

Pratiques anticoncurrentielles, ententes et prescription de l'action en contestation de validité du contrat

Lire les conclusions de :

Bertrand Savouré

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

François Cafarelli

La protection en trompe l'œil des acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles dolosives

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 18LY03562 – Société des Autoroutes Paris-Rhin – 03 décembre 2020 – C+ [↗](#)

Requête jointe : 18LY03581

Pourvoi en cassation non admis CE N° 449375

INDEX

Mots-clés

Décision de l'Autorité de la concurrence, Pratiques anticoncurrentielles, Ententes, Dol, Autoroute, Action en contestation de validité du contrat, Action quasi contractuelle, Responsabilité quasi délictuelle, Préjudice, Prescription

Rubriques

Aides publiques et économie, Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

Résumé

¹ Lorsqu'une personne publique [1] 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 [2].

² S'agissant d'une action spécifique en contestation de la validité du contrat [3], si l'exécution du contrat est venue à terme [4], et lorsque cette action est fondée sur l'existence d'un vice du consentement assimilé au dol qu'a révélé l'existence d'une entente anticoncurrentielle, cette action se prescrit, par application des dispositions générales de l'article 2224 du code civil, en décomptant le délai de cinq ans à compter de la date à laquelle l'Autorité de la Concurrence a rendu sa décision. [5]

³ *14-05-02, 39-01-03-04, Décision de l'Autorité de la concurrence, Défense de la concurrence, Pratiques anticoncurrentielles, Ententes, Règles de prescription, Dol, Autoroutes, "Béziers 1", Action en contestation de validité du contrat, Action quasi-contractuelle, Responsabilité quasi-délictuelle, Préjudice, Prescription*

NOTES

[1] cf [Tribunal des Conflits, 9 mars 2015, n° C3984, Mme R./ société ASF. Retour au texte](#)

[2] cf [Conseil d'Etat, 10 juillet 2020, N° 0420045, société Lacroix Signalisation. Retour au texte](#)

[3] cf [Conseil d'Etat, 28 décembre 2009, n° 0304802, commune de Béziers. Retour au texte](#)

[4] comp. [Conseil d'Etat, n° 0412243, 1er juillet 2019 association pour le musée des îles Saint Pierre et Miquelon Retour au texte](#)

[5] cf et comp. [Conseil d'Etat, SNCF Mobilités, n° 0418645, 22 novembre 2019 Retour au texte](#)

Conclusions du rapporteur public

Bertrand Savouré

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6651](https://doi.org/10.35562/alyoda.6651)

Entente signalisation

¹ Les huit affaires affaires qui vous sont soumises concernent la partie traitée par le TA de Dijon de l'abondant contentieux relatif au cartel de la signalisation routière.

² Rappelons que huit entreprises se sont entendues sur la répartition et le prix des Marchés publics de signalisation routière verticale entre 1997 et 2006. La signalisation verticale se réfère, pour l'essentiel, aux panneaux de signalisation et aux équipements de sécurité et de balisage, par opposition à la signalisation horizontale qui correspond en substance au tracé des voies.

³ Alertée par des articles de presse, le Conseil de la concurrence, devenu depuis autorité de la concurrence, s'est saisie d'office de la question. Par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a infligé à ces sociétés des sanctions pécuniaires. Cette décision a été confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 mars 2012, laquelle a néanmoins diminué le montant des sanctions prononcées. Cet arrêt est devenu définitif à la suite du rejet du pourvoi en cassation dont il était frappé.

⁴ Ce cartel fonctionnait sous la forme de réunions régulières, tenues tous les quatre mois, en vue d'une répartition des marchés entre ses membres et d'une fixation en commun des remises consenties aux acheteurs selon des règles préétablies.

⁵ Etaient ainsi prévues la couverture systématique et complète du territoire national, la fixation de tarifs de référence pour tous les types de marchés, ainsi que des compensations et pénalités à appliquer en cas de non-respect de ces règles, et la répartition des marchés entre les membres de l'entente.

⁶ Durant cette période, la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (AP2R) a conclu des contrats de fourniture et pose de panneaux de signalisation verticale avec six de ces sociétés, la société FCS, la société Signaux Girod, la société Signalisation France, la société Lacroix Signalisation, la société SES et la société Laporte service route.

⁷ La société APRR a saisi le TA de Dijon en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi du fait du surpris versé, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle contre les 4 premières entreprises

citées, les sociétés SES et Laporte Service Route ayant été placées en liquidation judiciaire en 2011.

8 Par quatre jugements avant dire droit du 30 juillet 2015, le TA de Dijon a retenu ce fondement de responsabilité et a ordonné une expertise afin de déterminer le montant du préjudice économique subi par APRR pour chacun des marchés concernés.

9 L'expert a remis ses quatre rapports en juillet 2017.

10 En cours d'instruction, APRR a toutefois modifié le fondement de sa demande indemnitaires et formé, à titre principal, une action en contestation de la validité des contrats sur le fondement de la jurisprudence Béziers I, accompagnée d'une demande de remboursement de toutes les sommes versées aux sociétés concernées en application de ces contrats nuls.

11 Par quatre jugements du 16 juillet 2018, le TA de Dijon a rejeté la demande présentée à titre principale comme étant prescrite sur le fondement de l'article 2224 du code civil. La société était en effet informée avec certitude de l'existence d'un cartel depuis la décision de l'Autorité de la concurrence de décembre 2010. En revanche, le tribunal a fait droit à ses conclusions subsidiaires et condamné, sur le fondement de la responsabilité délictuelle les sociétés FCS, Signalisation France, Signaux Girod et Lacroix Signalisation à verser à la société APRR les sommes respectives de 513 848, 358 303, 227 581 et 118 787 euros.

12 Par ailleurs, par un jugement du même jour, le TA de Dijon a rejeté comme prescrite la demande de la société APRR tendant à ce que les quatre sociétés dont la condamnation est recherchée soient condamnées in solidum du fait des préjudices subis en raison des contrats passés avec les deux sociétés placées en liquidation judiciaire.

13 La société APRR interjette appel de ces jugements en tant qu'ils lui sont défavorables. Par voie d'appel principal et/ou incident, les quatre sociétés condamnées contestent quant à elles les condamnations dont elles ont fait l'objet.

14 Un mot d'abord de la compétence pour vous rappeler que si, en 2015, le tribunal des conflits, abandonnant la jurisprudence entreprise Peyrot, a jugé que les litiges nés de l'exécution d'un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute ressortissent désormais de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, cette juridiction a néanmoins maintenu pour le passé sa jurisprudence antérieure. (TC 9 mars 2015 *Mme R. c/ société autoroutes du sud de la France*). Les contrats en litige datant pour les plus récents de l'année 2006, c'est bien l'ancienne jurisprudence qui s'applique de sorte que le présent litige ressortit bien de la compétence de la juridiction administrative.

15 Sur le fond, il vous reviendra tout d'abord d'examiner les conclusions présentées à titre principal, tendant à contester la régularité du contrat et à obtenir une indemnité sur le fondement quasi-contractuel.

16 Ce changement de fondement de responsabilité a des implications financières considérables puisque la société victime de l'entente anticoncurrentielle bénéficie alors, en substance, d'une indemnisation correspondant à la marge bénéficiaire et non plus seulement du surpris, les sociétés fautives n'étant alors en droit de ne réclamer pour rémunération que l'équivalent de l'enrichissement de la victime de l'entente (CE 10 juillet 2020 Société Lacroix Signalisation, n° 420045 A)

17 Le tribunal a néanmoins rejeté ces conclusions comme atteintes par la prescription. Maintenir cette solution pourrait paraître audacieux compte tenu des dernières évolutions jurisprudentielles et c'est pourtant vers cette voie que nous vous proposerons de vous engager.

18 Par sa décision de Section du 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon, (n° 412243, A), le CE a jugé que « commet une erreur de droit la cour administrative d'appel qui rejette la demande formée par une partie à un contrat administratif, contestant la validité de celui-ci au motif que cette action, présentée pendant la durée d'exécution du contrat, était prescrite par application de la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code civil, alors que cette prescription n'était pas applicable à l'action en contestation de validité du contrat introduite par cette partie. »

19 Pour l'application aux faits de l'espèce de ce considérant de principe, le CE réitère qu'aucune règle de prescription n'était opposable à l'action en contestation de validité de la convention en cause « qui a été exercée pendant la durée d'exécution de ce contrat ».

20 La solution est donc très claire pour le cas, de loin le plus fréquent, où l'action en contestation est présentée en cours de validité du contrat. Mais cette décision du Conseil d'Etat ne tranche pas le cas où l'action est introduite postérieurement à la fin de l'exécution du contrat.

21 Selon le rapporteur public Alexandre Lallet, c'est la nature même de l'action « Béziers I » qui justifie que cette action n'entre pas dans le champ d'application de l'article 2224 du code civil. Il explique que cette action incorpore par elle-même l'exigence de sécurité juridique, sous-jacente dans les règles de prescription. En effet :

- Elle limite les moyens invocables au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles

- Elle ordonne les pouvoirs du juge autour de l'objectif de stabilité des relations contractuelles puisqu'il doit privilégier la voie de la régularisation à celle de la résiliation ou de l'annulation
- La résiliation ou l'annulation ne peut être prononcée que s'il n'en résulte pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

²² En d'autres termes, l'esprit qui préside à l'action en contestation de validité du contrat public est désormais de favoriser l'exécution du contrat et de limiter au maximum les cas d'anéantissement de celui-ci, au prix éventuellement de mesures de régularisation. La contrepartie de cette moindre efficacité du recours, c'est qu'il peut être exercé pendant toute la durée du contrat, sans qu'aucune règle de prescription ne puisse y être opposée.

²³ Alexandre Lallet expose ainsi que « les parties doivent pouvoir disposer d'une action en régulation des relations contractuelles tout au long de la vie du contrat, sous l'égide d'un juge-arbitre qui dispose de tous les moyens d'assurer la résilience du contrat autant qu'il le mérite et ne peut prononcer l'annulation que dans les cas les plus graves (...) en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ».

²⁴ Cette analyse ne pose aucune difficulté dans la plupart des cas mais nous nous trouvons, en l'espèce, dans les interstices de l'édifice jurisprudentiel :

²⁵ D'une part, comme nous l'avons dit, nous sommes clairement dans une situation où le vice est d'une particulière gravité justifiant la nullité du contrat. D'autre part, la contestation de la validité du contrat est invoquée postérieurement à son entière exécution.

²⁶ Dans ces mêmes conclusions, Alexandre Lallet que nous citons encore évoquait l'éventualité d'un recours contre le contrat introduit postérieurement à son terme et entaché d'un vice d'une particulière gravité justifiant son annulation. Il concédait qu'il serait alors « conceptuellement difficile » d'admettre que l'annulation d'un contrat puisse être recherchée et obtenue indéfiniment après son terme.

²⁷ Il envisageait alors la possibilité d'une « purge contractuelle » qui pourrait passer soit par un délai de prescription de cinq ans à compter du terme du contrat, par analogie avec l'action en nullité de laquelle cette action en annulation se rapprocherait soit, et cette solution avait sa préférence, par un délai de forclusion, qui pourrait être de deux mois, comme en matière de résiliation, ou éventuellement d'un an, comme le délai Czabaj.

²⁸ Nous souscrivons évidemment à l'idée qu'il est difficilement admissible de reconnaître une action perpétuelle en contestation de la validité du contrat.

29 Mais il nous semble que se contenter de la mise en œuvre d'un simple délai de forclusion risque de fermer très rapidement la porte du contentieux alors que notre espèce démontre bien que la connaissance de la cause de nullité peut être tardive. Pour remédier à cet inconvénient, il faudrait alors faire jouer à plein la possibilité de se prévaloir de circonstances particulières permettant de déroger au délai de principe, comme le prévoit la jurisprudence Czabaj. Mais nous serions alors dans une situation où ces circonstances particulières pourraient être trop facilement invoquées, ce qui reviendrait à le mettre en échec trop facilement, ce qui montre d'ailleurs peut-être que la logique de forclusion n'est pas la bonne.

30 M. Lallet, comme Mme Le Corre dans ses conclusions sur l'arrêt CE 22 novembre 2019, SNCF mobilité, n° 418645 B, envisagent ainsi également de fixer un délai de prescription prétorien qui pourrait être de cinq ans sans s'appuyer sur un texte de prescription. Cette solution a pour elle les charmes de la cohérence intellectuelle puisqu'elle permet d'écarter en toute hypothèse l'application d'un délai de prescription dont la décision du 1^{er} juillet 2019 a rejeté l'application pour le cas général.

31 Nous avons néanmoins pour notre part une préférence pour la survivance, pour les situations telles que celle qui nous occupe, d'un délai de prescription.

32 En dépit des propositions d'une partie de la doctrine favorable à l'autonomie du droit administratif [1], le juge administratif a une tendance nette à continuer à appliquer directement les délais de prescription du code civil sans se référer aux « principes dont [ils] s'inspirent », même depuis l'abrogation en 2008 de l'ancien article 2227 du code civil qui disposait qu'en « matière de prescription, L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer » et qui paraissait fonder l'application directe des textes du code civil en matière de prescription par le juge administratif.

33 Ainsi, dans un avis récent, le Conseil d'Etat a maintenu une application directe du code civil pour un délai de prescription (article 2224 du code civil) tout en admettant, « en l'absence de toute autre disposition applicable », que les causes d'interruption et de suspension de la prescription biennale instituée par les dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 sont régies par les principes dont s'inspirent les dispositions du titre XX du livre III du code civil. (CE, avis, 31 mars 2017, n° 405797 A)

34 On peut donc en déduire que l'utilisation des « principes inspirants » en matière de prescription demeure l'exception et qu'ils n'ont ici été appliqués que pour un texte qui ne disposait pas d'un mécanisme propre de suspension ou d'interruption.

35 En outre, une action telle qu'elle est introduite par les requérants en l'espèce s'apparente en fin de compte à une action en nullité classique « à l'ancienne » puisqu'en cas de succès, elle aboutit à son anéantissement rétroactif pur et simple.

36 Nous vous proposons donc d'appliquer directement le délai de prescription quinquennale prévu par le code civil, ce qui revient à valider en substance la position du TA.

37 Précisons néanmoins, même si cela n'a pas de conséquence pratique, que ce n'est pas l'article 2224 du code civil qu'il faut appliquer mais l'article 1304 de ce même code, dans sa rédaction alors applicable et maintenu en vigueur pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016.

38 Cet article disposait « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. / Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. (...) ».

39 Précisons également que, pour ce qui est du volet contractuel du litige, l'article L. 482-1 du code de commerce qui instaure un délai de prescription de cinq ans en matière l'action en dommage et intérêts fondée sur une pratique anticoncurrentielle ne nous paraît pas non plus applicable dès lors que cette action se rattache de toute évidence exclusivement à un fondement délictuel ou quasi-délictuel. En effet, il se réfère directement à la faute que constitue la pratique anticoncurrentielle et l'article L. 481-3 définit les préjudices indemnifiables comme le surcoût, le gain manqué, la perte de chance et le préjudice moral.

40 Le caractère quasi-délictuel de cette action est affirmé par la décision du CE n° 420491 du 27 mars 2020 *Société Signalisation France*, même si elle n'exclut pas explicitement son application en matière contractuelle.

41 Nous vous proposons donc de vous en tenir à l'article 1304 du code civil dans sa rédaction alors applicable. Précisons pour finir que si le fondement que nous vous proposons de retenir n'est plus en vigueur aujourd'hui, cela ne confèrera pas pour autant un caractère archéologique à votre décision puisqu'une règle similaire peut aujourd'hui être tirée de la combinaison des articles 1144 et 2224 du même code dans leur rédaction aujourd'hui applicable.

42 La société APRR conteste l'application de cette règle de prescription avec essentiellement deux arguments :

- Elle estime qu'elle ne peut être regardée comme ayant eu une connaissance suffisante du dol tant que la Cour de cassation ou à tout le moins la Cour d'appel n'avait pas rendu un arrêt définitif sur

le recours introduit contre la décision de l'autorité de la concurrence, soit le 29 mars 2012 ou le 28 mai 2013 suivant les cas, de sorte que la demande introduite le 29 mars 2017 ne serait pas prescrite.

- Dans un second temps, elle estime qu'en tout état de cause, le délai a été interrompu par application de l'article L. 462-7 du code de commerce.

⁴³ Vous écarterez facilement le premier argument. Certes, il est jugé de longue date par la Cour de cassation que le simple « soupçon » de dol est en soi insuffisant pour emporter connaissance du dol (Civ. 1re, 31 mai 1972, Bull. civ. I, n° 142, au sujet de l'authenticité d'un tableau).

⁴⁴ Toutefois, lorsque l'autorité de la concurrence a rendu une décision estimant que la société requérante avait été victime d'une pratique anticoncurrentielle, on a alors plus que largement dépassé le stade du soupçon, quand bien-même un recours avait été intenté contre cette décision. La pratique anticoncurrentielle était alors connue de la requérante et la simple existence préalable d'un recours en responsabilité sur le fondement délictuel suffit à le démontrer.

⁴⁵ Et si la société AP2R fait valoir que cette décision ne lui a pas été notifiée, il n'en demeure pas moins qu'elle a été publiée et qu'il est totalement invraisemblable qu'elle l'ait ignoré. Pour tout dire, il est d'ailleurs tout aussi peu vraisemblable qu'elle n'ait appris l'existence de l'entente qu'à cette occasion, le stade du simple soupçon pouvant déjà être regardé comme ayant été dépassé lorsque les documents relatifs à cette entente ont été perquisitionnés dans le cadre d'une commission rogatoire en 2006, ce qu'elle n'a probablement pas manqué d'apprendre très rapidement.

⁴⁶ Quoi qu'il en soit, dans un autre fameux contentieux d'entente anticoncurrentielle, subi cette fois par la SNCF, le Conseil d'Etat a jugé que la victime avait été en mesure de connaître de façon suffisamment certaine l'étendue de ces pratiques au vu de la décision du 21 mars 2006 du Conseil de la concurrence (CE 22 novembre 2019, *SNCF mobilité*, n° 418645 B précité).

⁴⁷ Vous pourrez facilement balayer cette argumentation présentée en défense et affirmer sans crainte que le dol était connu de la requérante au moins lorsque l'avis de l'autorité de la concurrence a été rendu en 2010.

⁴⁸ Sur le second argument, précisons que dans sa version issue de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'article L. 462-7 du code de commerce prévoyait que « l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence (...) interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de

l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive. »

49

La société requérante estime donc que, compte tenu de l'article 2222 du code civil qui dispose en substance que la loi qui allonge la durée d'une prescription s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur, il doit être considéré que la prescription a été interrompue et doit être regardée comme ayant repris au jour où la juridiction compétente a rendu une décision définitive.

50

Mais pour séduisante qu'elle soit de prime abord, cette argumentation ne nous paraît pas résister à l'analyse. En effet, l'article 2222 porte sur les lois allongeant un délai de prescription. Or l'article L. 462-7 du code de commerce n'allonge pas un délai de prescription mais instaure une cause d'interruption, ce qui est un peu différent. De plus, cette cause d'interruption ne vaut que pour les procédures ouvertes devant l'autorité de la concurrence après l'entrée en vigueur du texte. Il est particulièrement constructif de le transposer, par un « a fortiori » à une procédure déjà ouverte et même déjà fermée et qui a déjà donné lieu à un arrêt de la cour d'appel et de la cour de cassation, en vue de bénéficier uniquement des dispositions relatives à la date de reprise du délai de prescription.

51

En définitive, il nous semble donc qu'après avoir corrigé le fondement textuel qu'il a utilisé, vous pourrez valider la position adoptée par le TA et rejeter comme prescrites les conclusions présentées sur le fondement de la nullité du contrat.

52

Nous vous proposons donc d'examiner directement le volet délictuel du litige.

53

Sur l'existence d'une faute, celle-ci ne fait pas de doute compte tenu des pratiques anticoncurrentielles avérées et reconnues par la CA de Paris confirmée en cela par la Cour de cassation, dont se sont rendues coupables les entreprises dont la responsabilité est recherchée.

54

En ce qui concerne plus particulièrement la société FCS, on peut néanmoins s'interroger sur son étendue.

55

Selon l'avis de l'autorité de la concurrence, elle n'aurait en effet participé à l'entente que pendant une durée de quatre ans. Le TA de Dijon, qui avait fait porter l'expertise sur la période 1998/2004, a néanmoins retenu comme période d'indemnisation la période 2002-2006, conformément aux préconisations de l'expert qui se réfère à « la période indiquée par l'autorité de la concurrence ».

56 Mais ce n'est pas, a priori, ce qu'a dit l'autorité de la concurrence qui s'est bornée à estimer, compte tenu du caractère intermittent de sa participation au cartel, que le montant de sa sanction devait être évalué sur la base d'une participation sur une période de 4 ans.

57 La société FDS, qui admet avoir participé de 2002 au 10 mai 2015, date à laquelle, selon elle, elle aurait été écartée du cartel, estime donc que doit être prise en compte seulement la période 2002-2004. On ne sait pas pourquoi le début de l'année 2015 devrait être exclu.

58 Mais quoi qu'il en soit, ce raisonnement ne peut être validé. Comme l'indique la société AP2R dans ses écritures d'appel, l'Autorité de la concurrence relève que FCS (point 238) était bénéficiaire de certains marchés dès 1999. Et par ailleurs, il ressort du point 95 de l'avis qu'elle n'était qu'en attente de classement sur liste noire et que son dirigeant était présent à la réunion qui s'est tenue dans le restaurant le Pré Catelan à Paris, en mars 2006, le jour de la perquisition à l'origine de la procédure.

59 Même si la charge de la preuve repose sur la société AP2R, il nous semble que du point de vue de l'administration de la preuve, la participation établie de la société FCS au Cartel est suffisante pour engager la dialectique et qu'il lui revient donc de justifier les périodes au titre desquelles elle n'en aurait pas fait partie, ce qu'elle ne fait pas. Elle doit donc d'après nous être regardée comme engageant sa responsabilité sur l'ensemble de la période. Au demeurant, en admettant même qu'elle l'établisse, il demeurerait le problème tenant à ce qu'elle avait connaissance de l'entente et que même dans les périodes au titre desquelles elles n'y participait pas officiellement, cela pouvait avoir une influence sur son comportement lors des appels d'offre, par exemple dans l'optique de la réintégrer.

60 Nous vous proposons donc, contrairement à ce qu'a jugé le TA de Dijon, de reconnaître la responsabilité de cette société sur l'ensemble de la période.

61 Il est aussi soutenu en défense que la société APRR n'aurait pas subi de préjudice dans la mesure où, à l'époque des faits, l'actionnaire majoritaire de cette société était l'Etat alors qu'elle a depuis été privatisée. Mais c'est bien la personne morale AP2R qui a subi le préjudice, peu importe la composition de son actionnariat.

62 Nous pouvons donc passer à la délicate question de l'évaluation du préjudice.

63 Précisons à titre liminaire que vous n'êtes pas liés par l'analyse de l'Autorité de la concurrence, qui a estimé le surpris sur le marché entre 5 et 10 % a minima, dès lors que cette estimation répond à un autre objectif que le nôtre relatif à l'impact de l'entente sur l'ordre

public économique, sans correspondance immédiate avec le surcoût résultant des pratiques anti-concurrentielles ayant affecté des marchés publics déterminés qui est seul indemnisable.

64 Comme nous l'avons dit au début de notre exposé, le TA de Dijon a ordonné une expertise pour évaluer le préjudice, ce qui n'est pas aisé puisqu'il faut estimer, en substance, la différence entre le montant effectivement payé et le montant qui aurait dû être payé en l'absence de pratique anticoncurrentielle.

65 Sans entrer dans les détails, l'expert se réfère à un document élaboré par la Commission européenne, qui prend la forme d'un guide pratique proposant plusieurs méthodes permettant d'évaluer ce type de préjudice :

66 D'après le guide, les méthodes les plus couramment utilisées, qualifiées de comparatives, consistent à estimer ce qui se serait produit en l'absence d'infraction en s'intéressant aux périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction ou à d'autres marchés non concernés par l'entente, éventuellement affinées par le recours à des techniques économétriques.

67 D'autres méthodes se fondent sur des modèles économiques adaptés au marché réel afin de simuler ce qui aurait pu exister sur le marché en l'absence d'entente anticoncurrentielle. Parmi ces autres méthodes figurent celles qui sont fondées sur les coûts de production auxquelles on ajoute un marge bénéficiaire « raisonnable » ou encore celles qui sont basées sur des méthodes financières prenant pour point de départ les résultats financiers du demandeur ou du défendeur.

68 L'expert a choisi de retenir une méthode par comparaison en comparant, pour un échantillon de produits, la moyenne des prix réellement pratiqués par l'ensemble des membres du cartel pendant l'entente avec un échantillon représentatif des prix remis par des acteurs commercialisant des produits similaires et opérant sur le même marché.

69 Pour les éléments concrets d'évaluation du préjudice, l'expert s'est basé sur un rapport d'évaluation fourni par un cabinet commandité par la société AP2R.

70 L'expert a cependant demandé l'établissement de notes complémentaires, a procédé à des vérifications en particulier sur les éléments chiffrés fournies par la société APRR, a étudié les contre-propositions faites par les sociétés concernées.

71 Compte tenu de ce que l'entente a couvert la quasi-totalité du marché national, contaminant ainsi une bonne partie des points de comparaison potentiels, l'expert a décidé de comparer les prix effectivement pratiqués pendant la période d'entente avec ceux qui

ont été pratiqués pendant la période du 15 mars 2006, soit le lendemain de la période d'entente, au 1^{er} janvier 2012. Les prix ont été actualisés pour être fixés en euro constant à une date déterminée.

72 Les prix comparés ont subi un abattement de 30 % pour tenir compte de la composante génie civil des marchés, laquelle n'est pas impactée par l'entente.

73 En définitive, le cabinet commandité par la société AP2R qui aboutissait à un surpris de 38 %, tout en retenant finalement un surpris moyen de 30 %, qualifiée d'hypothèse « conservatrice ». Autrement dit, la société AP2R a pratiqué un abattement sur le résultat de sa propre méthode afin de rendre ses résultats incontestables. L'expert s'est approprié ce résultat.

74 Cette méthode était séduisante même si, comme il est relevé en défense, elle souffre naturellement d'approximations et ne permet pas une « individualisation » du préjudice pour chaque marché et chaque société. Cette individualisation est de toute façon impossible, tout comme le calcul au centime près le préjudice subi. Mais vous êtes familier de ce genre de situation et si l'exacte appréciation du préjudice est impossible comme en l'espèce, il vous revient alors classiquement d'en faire une appréciation la plus juste possible, avec un degré d'approximation raisonnable.

75 Mais pour séduisante qu'elle soit, elle souffrait de défauts et en particulier, parmi les nombreuses critiques faites par les sociétés de signalisation contre cette expertise, deux nous paraissent poser des difficultés majeures.

76 En premier lieu, sur le fond, les sociétés critiquent l'absence de répercussion du surpris ainsi calculé sur les usagers d'autoroute. Lors des opérations d'expertise, certaines sociétés dans leurs dires ont clairement demandé que cette répercussion soit pratiquée par l'expert.

77 Ce dernier s'est borné à répondre que cette prise en compte des répercussions de prix, nommée suivant l'anglicisme de « passing on defence », est « contestée par certains économistes et la position du juge sera primordiale dans ce type d'affaire ».

78 Il est regrettable que l'expert ait ainsi botté en touche car, contrairement à ce qu'il affirme, l'évaluation intégrale du préjudice économique subi ressortissait bien de sa mission. Certes, il revient au juge de décider si ce surpris doit être inclus dans le préjudice mais cela ne le dispensait pas d'étudier l'hypothèse où le juge tiendrait compte de ce paramètre dans l'évaluation de son préjudice.

79 Or, il nous semble clair que cet élément doit être pris en compte. En effet, dans son livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les

abus de position dominante du 2 avril 2008, la commission européenne a estimé que les auteurs d'infractions [doivent] être autorisés à invoquer la possibilité que le surcoût ait été répercuté [sur les clients de la victime]. Elle se justifie en expliquant que la négation de ce moyen de défense pourrait entraîner l'enrichissement sans cause des acheteurs qui ont répercuté le surcoût et une réparation multiple injustifiée, par le défendeur, pour les surcoûts illégaux imposés.

⁸⁰ Postérieurement à ce livre blanc, une directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 a été édictée et transposée par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017, relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 481-4 issu de cette ordonnance précise que « 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 répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur auteur de la pratique anticoncurrentielle. »

⁸¹ Ce texte n'était pas applicable à notre espèce mais il nous semble que vous pouvez vous approprier les préconisations du livre blanc de la commission et donc intégrer de manière prétorienne la répercussion du surpris dans votre évaluation.

⁸² Or, comme l'a relevé l'autorité de la concurrence dans un avis du 17 septembre 2014, lorsqu'un contrat de plan a été signé avec l'État (ce qui est le cas en l'espèce), les tarifs des péages sont fixés par la société concessionnaire selon des modalités définies par ce contrat. En pratique, l'entreprise bénéficie d'une hausse garantie plus avantageuse (80 ou 85 % de l'inflation) à laquelle s'ajoute une hausse supplémentaire correspondant à la compensation des investissements mis à la charge des SCA par le concédant dans le cadre du contrat de plan.

⁸³ Dans ces conditions, il est difficile de soutenir que le surpris n'a pas été répercuté, au moins en partie, sur les paysages.

⁸⁴ En résumé, il nous semble que vous devez juger que ce surpris doit être pris en compte et que seule une expertise permettrait de l'évaluer. Par conséquent, le résultat de l'expertise nous paraît incomplet.

⁸⁵ En second lieu, sur la forme, l'expertise est contestable du point de vue du contradictoire, dans la mesure où elle se fonde essentiellement, comme nous venons de le dire, sur une étude faite par un cabinet mandaté par la société AP2R mais dont une grande partie des éléments n'ont pas été communiqués car couverts par le secret des affaires.

86 En effet, alors que l'étude était basée sur une comparaison des prix avant et après l'entente, la société AP2R a refusé de communiquer les prix après entente au motif que ces informations étaient susceptibles de divulguer la stratégie des entreprises concurrentes.

87 L'expert avait fait part de cette difficulté au président du TA de Dijon qui avait validé la proposition de l'AP2R de communiquer l'ensemble des données relatives aux prix des marchés conclus pendant l'entente et les « prix de référence » résultant du calcul basé sur les prix pratiqués après la fin de l'entente, sans communiquer le détail de tels prix.

88 Mais pour ce qui nous concerne, nous avons du mal à cerner en quoi consiste ce « prix de référence ». En tout cas, nous ne sommes pas parvenus à déterminer ce qui avait été réellement communiqué à l'issue de ce courrier et rien ne permet d'affirmer que l'expert ait exclu les données couvertes par le secret professionnel. Tout porte même à croire le contraire, dès lors qu'il a manifestement repris les données fournies dès le départ par le cabinet mandaté par AP2R.

89 Ce qui paraît clair, c'est que les parties n'ont pas pu discuter utilement des prix post entente.

90 Par ailleurs, la circonstance que des éléments soient couverts par le secret des affaires, ce qui est évidemment bien le cas ici, ne permet pas de s'affranchir des règles du débat contradictoire. Ainsi, il est de jurisprudence constante en ce qui concerne le débat contradictoire devant le juge, que les règles générales de la procédure contentieuse interdisent au juge de se fonder sur des pièces qui n'auraient pas été soumises au débat contradictoire, en particulier dans le cas où cette absence de communication tient à ce que les documents sont couverts par un secret garanti par la loi (v. en ce sens, CE, Ass. 6 novembre 2002, n° 194295 ou, plus récemment CE 23 décembre 2016 section française de l'observatoire international des prisons n° 405791).

91 Cette solution est évidemment transposable pour le débat devant l'expert, étant précisé que le jugement qui se fonde sur une expertise non contradictoire est en principe entaché d'irrégularité (CE, 10 juillet 1987, Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage, n° 67421, B). Et si le juge peut utiliser un rapport d'expertise non contradictoire s'il résulte de l'instruction que le défaut de contradictoire est resté sans influence sur la réponse donnée par l'expert aux questions qui lui sont posées. (CE, 15 octobre 2018, n° 413937, B), il est évident en l'espèce que l'absence de contradictoire a eu une influence puisqu'il porte sur les éléments d'évaluation de la méthode, laquelle résulte en réalité quasi-intégralement de l'évaluation faite par le cabinet mandaté par la société AP2R.

92 Il nous semble que si une méthode ne permet pas de respecter le principe du contradictoire en raison du secret des affaires, alors il faut trouver une autre méthode d'évaluation ou, au pire, constater son échec à finaliser l'expertise et fournir au juge les éléments en sa possession. Mais cette extrémité ne pouvait de toute évidence pas se produire en l'espèce puisque l'expert a relevé lui-même qu'il existait plusieurs méthodes d'évaluation possibles.

93 Nous ferons l'économie d'évoquer les autres critiques de la méthode dès lors que, si vous nous suivez, vous devrez ordonner une nouvelle expertise qui devra évaluer le préjudice suivant une autre méthode.

94 En ce qui concerne les incidences concrètes de ces irrégularités, vous pourrez prononcer, comme c'est demandé, l'annulation du jugement dans les dossiers 18LY03518, 18LY03566 18LY03562 et 18LY03581. Dans les dossiers dans lesquels l'annulation n'est pas demandée, vous ne pourrez pas vous substituer aux parties dans la mesure où il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public. Ceci n'aura cependant pas d'incidence concrète majeure dans la mesure où cela ne fait pas obstacle à ce que vous demandiez un complément d'expertise dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel.

95 Enfin, s'il est demandé l'actualisation de la somme à mettre à la charge de la société Lacroix Signalisation correspondant au surpris qu'elle dit avoir supporté lors de la conclusion du contrat pendant la période d'entente anticoncurrentielle, elle est seulement fondée à ce titre, le cas échéant, à obtenir l'application des intérêts au taux légal, lesquels suffisent, en l'absence de démonstration d'un préjudice distinct, à réparer pour le créancier d'une somme d'argent le préjudice né de l'indisponibilité de cette somme.

96 Enfin, s'agissant de la requête n° 18LY03551 tendant à condamner les défenderesse in solidum pour les préjudices causés par les sociétés SES et Laporte service Route, aujourd'hui en liquidation judiciaire, celle-ci a été introduite le 29 mars 2017 et est atteinte par la prescription quinquennale, qui est également le délai applicable en matière quasi-délictuelle (v. en ce sens, CE 27 mars 2020 *société signalisation France* n° 420491 précité). Nous vous renvoyons sur ce point à nos développements précédents sur le volet quasi-contractuel du litige.

97 Par ces motifs, nous concluons

- Au rejet de la requête n° 18LY03551
- A l'annulation des jugements dans les dossiers 18LY03518, 18LY03566 18LY03562 et 18LY03581
- A ce qu'une nouvelle expertise soit réalisée et permettant, dans le respect du contradictoire, de prendre en compte une éventuelle répercussion du surpris sur les usagers

- au rejet du surplus des conclusions tendant à la contestation de la validité des contrats.

Entente signalisation Lyon

98 Nous pouvons maintenant examiner les trois dossiers d'entente relatifs aux marchés de signalisation autoroutière, qui concerne cette fois les marchés passés par la société AREA, filiale de la société AP2R et qui est concessionnaire d'une partie du réseau d'autoroute, correspondant pour l'essentiel à la zone située dans le quart sud-est de l'agglomération lyonnaise.

99 Cette société a été victime de l'entente, en particulier en ce qui concerne les contrats passés avec les sociétés Signature SA, devenue depuis Signalisation France, SES et Laporte service route. La société SES étant placée en liquidation judiciaire, elle n'a pas fait l'objet d'un recours.

100 La société AREA a en revanche introduit une requête en réparation du préjudice subi du fait de l'entente à l'encontre des deux autres sociétés. Par deux jugements avant dire droit du 13 juillet 2016, le TA de Lyon a reconnu la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés de signalisation routière et a ordonné des expertises pour l'évaluation du montant des préjudices subis par AREA.

101 Par une ordonnance du 13 octobre 2016, il a été donné acte à la société AREA du désistement de sa demande dirigée contre la société Laporte Service Route, placée en liquidation judiciaire.

102 La procédure s'est donc poursuivie contre la seule société Signalisation France, avec laquelle elle a conclu 7 contrats au cours de la période courant entre 2000 et 2004.

103 Cette dernière a fait appel du jugement ADD du 13 juillet 2016 mais sa requête a été rejetée par un arrêt du 5 octobre 2017.

104 L'expert, qui était le même que dans les dossiers jugés par le TA de Dijon, a rendu son rapport le 29 janvier 2018 en appliquant les mêmes méthodes. Il a évalué le préjudice à 907 288 euros.

105 De même, comme la société AP2R, la société AREA a modifié en cours d'instance ses conclusions pour contester en principal la validité du contrat, dans l'espoir d'obtenir une indemnisation plus forte sur le fondement quasi-contractuel (enrichissement sans cause).

106 C'est là que les contentieux divergent car, contrairement au TA de Dijon qui a entériné le rapport de l'expert, le TA de Lyon a rendu un nouveau jugement avant dire droit, par lequel il a constaté que l'expertise était entachée des mêmes défauts que ceux que nous avons mentionné dans les précédents dossiers et il a par conséquent

ordonné une nouvelle expertise. En revanche, comme le TA de Dijon, il a rejeté les conclusions présentées sur le fondement quasi-contractuel comme étant prescrites.

107 Par sa requête n° 18LY03524, la société AREA interjette appel de ce jugement avant dire droit.

108 Le nouvel expert a rendu un nouveau rapport le 24 avril 2019 et a abouti à une forte réduction du montant du préjudice, désormais évalué à 353 500 euros.

109 Par un jugement du 22 juillet 2019, le TA de Lyon a, pour l'essentiel, fait siennes les conclusions du second expert et a condamné la société Signalisation France à verser à AREA la somme de 350 000 euros, assortie des intérêts à compter du 17 juin 2013 et de leur capitalisation l'année suivante, sur le fondement quasi-délictuel. Les premiers juges ont aussi mis à la charge de la société Signalisation France les frais des deux expertises.

110 Par sa requête enregistrée sous le n° 19LY03627, la société AREA interjette appel de ce second jugement.

111 La société Signalisation France conclut au rejet de la requête et présente à titre incident des conclusions tendant à la réduction du montant de sa condamnation.

112 Enfin, comme dans les affaires devant le TA de Dijon, la société AREA a demandé, en mars 2017, la condamnation de la société Signalisation France à l'indemniser des préjudices subis du fait de la conclusion de contrats avec les sociétés Laporte Service Route et SES, au titre de son obligation in solidum envers les autres membres de l'entente.

113 Par sa troisième requête, présentée sous le n° 19LY03655, la société AREA interjette appel du jugement par lequel le TA de Lyon a rejeté cette demande comme prescrite.

114 Nous passerons rapidement sur cette troisième requête, que vous pourrez également rejeter en confirmant le TA, pour les mêmes motifs que ceux que nous avons évoqué dans le dossier équivalent concernant la société AP2R.

115 De même, vous pourrez rejeter les conclusions présentées sur le fondement quasi-contractuel dans le cadre d'une contestation de la validité du contrat en faisant application de la prescription quinquennale, pour les mêmes raisons que dans les dossiers AP2R.

116 Vous pourrez donc vous borner à examiner la responsabilité quasi-délictuelle.

117 Précisons au préalable que vous pourrez écarter le moyen tiré de l'insuffisance de motivation du jugement. Celui-ci se réfère clairement au montant évalué par le second expert, même si les premiers juges

ont fait le choix d'arrondir le montant de l'indemnité à 350 000 euros dans le cadre d'une « juste appréciation » du préjudice.

¹¹⁸ La société AREA, qui est insatisfaite de la nouvelle expertise, soutient ensuite que la méthode contrefactuelle utilisée par le premier expert judiciaire était la plus appropriée et il reproche au TA d'avoir conféré une portée absolue au principe du contradictoire au mépris des motifs d'ordre public impérieux justifiant la protection du secret des affaires.

¹¹⁹ Mais comme nous l'avons dit dans les dossiers précédents, le TA a au contraire eu raison de donner une portée absolue au principe du contradictoire. Il était tenu de faire procéder à une nouvelle expertise, d'autant qu'il fallait également, comme nous l'avons dit, inclure dans l'évaluation la prise en compte de la répercussion du surpris sur les usagers.

¹²⁰ Reste à savoir si la nouvelle méthode proposée est appropriée, ce que conteste la société AREA.

¹²¹ Le nouvel expert a tout d'abord défini sur quels marchés allait porter l'évaluation du préjudice. Sept marchés sont potentiellement concernés mais après avoir constaté que trois d'entre eux posaient difficulté, il en a finalement retenu six.

¹²² Il a ensuite décidé de faire la moyenne des résultats de deux méthodes :

- Une première méthode qui est similaire à celle de son confrère, consistant à comparer sur ces marchés les prix antérieurs et postérieurs à l'entente et à indemniser de la différence.
- Une seconde méthode consistant à appliquer aux six marchés une réfaction correspondant à l'évolution de la marge brute avant et après l'entente.

¹²³ La méthode de l'expert est critiquée à plusieurs niveaux.

¹²⁴ Tout d'abord, les marchés retenus sont contestés. Comme nous le disions, trois des sept marchés posaient difficulté :

- ◦ L'expert a d'abord estimé qu'il fallait purement et simplement écarter le marché n° 745IE02 en faisant valoir qu'il ne portait pas que sur des produits concernés par l'entente mais également sur des panneaux à usage variable.
- Il a ensuite relevé, s'agissant du marché n° 200 2003 que le seul document transmis était une fiche récapitulative, mettant ainsi en doute son existence même. Il a décidé d'évaluer l'éventuel surpris pouvant résulter de ce marché tout en ajoutant qu'il reviendrait à la juridiction d'apprécier s'il convenait de l'inclure ou non dans l'évaluation du préjudice.

- Enfin, il a relevé que le marché n° 0850EX03 était spécifique compte tenu de ce qu'il portait sur de la signalisation provisoire incluant essentiellement des prestations. Il l'a donc écarté de la première méthode qui n'est pas adaptée à un marché constitué essentiellement de prestations mais pas de la seconde, basée sur la marge brute. En ce qui concerne ce marché, l'évaluation ne résulte donc pas d'une moyenne des deux méthodes mais de la seule application de la seconde méthode.

¹²⁵ Les requérants débattent donc du choix d'inclure ou non ces marchés.

¹²⁶ Sur le marché n° 745IE02, il nous semble que vous pourrez confirmer le TA qui a refusé de le prendre en compte au motif qu'il ne portait pas uniquement sur des produits concernés par l'entente et qu'il a été attribué à la société Traffic Systems. Si on peut s'interroger sur le fait de mettre en avant le fait qu'il ne « porte pas uniquement sur des produits concernés par l'entente », puisque cela implique en creux qu'une partie au moins porte sur ces produits, il n'est pas contesté que cette société intervient exclusivement dans la signalisation dynamique qui n'était pas concernée par l'entente. Dans ces conditions, vous ne pourrez qu'écarter les pures allégations de la société Area suivant lesquelles 30 % du marché portait sur des produits soumis à l'entente. Dès lors, et même s'il n'est pas non plus contesté que la société Traffic Systems est une filiale à 100 % de la société Signalisation France, vous pourrez écartier ce marché de l'évaluation du préjudice, comme l'a fait l'expert.

¹²⁷ Sur le marché 2002003, le TA a estimé « qu'en l'absence de contestation du montant payé par la société AREA (...), la société requérante est fondée à demander la réparation du préjudice résultant du surcoût payé au titre de ce marché. »

¹²⁸ La société Signalisation France fait valoir que l'expert n'a pas pu procéder à une analyse complète de ce marché, mais il lui revenait dans ce cas de fournir des éléments plus précis et ce reproche fait à l'expert revient, nous semble-t-il, à alléguer de sa propre turpitude. Certes, la charge de la preuve repose sur la société Area, mais il vous revient aussi de tirer les conséquences de l'abstention de la société signalisation France à fournir des éléments en sa possession, alors que l'existence de ce marché est établie. Nous vous proposons de tenir compte de ce marché pour l'évaluation du préjudice.

¹²⁹ Enfin, sur le marché 0850EX03 portant sur la signalisation provisoire de chantier, rien ne permet d'affirmer que ces prestations étaient exclues de l'entente et comme le fait valoir soutient AREA, ce marché impliquait la fabrication de panneaux et ne pouvait être exécuté que par des acteurs de la signalisation routière. La société Signalisation France soutient que ce marché a été attribuée à la société Farcor

mais cette société était une filiale à 100 % de Signature SA (devenue Signalisation France) et l'expert relève qu'elle bénéficiait, à ce titre, d'un « prix de protection ».

130 Les parties discutent ensuite des méthodes d'évaluation :

131 Sur la première méthode, c'est-à-dire la méthode par comparaison, l'expert a fait feu de tout bois pour éviter l'obstacle du secret des affaires. Mais toutes ses démarches, que ce soit auprès des autres sociétés concessionnaires d'autoroute, de la direction Centre Est de Lyon, de la Direction Régionale Grand Est de Strasbourg, des fournisseurs de panneaux et même de la CADA se sont soldées par des échecs.

132 Il explique cependant au bout de l'exposé de ses démarches que « compte tenu des quelques informations disponibles, il a été néanmoins possible d'établir deux analyses différentes permettant de définir un surcoût ». Nous sommes dubitatifs car nous ne voyons pas quels éléments l'expert a bien pu prendre en compte pour définir les prix postérieurs à l'entente.

133 Néanmoins, les deux parties semblent se satisfaire de cette situation et, en particulier, la société Signalisation France se satisfait de ce que le second expert s'est référé directement aux prix pratiqués par elle pendant l'entente sans faire de moyenne avec les prix pratiqués par les concurrents, comme cela avait été fait dans la première expertise. Elle estime donc que cette fois, les prix sont suffisamment individualisés. Vous n'aurez donc pas à examiner la régularité de cette seconde expertise.

134 M. Etiévent valide comme son prédécesseur la méthode proposée par le cabinet Nera tout en modifiant un peu le calcul, qui avait abouti à un surpris de 38,6 % tout en retenant finalement une hypothèse « conservatrice » de 30 %. Il a néanmoins estimé que la partie Génie civil, représentant 30 % du marché, n'était pas impactée par l'entente et a fait une réfaction sur le surpris de 30 % aboutissant à réduire le surpris à 21 %, alors que le premier expert pratiquait cet abattement directement sur le montant du marché.

135 Sur cette première méthode, si nous comprenons bien, la seconde expertise aboutit donc à un taux de surpris moindre mais portant sur des montants plus élevés. Cette modification est néanmoins moins favorable à la défenderesse puisqu'elle aboutit à diminuer assez fortement l'évaluation du surpris.

136 Sur la seconde méthode, il a été constaté que le taux de marge brute variait de 39 % à 33 % entre en 2000 et 2003) alors qu'à partir de 2007, après l'entente, il chutait à 22 %

137 L'expert a néanmoins dû reconnaître que sur les années 2004 et 2005 également incluses dans l'entente, le taux de marge brute était de « seulement » 23 et 25 % soit un taux proche de celui qui a été constaté après l'entente. L'expert propose cependant d'écarter ces taux et de retenir celui de 2003 en estimant que cette baisse du taux de marge brute s'expliquerait par une « forte réorganisation ayant abouti à une restructuration significative de la société »

138 La société Signalisation France conteste cette approche et fait valoir que la baisse du taux de marge brute n'est pas la conséquence de la restructuration mais en est la cause, la conduisant à mettre en place un plan social.

139 Mais sur ce point, nous n'avons pas plus d'élément à notre disposition que l'expert et vous ne pourrez donc que valider ses observations.

140 En application de cette seconde méthode, le surpris est de 17 % en 2000 et 2001, 14 % en 2002 et 11 % en 2003. Ce taux de 11 % a donc été appliqué aussi aux années 2004 et 2005 au titre desquels la faible différence de marge brute a été considérée comme ne pouvant pas être prise en compte. Pour rappel, ces taux peuvent donc être comparés avec le surpris de 21 % résultant de l'application de la première méthode.

141 L'expert a calculé le montant du préjudice selon ces deux méthodes et en a fait la moyenne, à l'exception du marché n° 0850EX03 sur lequel il n'a pu appliquer que la méthode de la marge brute, comme nous l'avons dit plus haut. Il aboutit à un surcoût global de 207 682 euros.

142 Pour être tout à fait honnête, cette expertise ne nous paraît pas vraiment satisfaisante. Il demeure un écart substantiel entre les pourcentages surpris résultant des deux méthodes alors même que tous les paramètres maniés par l'expert ont pour opportun effet d'en faire converger les résultats, sans qu'on puisse affirmer avec certitude si ce constat procède d'une volonté de ce dernier ou d'une coïncidence... On peut s'étonner, par exemple, qu'après avoir effectué de savants calculs pour aboutir à un surpris de plus de 38 %, on applique une réfaction de 30 % pour le génie civil, non sur ce pourcentage mais sur celui de 30 %, qui avait été fixé arbitrairement et présenté comme une concession « conservatrice » par le cabinet originellement mandaté par AREA.

143 Or en dépit de cet effet de convergence des différents paramètres maniés par l'expert, il n'en demeure pas moins que sur les années où la méthode de la marge brute n'aboutit qu'à un surpris de 11 %, on atteint alors une différence qui est presque du simple au double entre les deux méthodes.

144 Néanmoins, il ressort aussi clairement de ce litige qu'une évaluation suivant la seule méthode par comparaison est quasiment impossible sans méconnaître le secret des affaires. Nous avons le sentiment que

la méthode par application de la marge brute aboutit à une sous-évaluation mais c'est la seule qui peut être dressée sans méconnaître le principe du contradictoire et c'est aussi la seule qui permet d'évaluer le préjudice résultant du surpris dans le marché 0850EX03. Par conséquent, faire la moyenne de ces deux méthodes permet de compenser la sous-évaluation de la méthode de la marge brute sans se référer à la seule première méthode qui souffre d'un défaut de procédure contradictoire insurmontable, que les deux parties ont cependant le bon goût de ne pas soulever dans leurs écritures. En définitive, cette méthode a donc tout d'une cote mal taillée mais il faut bien trancher ce litige et vous n'aurez jamais de méthode pleinement satisfaisante. En dépit de ces imperfections assez importantes, nous vous proposons donc de la valider.

¹⁴⁵ L'expert a ensuite évalué la répercussion de ce surpris sur les usagers. Comme nous l'avons dit dans les dossiers relatifs à la société AP2R, il nous paraît certain qu'une telle répercussion a eu lieu. La méthode qui a permis à l'expert d'estimer cette répercussion n'est pas sérieusement contestée. Elle aboutit à ce que ce dernier limite l'évaluation du préjudice à 194 528 euros.

¹⁴⁶ L'expert a ensuite majoré son évaluation de 85 278 euros, aboutissant à un préjudice de 279 806 euros, pour indemniser le préjudice tenant à ce que la société AREA a du recourir à l'emprunt pour financer ces investissements et qu'une partie de ces emprunts a servi à financer le surpris.

¹⁴⁷ La société Signalisation France estime que la société AREA n'apporte pas la preuve qu'elle a dû recourir à l'emprunt pour financer les marchés litigieux. Toutefois, l'expert a relevé qu'AREA a systématiquement recourus aux emprunts pour ces investissements et aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause cette appréciation. Et si la société Signalisation affirme que le recours à l'emprunt est un choix financier cet argument n'est pas entendable dès lors que ce préjudice financier est en lien direct avec son comportement fautif. Et si ces emprunts ont selon toute vraisemblance permis à AREA de réduire sa note fiscale via des déductions de charges, nous ne pensons pas que les conséquences fiscales bénéfiques d'une charge indemnisée doivent être prise en compte dans votre évaluation, dans la mesure où les indemnités allouées pour des préjudices se rattachant aux opérations commerciales ou industrielles et, d'une façon plus générale, à la gestion de l'entreprise constituent des profits imposables.

¹⁴⁸ En ce sens, vous pourrez voir, par analogie, un arrêt jugeant que l'indemnité obtenue par un candidat irrégulièrement évincé à l'attribution d'un marché étant destinée à compenser une perte de recettes commerciales, elle doit donc être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre,

à l'impôt sur les sociétés. Par suite, commet une erreur de droit la cour administrative d'appel qui évalue le manque à gagner du candidat évincé à partir du résultat d'exploitation après déduction de l'impôt sur les sociétés. (CE 19 janvier 2015 société SPIE Est n° 384653).

149 On le voit donc, ce que le Trésor donne d'une main en permettant la déduction de la charge résultant des intérêts payés, il le reprendra de l'autre en imposant l'indemnité venant réparer cette charge qui n'aurait pas dû être engagée. Vous écarterez cette argumentation.

150 Enfin, la méthode d'actualisation du préjudice, qui lui permet d'aboutir à un préjudice total de 353 500 euros n'est pas contestée.

151 Compte tenu des incertitudes pesant sur l'ensemble de ces méthodes, il nous semble que le choix du TA de ne pas s'appropriier à l'euro près le préjudice défini par l'expert nous paraît de bon sens. Vous pourrez valider le montant de préjudice fixé par les premiers juges à 350 000 euros dans le cadre d'une « juste appréciation ».

152 Par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.

NOTES

[1] B. Plessix, La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif, RFDA 2008, p. 1219. [Retour au texte](#)

Note universitaire

La protection en trompe l'œil des acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles dolosives

François Cafarelli

Maître de conférences en droit public CMH EA 4232 à l'université Clermont Auvergne

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6652](https://doi.org/10.35562/alyoda.6652)

¹ Les acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles à caractère dolosif de leurs cocontractants peuvent désormais engager concomitamment, et même après l'exécution des contrats, une action en nullité de leurs contrats, impliquant une action quasi contractuelle, et une action sur le terrain quasi délictuel permettant d'obtenir une indemnisation en raison du préjudice subi. L'efficacité de la protection ainsi consacrée exige néanmoins qu'ils agissent rapidement, sous peine de se voir opposer une prescription.

² Si le droit de la commande publique permet de garantir le respect, par les acheteurs, des principes de transparence et d'égalité de traitement, encore faut-il, pour leur donner un plein effet, que les opérateurs économiques s'abstiennent de toute pratique anticoncurrentielle (Code de commerce, art. [L. 420-1](#) à [L. 420-7](#)) . Certains secteurs économiques sont particulièrement exposés à ce type de dérives, liées pour une large part à un niveau de concurrence insuffisant. À titre d'exemple, [le rapport annuel de l'Autorité de régulation des transports sur les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour l'exercice 2019](#) (p. 82) précise que si le marché des travaux de chaussées présente un niveau de concurrence satisfaisant, il en va différemment pour les marchés de signalisation et d'équipements routiers, ce secteur étant moins ouvert en raison tant de la spécificité des produits proposés que du faible nombre d'entreprises en capacité de répondre aux besoins exprimés.

³ Cette situation concurrentielle pathologique dans le secteur de la signalisation routière a été à l'origine de la [décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010](#) par laquelle l'Autorité de la concurrence a estimé que, entre 1997 et 2006, les sociétés Lacroix Signalisation, Signature, Signaux Girod, Sécurité et Signalisation (SES), Aximum, Franche Comté Signaux (FCS), Nadia Signalisation, Laporte Service Route et Nord Signalisation, enfreignant les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, avaient constitué un cartel et s'étaient entendues sur la répartition des marchés publics, sur des remises tarifaires, ainsi que sur l'élaboration d'une « liste noire » permettant

d'exclure certaines entreprises concurrentes. La société Lacroix Signalisation s'est vue infliger une sanction de 7, 72 millions d'euros, confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, puis par un arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2013.

4

Cette décision de l'Autorité de la concurrence doit être comprise, pour la société Lacroix Signalisation, comme une véritable déflagration. Nombre de clients, acheteurs publics ou privés (sociétés concessionnaires d'autoroutes, collectivités locales), se sont légitimement émus de l'existence de cette entente et de son caractère dolosif dans le cadre de la conclusion de nombreux marchés. Aussi, à ce jour, les mots clés « Lacroix Signalisation » et « entente » tapés sur Légifrance font émerger 14 occurrences dans la jurisprudence administrative. On compte, depuis le 22 février 2018, 12 arrêts de CAA dont sept pour la seule CAA de Lyon, et deux du Conseil d'État. La recherche du numéro 10-D-39 de la décision de l'Autorité de la concurrence fait émerger 29 décisions pour la seule jurisprudence administrative !

5

La CAA de Lyon a rendu, ce 3 décembre 2020, 7 arrêts opposant sociétés concessionnaires d'autoroutes et entreprises membres du cartel démantelé. Plus particulièrement, l'arrêt commenté oppose la société des Autoroutes Paris Rhin-Rhône à la société Lacroix Signalisation. Informée de l'entente constatée dans le secteur de la signalisation routière, la première, ayant conclu des marchés avec la seconde, a saisi le tribunal administratif de Dijon afin d'obtenir une réparation indemnitaire, les agissements dolosifs ayant porté atteinte à ses intérêts. La demande initiale est donc intervenue sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle, pour un montant de 583 342, 21 €. Le tribunal administratif de Dijon, dès son jugement avant dire droit du 30 juillet 2015, a jugé que la société Lacroix Signalisation s'était en effet rendue coupable de manœuvres dolosives ayant conduit la société APRR à conclure des marchés dans des conditions défavorables et notamment plus onéreuses. Le principe de la responsabilité de la société Lacroix signalisation étant acquis, une difficulté est néanmoins apparue s'agissant de la détermination du *quantum* de l'indemnisation. Une expertise a alors été prescrite et ce délai procédural supplémentaire a été exploité par la société APRR qui, le 27 mars 2017, outre ses conclusions indemnitaires, a saisi le tribunal administratif de conclusions tendant désormais, et à titre principal, à l'annulation d'un contrat conclu durant la période d'entente. De telles conclusions impliquaient la restitution des sommes versées en exécution du contrat (2 778 831, 84 €), et étaient complétées, à titre subsidiaire, par le maintien des conclusions originelles présentées sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle.

⁶ Par jugement du 16 juillet 2018, le tribunal administratif de Dijon a rejeté les conclusions principales de la société APRR en annulation du contrat, en lui opposant la prescription de son action, mais a accueilli favorablement la demande formulée sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle, en limitant le montant de l'indemnisation à 118 787 euros à parfaire.

⁷ La société APRR a interjeté appel de ce jugement. En raison d'une méconnaissance du principe du contradictoire dans le cadre de l'expertise qui a conduit à la condamnation de la société Lacroix Signalisation (art. L. 5 CJA), le jugement est annulé et, évoquant l'affaire, la cour rappelle d'abord que « *si une partie à un contrat administratif, victime de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, peut, en cours ou après l'exécution de ce contrat, 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* ». Elle estime cependant que, dans une telle hypothèse, et en référence aux articles 1144 et 2224 du Code civil, l'action en annulation du contrat est prescrite par un délai de 5 ans à compter du jour où le dol est découvert, et rejette les conclusions en annulation du contrat formulées pour la première fois le 27 mars 2017, soit près de 7 ans après la décision de l'Autorité de la concurrence. Sur le terrain quasi délictuel, les conclusions de la société APRR sont à nouveau favorablement accueillies dans leur principe, mais la définition du *quantum* est encore problématique, ce qui conduit la cour à prescrire une nouvelle expertise.

⁸ Cette solution s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence récente du Conseil d'État appliquant aux acheteurs les principes du *private enforcement* (P. Levallois, « Les progrès de l'action indemnitaire en private enforcement », *CMP* n° 011, novembre 2020, étude 9) tendant à assurer la meilleure protection de leurs intérêts lorsqu'ils sont victimes de pratiques anticoncurrentielles à caractère dolosif (I.). La démarche de la cour permet néanmoins d'en apprécier les limites qui ne manqueront pas de s'imposer aux acheteurs victimes de dol les moins diligents, réduisant à néant les avantages qu'ils auraient pu tirer de la protection mise en place (II.) .

I – L'efficacité apparente de la protection

⁹ La spécificité du recours introduit par la société APRR tient à sa dualité : des conclusions indemnitaires sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle d'abord, et des conclusions en nullité

du contrat ensuite. L'objectif était donc simple : obtenir l'annulation du contrat et la mise en œuvre des mécanismes classiques de restitutions réciproques, puis obtenir l'indemnisation du préjudice découlant du dol. La cour rappelle la possibilité désormais acquise d'une telle combinaison (A.) et ajoute, retenant une formule ramassée et devançant vraisemblablement le Conseil d'État, qu'une telle action peut être introduite tant pendant qu'après l'exécution du contrat (B.).

A - La possibilité de deux actions combinées

¹⁰ La possibilité, pour un acheteur victime de dol, d'engager une double action sur les terrains quasi contractuel et quasi délictuel n'est pas nouvelle. Le Conseil d'État juge en effet depuis la décision *Société Campenon Bernard* du 19 décembre 2007 (n° 268918) 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* ».

¹¹ Certes, cette décision a été rendue avant l'adoption en 2009 de la jurisprudence *Commune de Béziers « I »* qui marque l'avènement du pouvoir du juge du contrat, non plus simplement de constater la nullité du contrat, mais d'aller au bout de la démarche en prononçant son annulation. Néanmoins, le Conseil d'État a récemment actualisé cette solution dans une décision *Société Lacroix signalisation c/ Seine-Maritime* du 10 juillet 2020 (n° 420045) qui est à l'origine d'une partie du point de principe retenu par la cour dans le paragraphe 7 de l'arrêt en ce qu'il énonce que l'acheteur victime de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement « *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* ».

¹² Cet arrêt du 10 juillet 2020 propose également un véritable *vade-mecum* du traitement de l'indemnisation de l'acheteur en cas de dol lié à des pratiques anticoncurrentielles de la part du cocontractant. Ainsi, en cas d'annulation du contrat en raison de telles pratiques imputables au cocontractant, il est acquis que celui-ci doit restituer les sommes que lui a versées la personne publique. En contrepartie, sur un terrain quasi contractuel, il peut prétendre au remboursement des dépenses engagées qui ont été utiles à l'acheteur, toute marge bénéficiaire mise à part. Il résulte de ce qui précède qu'une fois que

l'acheteur a théoriquement récupéré l'intégralité des sommes versées à l'entreprise indélicat, il ne peut plus demander la réparation d'un préjudice qui résulterait de la pratique dolosive, car l'indemnisation de ce préjudice constitue déjà une fraction du prix récupéré. Cela étant précisé, le Conseil d'État n'exclut pas l'indemnisation d'autres préjudices qu'aurait pu lui causer le comportement du cocontractant. Cette logique n'est pas nouvelle et renvoie au raisonnement désormais parfaitement connu de la décision *JC Decaux* du 10 avril 2008 (n° 244950) .

¹³ En revanche, lorsque le contrat n'est pas annulé, les mécanismes de compensation quasi contractuelle ne peuvent pas être mis en œuvre, si bien que l'indemnisation du préjudice peut alors intégrer le montant correspondant à la différence entre le prix indûment payé par l'acheteur et le prix qui aurait dû l'être s'il avait été déterminé par le jeu de la libre concurrence.

¹⁴ Malheureusement pour l'acheteur, comme le rappelle M. Le Corre concluant sur la décision *SNCF Mobilités* du 22 novembre 2019 (n° 418645), « *outre la remise en état et la restitution éventuelle du bien, que permet, le cas échéant, la voie de l'annulation, l'indemnisation qui y est liée peut être d'un montant différent et potentiellement bien supérieur à celle qui résulte de l'action quasi délictuelle* ». Dans cette seconde hypothèse, « *seul le surcoût correspondant au préjudice résultant de l'entente peut en principe et principalement être sollicité* » et « *peut ainsi laisser une marge pour la société cocontractante* », ce qui est évidemment moins avantageux pour l'acheteur, car moins pénalisant pour l'entreprise qui sera rendu coupable de pratiques anticoncurrentielles.

¹⁵ En dépit de ce dernier tempérament, il demeure que le cumul possible de deux actions sur des fondements différents constitue en tant que tel une protection efficace pour les acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié leur consentement.

B – L'absence de limitation des actions dans la durée

¹⁶ L'efficacité de la protection accordée aux acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles dolosives résulte également de la possibilité rappelée par la cour d'engager les actions évoquées précédemment durant et après l'exécution du contrat. En effet, les contrats de la commande publique ayant souvent des durées d'exécution très courtes, l'effectivité des recours évoqués précédemment serait réduite à néant si ces demandes devaient être formulées uniquement durant l'exécution du contrat, et non pas une fois celle-ci terminée.

¹⁷ Pour affirmer ce principe, la cour énonce que les conclusions en nullité et/ou sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle peuvent intervenir « *en cours ou après l'exécution de ce contrat* ». Cette formule doit retenir l'attention, car elle opère, pour la première fois à notre connaissance, une synthèse originale entre l'apport de la décision *Musée de Saint-Pierre-et-Miquelon* du 1^{er} juillet 2019 (Section, n° 412243), d'une part, et celui des décisions *SNCF Mobilités* du 22 novembre 2019 (n° 418645) et *Société Lacroix signalisation c/ Seine-Maritime* du 10 juillet 2020 (n° 420045), d'autre part.

¹⁸ La première a été l'occasion pour la haute juridiction d'affirmer clairement qu'aucune règle de prescription n'est opposable à l'action en contestation de validité d'un contrat exercée pendant la durée d'exécution de ce contrat. Cette solution avait été proposée par A. Lallet, rapporteur public, au terme de conclusions particulièrement fouillées : « *Notre conviction, largement partagée en doctrine, est donc que l'exception d'invalidité du contrat administratif n'est pas prescriptible. Dans cette logique, nous ne voyons pas l'intérêt de fermer la lucarne de l'action directe contre le contrat après un certain délai, alors que la porte de l'exception resterait, elle, grande ouverte, avec des conséquences indemnitaires analogues* ».

¹⁹ Les secondes ont permis de répondre à la question laissée en suspens de la possibilité d'une telle action *ex post*, une fois le contrat exécuté. La rapporteure publique M. Le Corre, concluant sur l'arrêt *SNCF Mobilités* proposait « *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* » : le dol, l'erreur et la violence. La solution retenue n'est pas des plus explicites, mais s'impose dès lors que le Conseil d'État accepte de se pencher sur des conclusions en nullité d'un contrat formulées 18 ans après la conclusion de celui-ci, établissant ainsi leur recevabilité. Dans la décision *Société Lacroix signalisation c/ Seine-Maritime* du 10 juillet 2020 (n° 420045), le Conseil d'État n'est pas plus prolix, mais les faits de l'espèce ne laissent planer aucun doute quant à cette possibilité. Le département de la Seine-Maritime avait en effet conclu avec la société Lacroix Signalisation des marchés portant sur la fourniture et l'installation de panneaux de signalisation routière verticale en 1999, 2003 et 2006, et ils étaient donc nécessairement exécutés en 2015, au moment de la saisine du tribunal administratif. Par ailleurs, M. Le Corre conforte cette analyse en affirmant comme une évidence dans le cadre de ses conclusions que le Conseil d'État a « *implicitement admis qu'une action en annulation était recevable alors même que le contrat avait été entièrement exécuté, en cas de dol tel qu'une entente anticoncurrentielle* » dans le cadre de la décision *SNCF Mobilités*.

II – L'effectivité relative de la protection

20

S'il ne fait aucun doute que le cadre juridique mis en place pour permettre aux acheteurs victimes de pratiques anticoncurrentielles dolosives présente toutes les garanties d'efficacité, celle-ci ne saurait être absolue. Le principe de sécurité juridique (mais plutôt économique en réalité) justifiant l'instauration de prescriptions (**A.**) ainsi que les modalités exigeantes d'appréciation du préjudice (**B.**) sont à l'évidence, et notamment en l'espèce, de nature à en réduire drastiquement la portée.

A – Les chausse-trappes de la prescription

21

L'intérêt de l'arrêt commenté est d'illustrer à quel point l'intervention d'une prescription peut réduire à néant l'efficacité d'un recours. Suivant le raisonnement de la cour, il convient de distinguer le sort de l'action en nullité (**1.**) de celui de l'action quasi délictuelle (**2.**).

1 – La prescription de l'action en nullité

22

La cour estime que la décision du 22 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence a pu permettre à la société APRR de prendre la mesure des pratiques anticoncurrentielles, et juge que les conclusions en nullité formulées en 2017 sont tardives. Cette position est justifiée par référence aux articles 1144 et 2224 du Code civil qui énoncent que « *dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans* » et que ce temps ne court « *dans le cas d'erreur ou de dol, (que) du jour où ils ont été découverts* ».

23

Ainsi la cour fait sienne l'analyse retenue par le Conseil d'État dans la décision *SNCF Mobilités*, à l'occasion duquel il avait jugé, face à des pratiques anticoncurrentielles dolosives et appliquant l'article 2224 du Code civil, que la prescription applicable à la demande en responsabilité quasi délictuelle de l'acheteur était (alors) de dix ans, et que celle applicable à « *son autre demande* », en l'espèce l'annulation d'un marché, était de cinq ans.

24

Même si les faits de l'espèce (le marché litigieux a été passé en 1997 et a depuis été totalement exécuté) ont conduit la cour à appliquer la solution retenue par la haute juridiction, on peut s'interroger sur la portée d'une telle solution qui ne relève pas de l'évidence dans la mesure où elle est potentiellement contraire au principe affirmé avec autorité par le Conseil d'État dans sa décision de Section précitée *Musée de Saint-Pierre-et-Miquelon* du 1^{er} juillet 2019 et selon laquelle, à l'inverse de ce que peut prescrire le Code civil, l'action en nullité peut être engagée durant toute la durée du contrat. Dans le cadre d'un contrat de longue durée, un acheteur victime de pratiques

anticoncurrentielles dolosives pourrait se voir fermer la voie de l'action en nullité si elle devait être engagée plus de 5 ans après la découverte des agissements, mais avant le terme du contrat. La qualité des relations contractuelles ne manquerait pas d'en pâtir. Aussi comprendrait-on davantage, comme le propose F. Lichère (« Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs », *CMP* n° 011, novembre 2020, étude 8) que l'action en nullité échappe à toute prescription durant l'exécution du contrat, le délai de celle-ci commençant à courir après le terme du contrat.

25 Ainsi, au-delà de l'espèce, la question de principe restant posée, nous formons le vœu que, dès que l'occasion se présentera, des précisions soient apportées afin de mieux définir l'articulation entre la jurisprudence *Musée de Saint-Pierre-et-Miquelon* et le délai de prescription de l'article 2224 du code civil dans le cadre de l'exécution des contrats de longue durée.

26 Est tout aussi intéressant le traitement du moyen soulevé par la société APRR et selon lequel cette prescription de cinq années aurait été interrompue par les recours dirigés contre la décision de l'Autorité de la concurrence et clôturés par l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2013. La société requérante prétend ainsi que les conclusions en nullités intervenues 4 ans plus tard, le 27 mars 2017, étaient recevables. Fort logiquement, la cour relève que si l'article L. 462-7 du Code de commerce, depuis la loi du 17 mars 2014, dispose que seule l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence a pour effet d'interrompre le délai de prescription jusqu'à ce que la décision de la juridiction compétente, saisie sur recours, soit devenue définitive, ces dispositions ne sont pas applicables à une procédure totalement close au moment de leur entrée en vigueur.

27 En somme, la société APRR a manqué de diligence et paie le prix fort pour son inertie en voyant rejetées ses conclusions en nullité. La prescription intervenue prive ainsi de toute portée utile le cadre juridique protecteur précédemment évoqué.

2 – L'absence de prescription de l'action en responsabilité quasi délictuelle

28 Sans le rappeler, la cour tire les conséquences du principe énoncé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt SNCF Mobilités : « *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 [5 ans]. 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 [5 ans] ».

29

En l'espèce, l'action en responsabilité quasi délictuelle a été engagée en 2013 (le jugement du TA de Dijon porte en effet le n° 1301554), soit un peu moins de 3 ans après la décision de l'Autorité de la concurrence de 2010, et donc avant l'expiration du délai de prescription, ce qui conduit la cour à se pencher sur l'évaluation du préjudice.

B – L'indemnisation résiduelle des titulaires de contrats de concession

30

Comme il a été rappelé précédemment, l'acheteur victime de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement peut saisir le juge administratif 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, et dont le montant correspondant le plus souvent à la différence entre le prix indûment payé par l'acheteur et le prix qui aurait dû l'être s'il avait été déterminé par le jeu de la libre concurrence. Tel est bien le cas en l'espèce, la cour tentant d'évaluer le surcoût éventuellement supporté pour l'acquisition de signalisation routière verticale pendant la période d'entente anticoncurrentielle.

31

L'évaluation de ce surcoût est néanmoins complexe dans la mesure où elle doit tenir compte, comme le précise l'article L. 481-3 du Code de commerce, de son éventuelle répercussion totale ou partielle sur les contractants directs ultérieurs, notamment les clients ou les usagers. C'est ce que rappelle la cour en reconnaissant le bien-fondé de l'argument de la société Lacroix Signalisation selon lequel « *la réalité du préjudice et son quantum s'apprécient au regard de l'éventuelle répercussion, totale ou partielle, du surpris sur les usagers des autoroutes concédées* ». L'évaluation du préjudice ne peut donc se réduire à une simple soustraction, et exige une expertise comptable des plus fines qui, n'ayant pas été menée en première instance pas plus qu'elle n'a été fournie dans le cadre de l'instruction, est ici prescrite par la cour.

32

Cette solution, bien que parfaitement compréhensible au regard des principes de la responsabilité, n'en est pas moins révélatrice des lacunes du cadre juridique du *private enforcement* qui conduira à des condamnations très différentes selon que la victime est un acheteur ayant ou non la possibilité de répercuter le surcoût lié à l'entente sur les usagers/clients. L'indemnisation du préjudice résultant des pratiques anticoncurrentielles dolosives sera donc variable d'un acheteur à l'autre, et pire, pourrait être nulle si l'intégralité du surcoût a été répercutée.

33

Cette situation est loin d'être satisfaisante, car si l'auteur des pratiques anticoncurrentielles dolosives peut ainsi voir le montant de la condamnation se réduire, le préjudice existe toujours dans son intégralité, simplement supporté par des usagers anonymes qui n'auront malheureusement pas la possibilité d'obtenir justice. Il ne tient qu'au législateur qu'il en aille autrement.