

N° 3-2023

Action en dommages-intérêts : Le Conseil d'Etat juge que dans l'hypothèse où le préjudice d'une personne publique résulte de pratiques anticoncurrentielles auxquelles ses organes dirigeants ont participé, la prescription ne peut commencer à courir qu'à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques (*Gespace France et alii*)

FRANCE, SECTEUR PUBLIC, DOMMAGES ET INTÉRÊTS, MANUFACTURE/FABRICATION, ACTION ET RECOURS PRIVÉ, CONTRÔLE JURIDICTIONNEL, MARCHÉ PUBLIC

CE, 9 mai 2023, n° 451710 et suivants, Gespace France e.a.

Grégory Marson | BG2V Avocats (Paris)

Concurrences N° 3-2023 | Chroniques | Secteur public

Selon la Cour d'appel de Paris, des pratiques d'entente anticoncurrentielle relatives à des procédures d'appels d'offres en matière de marchés publics "*sont particulièrement graves par nature*" (CA Paris, 28 mars 2013, *Société Allez et Cie e.a.*, n° 2011/20125, p. 32). De la même manière, le Conseil de la concurrence indiquait que "*l'entente [portant sur des marchés publics] a porté préjudice à des collectivités publiques et, de jurisprudence constante, la tromperie de l'acheteur public porte une atteinte grave à l'ordre public économique*" (Décision n° 09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales, paragraphe 115).

Si la "*tromperie de l'acheteur public*" justifie la sévérité de la répression administrative aux mains de l'autorité de concurrence (dénommée action en *public enforcement*), elle implique également la possibilité pour la personne publique victime d'engager une action en responsabilité quasi-délictuelle à l'égard du cocontractant et des membres de l'entente anticoncurrentielle (dénommée action en *private enforcement*) afin d'obtenir l'indemnisation du surcoût qui en découle. Alternativement ou en complément de l'action en responsabilité précitée, la personne publique peut saisir le juge administratif "*de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive*" (CE, 10 juillet 2020, *Société Lacroix Signalisation*, n° 420045, point 2 ; sur le calcul des sommes à restituer en cas d'annulation du marché voir CE, 17 juin 2022, *Société Lacroix City Saint-Herblain*, n° 454189, points 2 à 4).

Depuis quelques années, le contentieux des actions en responsabilité quasi-délictuelle engagées par des personnes publiques victimes d'ententes anticoncurrentielles – qui relève de la compétence de la juridiction administrative (CE, 19 décembre 2007, *Société Campenon Bernard*, n°268918) – connaît un développement substantiel (P. Levallois, *Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement*, Contrats et marchés publics, novembre 2020, n°11). La décision sous revue, qui constitue un des épisodes de l'affaire dite des “*marchés truqués de la Région Ile-de-France*”, a permis à la Section du contentieux du Conseil d'Etat de compléter le régime juridique de ces actions indemnitaires.

Pour mémoire, de 1989 à 1997, un vaste système de trucage des marchés publics de construction et de rénovation des lycées de la Région Ile-de-France (la Région) conduit par ses organes dirigeants permettait à la plupart des partis politiques représentés au sein du conseil régional de bénéficier d'un financement occulte, ce trucage reposant en outre sur une entente anticoncurrentielle conclue entre les différents opérateurs qui se répartissaient ainsi les contrats.

Une plainte déposée le 9 octobre 1996 par trois élus régionaux avait débouché sur la condamnation pénale de nombreux responsables politiques et de cadres dirigeants des entreprises impliquées par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 février 2007 devenu définitif. Du point de vue du *public enforcement*, le Conseil de la concurrence avait infligé, le 9 mai 2007, des sanctions administratives pour entente illicite à quatorze entreprises du bâtiment. La Région avait ensuite saisi le juge judiciaire en février 2010 d'une action indemnitaire en réparation du préjudice subi. Après confirmation de la compétence administrative pour connaître d'un tel litige (TC, 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France*, n° 4035), la Région avait saisi le tribunal administratif de Paris en mars 2017 afin d'engager la responsabilité des entreprises ayant participé à l'entente portant sur le marché public relatif à la rénovation du lycée Saint-Louis à Paris. Par un jugement du 29 juillet 2019, le tribunal avait rejeté sa demande car l'action engagée était selon lui prescrite. Par un arrêt du 19 février 2021, la cour administrative d'appel de Paris (la CAA) avait considéré au contraire que l'action n'était pas prescrite et ordonné une expertise portant sur l'évaluation du préjudice subi.

Le pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la CAA a donné l'occasion au Conseil d'Etat de préciser les règles de prescription applicables à une action indemnitaire engagée par une personne publique victime d'une entente anticoncurrentielle lorsque ses dirigeants ont participé à cette entente. Si la décision de la Section du contentieux apporte des confirmations (I) et des précisions (II), elle soulève également quelques interrogations (III).

Les confirmations

Le Conseil d'Etat commence par rappeler la succession des textes gouvernant la prescription des actions indemnitaires engagées par les personnes publiques victimes d'ententes anticoncurrentielles.

Il indique ainsi 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 fixant un délai de prescription de cinq ans. S'appliquent, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce*” (point 6). Selon cet article, “ *L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 [C. com.] 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. / (...)*”. On relèvera que dans une décision du 1er juin 2023 le Conseil d'Etat a précisé que les dispositions de l'article L. 482-1 “*s'appliquent aux actions indemnitaires introduites à compter de leur entrée en vigueur, y compris lorsqu'elles portent sur des pratiques anticoncurrentielles qui ont pris fin avant leur entrée en vigueur, dans la mesure où ces actions n'étaient pas déjà prescrites en vertu des règles antérieurement applicables*” (CE, 1er juin 2023, *Société Forbo Sarlino*, n° 468098, point 8).

La décision sous revue rappelle ensuite que “ *pour l’application de l’ensemble de ces dispositions [c’est-à-dire celles relatives aux prescriptions décennale et quinquennales précitées], le délai de prescription qu’elles prévoient ne peut commencer à courir avant la date à laquelle la personne publique a eu connaissance de manière suffisamment certaine de l’étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime de la part des titulaires des marchés*” (point 7). L’enjeu est ainsi de déterminer quand la personne a eu connaissance “ *de manière suffisamment certaine de l’étendue des pratiques dont il a été la victime*”.

À cet égard, dans ses conclusions, le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil a pris soin de souligner que ce standard de contrôle suppose la mobilisation d’un faisceau d’indices au service d’une analyse au cas par cas par les juges du fond. S’il est possible de considérer que la date de la décision de l’autorité de la concurrence se prononçant sur l’entente, en particulier sa date de publication, correspondra souvent au point de départ de la prescription (CE, 12 octobre 2020, *Société Mersen*, n° 432981, *Concurrences*, n°1-2021, *chron. Grégory Marson*), le rapporteur public a toutefois indiqué de manière très claire que le juge n’avait pas instauré de présomption en la matière. Il convient ainsi de relever que le Conseil d’Etat a écarté la date d’une constitution de partie civile comme point de départ de la prescription eu égard à la circonstance que ses termes 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*” (CE, 22 nov. 2019, *SNCF Mobilités*, n° 418645, point 8). Il n’est donc pas possible de se référer *in abstracto* à la date de la décision de l’autorité de la concurrence pour déterminer avec certitude le point de départ de la prescription.

Dans le cadre de la présente affaire, le tribunal administratif de Paris avait considéré que la plainte pénale déposée par des élus le 9 octobre 1996 avait déclenché le délai de prescription décennale alors applicable. Cette appréciation avait été censurée par la CAA, laquelle a considéré, d’une part, que ses termes “ *ne traduisaient que de simples soupçons de délit de favoritisme* ” et, d’autre part, que le point de départ de la prescription devait être fixé, au regard des pièces du dossier, au 9 mai 2007, c’est-à-dire à la date de la décision du Conseil de la concurrence. Le Conseil d’État a estimé qu’une telle appréciation était exempte de dénaturation ou d’erreur de droit (point 13).

Les précisions

L’affaire sur laquelle a statué le Conseil d’État présentait une particularité inédite. Le président du conseil régional, son directeur de cabinet et le directeur général des services de la Région étaient très directement impliqués dans la constitution et le fonctionnement de l’entente anticoncurrentielle. Une commission occulte dirigée par le directeur général des services répartissait ainsi en amont les marchés entre les différentes entreprises auxquelles l’assistant à maîtrise d’ouvrage transmettait les informations nécessaires.

Une solution pouvait être de considérer que la Région, personne morale qui n’agit et ne “pense” que par l’intermédiaire de ses organes dirigeants, “connaissait” de manière certaine, dès sa conclusion, l’entente anticoncurrentielle, et ce pour la simple raison que c’est son organe exécutif qui l’avait mise en place. Une telle position aurait été évidemment très défavorable à la protection des droits à réparation de la personne publique victime de l’entente. Non seulement elle déclenche le délai de prescription au moment de la mise en œuvre de la pratique mais elle rend très difficile toute action indemnitaire puisque les dirigeants de la personne publique, tant qu’ils sont en place, ne sont évidemment pas enclins à engager une action qui les incriminerait directement.

La Section du contentieux n’a heureusement pas choisi une telle voie en considérant que “ *dans l’hypothèse où le préjudice de la personne publique résulte de pratiques auxquelles ses organes dirigeants ont participé, de sorte qu’en raison de leur implication elle n’a pu faire valoir ses droits à réparation, la prescription ne peut courir qu’à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants, étrangers à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l’étendue de ces pratiques*” (soulignements ajoutés, point 6).

En d'autres termes, le Conseil d'État a estimé de manière réaliste que la présence de ses organes dirigeants participant à l'entente empêchait par principe la personne publique d'agir en indemnisation du préjudice qu'elle subissait.

Appliquant ce raisonnement aux faits de l'espèce, le Conseil d'État a approuvé la CAA d'avoir décidé “ *qu'aucune des circonstances qu'elles a énumérées, antérieures à la décision du 9 mai 2007 du Conseil de la concurrence, et notamment pas celle tenant à l'implication d'élus et agents de la région dans la mise en œuvre de l'entente, ne permettait d'établir que la région aurait eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime, pour en déduire que la prescription décennale de l'action en responsabilité contre les titulaires des marchés en cause n'a commencé à courir qu'à compter de cette date et qu'ainsi l'action de la région n'était pas prescrite lorsqu'elle a saisi la juridiction judiciaire en février 2010, ce qui a eu pour effet d'interrompre la prescription*” (point 13).

Les interrogations

La décision *Gespace France* n'est pas exempte de quelques interrogations relatives à ses contours et à sa portée.

En premier lieu, le pivot de la décision repose sur l'identification des “ *organes dirigeants*” - sans plus de précision - de la personne publique ayant participé à l'entente. Elle implique également qu'ils soient en position d'empêcher la personne publique d'engager une action indemnitaire. Il est ainsi probable que ces “ *organes dirigeants*” seront en principe ceux qui, à l'aune des règles d'organisation et de fonctionnement interne de la personne publique, sont habilités à agir en justice en son nom.

En second lieu, comme le soulignent les commentateurs “ *autorisés*” de la décision *Gespace France*, la notion d’“ *organe dirigeant*” s'applique malaisément à l'Etat : “ *on peut se demander, en particulier, si des hauts fonctionnaires d'un département ministériel ou des responsables des services déconcentrés pourraient constituer des « organes dirigeants » au sens de la décision Gespace France, compte tenu notamment des délégations de signature qui leur sont confiées.* (A. Goin et D. Pradines, *Psychanalyse d'une région*, AJDA, 2023, p. 1108 et suivantes).

Enfin, on remarquera que la décision se borne à évoquer “ *les titulaires des marchés*” (points 7 et 13) sans évoquer les autres membres impliqués dans l'entente et qui sont aussi responsables du préjudice subi par la personne publique. On sait pourtant que le Conseil d'Etat considère qu'une personne publique victime d'une pratique anticoncurrentielle peut demander “ *la condamnation solidaire des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation [du] marché*” et que “ *la responsabilité de toutes les sociétés impliquées dans de telles pratiques était susceptible d'être engagée, alors même que certaines d'entre elles n'auraient pas conclu de contrats avec la SNCF*” (CE, 12 octobre 2020, *Société Mersen*, précité, point 9). Faut-il conclure de la rédaction plus étroite de la décision *Gespace France* que celle-ci ne s'étendrait pas aux membres de l'entente n'ayant pas contracté avec la personne publique ? À la suite des commentateurs autorisés, il est permis d'en douter. La rédaction retenue s'explique probablement par la circonstance que les parties à l'entente étaient toutes titulaires des marchés.