinquennale de l'action en réparation sera le plus souvent la date de la décision de l'Autorité de la concurrence. Compte tenu du caractère complexe des pratiques alléguées, le juge administratif n'accueille que rarement l'argument tiré de la prescription de l'action.

L'action en annulation et la restitution des sommes perçues

L'acheteur public peut aussi demander l'annulation du contrat et la restitution, par l'entreprise autrice des pratiques, des sommes payées au titre de son exécution.

Demande d'annulation du contrat. L'entente anticoncurrentielle est analysée comme un dol ayant vicié le contrat puisqu'elle a trompé l'acheteur public lors de la mise en concurrence des participants à la procédure de passation de marché public litigieuse. L'acheteur public est dès lors recevable à intenter un recours en contestation de validité du contrat pendant, mais aussi et surtout, après son exécution (10).

Restitution des sommes versées. L'annulation d'un contrat suppose de revenir à une situation antérieure, c'est-à-dire au moment où ce contrat n'existait pas. En ce sens, une annulation du marché public implique la restitution des sommes reçues par le cocontractant et, en principe, la restitution par l'acheteur public... des travaux déjà effectués.

Cette fiction juridique se heurte évidemment à l'impossibilité pour les acheteurs publics de « restituer », par exemple, la construction d'une route et se heurte par effet miroir à la

→

(1) Dernier arrêt en date, CE, 9 mai 2023, n° 451817 et n° 451710 dans l'affaire des lycées d'Ile-de-France, pour des pratiques ayant eu lieu dans les années 1980-1990.

(2) ADLC, décision 10-D-39 du 22 décembre 2010.

(3) CE, 17 juin 2022, n° 454189, mentionné dans les tables du Recueil.

(4) CAA de Paris, 17 février 2023, n° 14PA02419, § 20.

(5) CE, 12 octobre 2020, n° 432981, mentionné dans les tables du Recueil.

(6) CE, 12 octobre 2020, n° 432981; CAA de Paris, 17 février 2023, n° 14PA02419, précités.

(7) CAA de Paris, 22 avril 2004, n° 99PA00824, publié au Recueil.

(8) Art. R. 532-1 du Code de justice administrative; pour une application récente, voir TA de Strasbourg, 29 mars 2023, n° 2207602.

(9) CE, 12 octobre 2020, n° 432981, précité.

(10) CE, 10 juillet 2020, n° 420045, publié au Recueil.

restitution totale à l'acheteur public des sommes versées à l'entreprise au titre de l'exécution du contrat. Dès lors s'est posée la question de savoir comment calculer la part des coûts engagés par le cocontractant pouvant lui être restituée au titre de l'annulation du contrat public.

Restitution à l'entreprise de ses « dépenses utiles » à l'exécution des travaux. Le Conseil d'Etat a ainsi prévu la possibilité pour le cocontractant d'obtenir le remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à la réalisation des travaux. Le comportement dolosif du cocontractant ne saurait ainsi être pris en compte pour exclure ni même atténuer son droit à indemnisation pour les « dépenses utiles à l'exécution du contrat » (11).

A ce jour, la jurisprudence estime que sont récupérables les sommes engagées directement pour l'exécution du contrat ainsi que les frais généraux qui s'y rapportent. Ainsi, une entreprise condamnée à restituer les sommes perçues à la suite de l'annulation du marché public pourra demander au juge administratif de nommer un expert pour estimer le montant des dépenses utiles récupérables. Pour l'heure, cette innovation jurisprudentielle récente reste théorique en l'absence d'application concrète, mais des cas sont attendus (*voir tableau ci-dessous*).

Dépenses irrécupérables. A contrario, ne sont pas récupérables les frais généraux non liés à l'exécution du marché, les frais de communication, les frais financiers (sauf s'il s'agit d'un marché de partenariat), et la marge réalisée par le cocontractant. ●

(11) CE, 17 juin 2022, n° 454189 précité.

Ce qu'il faut retenir

- ▶ Les risques pour les entreprises en cas d'entente de marchés publics sont démultipliés : amendes administratives, sanctions pénales, risques d'exclusion des procédures d'appels d'offres et, enfin, actions indemnitaires de la part d'acheteurs publics.
- ▶ Les acheteurs publics ont à ce jour surtout initié des actions dites de follow-on après sanction par l'Autorité de la concurrence. Celles-ci prolongent de nombreuses années la défense à organiser pour les entreprises poursuivies, comme le démontrent les affaires de la signalisation verticale ou des lycées d'Ile-de-France, dans lesquelles les recours indemnitaires sont encore pendants.
- ▶ Les juridictions administratives se sont progressivement adaptées à ces nouveaux contentieux qu'elles mènent aujourd'hui avec des outils quasi identiques à ceux des juridictions judiciaires.
- ▶ La spécificité du contentieux indemnitaire des marchés publics réside dans la possibilité - extrêmement dissuasive - de demander l'annulation du marché public pour dol et/ou la réparation du surcoût payé du fait de la pratique litigieuse.

Condamnations prononcées à ce jour dans l'affaire de la signalisation routière verticale (ADLC, n° 10-D-39)

Affaires		Fondement de l'indemnisation	Montant
1	TA Rennes, 28 avril 2016, n° 130463	Annulation du contrat	Refus de restitution totale des sommes perçues par l'entreprise poursuivie + désignation d'un expert pour évaluer le surcoût
2	CAA Nancy, 21 mars 2017, 15NC02367	Réparation du surcoût	83 271,89 euros
3	TA Caen, 6 avril 2017, n° 1500227	Réparation du surcoût	2 239 819 euros
4	TA Caen, 6 avril 2017, n° 1500352	Réparation du surcoût	1 070 388 euros
5	TA Caen, 6 avril 2017, n° 1500353	Réparation du surcoût	2 235 742 euros
6	TA Caen, 22 juin 2017, n° 1500244	Réparation du surcoût	4 561 999,39 euros
7	CAA Douai, 22 février 2018, 17DA00537	Réparation du surcoût	900 453 euros
8	CA Paris, 28 février 2018, n° 15/11824	Réparation du surcoût	100 000 euros
9	CAA Nantes, 6 mars 2020, 19NT02444	Réparation du surcoût	4 121 124 euros
10	CAA Bordeaux, 19 mai 2020, 19BX02591	Réparation du surcoût	199 030 euros
11	CAA Lyon, 25 mars 2021, 20LY00670	Réparation du surcoût	Désignation d'un expert pour évaluer le surcoût
12	CE 17 juin 2022, n° 454189	Annulation du contrat	Désignation d'un expert pour évaluer les « dépenses utiles » mais désistement des parties
13	CAA Lyon, 21 juillet 2022, 18LY03518	Réparation du surcoût	93 109 euros
14	CAA Lyon, 21 juillet 2022, 18LY03519	Réparation du surcoût	813 263 euros
15	CAA Lyon, 21 juillet 2022, 18LY03567	Réparation du surcoût	48 977 euros
16	TA Rennes, 28 avril 2016, n° 1502572 et 1502584	Annulation du contrat	Refus de restitution totale des sommes perçues par l'entreprise poursuivie + désignation d'un expert pour évaluer le surcoût
	TA Rennes, 13 octobre 2022, n° 1502572 et 1502584	Réparation du surcoût	76 476,91 euros à la suite de l'expertise ordonnée le 28 avril 2016
17	TA Rennes, 13 octobre 2022, n° 1505829	Réparation du surcoût	186 298,90 euros
18	TA Rennes, 13 octobre 2022, n° 1505830	Réparation du surcoût	1 529 352,59 euros
TOTAL des recours indemnitaires à ce jour			18 259 305 euros Cette somme doit être augmentée des intérêts et de leur capitalisation, des frais de justice et d'expertise, etc.
Amende prononcée par l'ADLC			52 700 000 euros (réduite à 38 500 000 euros en appel)