

N° 420491- Société Signalisation France c/ Département de la Manche
N° 421758 – Société Lacroix Signalisation c/ Département de l’Orne
N° 421833 Société Signaux Girod c/ Département de l’Orne

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 11 mars 2020

Lecture du 27 mars 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Les affaires qui viennent d’être appelées vont vous permettre d’apporter une nouvelle pierre à l’édifice de la construction jurisprudentielle relative à la réparation des ententes anti-concurrentielles. Ceci nous paraît d’autant plus important que cet édifice, s’il repose déjà sur des fondations solides, n’est pas encore totalement stabilisé et mérite que les travaux soient poursuivis car, comme vous le savez et le verrez avec ces affaires, les enjeux sont de taille.

« Contrairement à certaines idées reçues, le contentieux de la réparation des préjudices causés par des ententes est plus abondant devant les juridictions administratives que devant les juridictions judiciaires ». C’est ce que souligne une étude récente à l’AJDA¹, recensant 33 actions de ce type devant les juridictions administratives pour 13 affaires de même nature devant les juridictions judiciaires.

Bien qu’en nombre plus important devant les juridictions administratives, ce contentieux reste encore peu développé. Sans doute cela s’explique-t-il par le peu d’enclin qu’ont eu, à ce jour, les personnes publiques à saisir le juge administratif, tant en vue d’actions en réparations que d’actions en annulation des contrats consécutifs aux ententes, estimant sans doute que la voie privilégiée était la saisine de l’Autorité de la concurrence, alors que celle-ci n’est évidemment nullement exclusive et qu’elle poursuit une autre finalité : la sanction en vue de la protection de l’ordre public économique, là où les actions devant le juge administratif permettent de tirer les conséquences de l’entente pour la personne publique personnellement et directement impactée.

Un rapport commandé par la commission européenne en 2004² soulignait ainsi le « total sous-développement » du contentieux de la réparation des préjudices causés par les ententes anti-concurrentielles en France, et plus généralement en Europe. Comme le soulignent les auteurs

¹ *Réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif*, Enseignements théoriques et pratiques tirés de l’étude du contentieux, Joëlle Adda, Rafael Amaro, Jean-François Laborde, AJDA 2019 p. 320

² *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of CE competition rules*, D. Waelbroeck, D. Slater et G. Even-Shoshan, août 2004

de l'étude précitée à l'AJDA, la réflexion engagée à la suite de ce rapport sur les moyens de « favoriser l'essor » de ces actions aboutira à la directive de 2014³, transposée en 2017.

Les affaires qui vous sont soumises aujourd'hui concernent l'une des ententes – le cartel de la signalisation routière - qui est précisément au centre de la majorité des contentieux engagés devant les juridictions administratives à ce jour, ce qui s'explique notamment par le fait que l'entente avait une portée nationale mais s'est démultipliée dans les départements, occasionnant différentes actions contentieuses par ces derniers.

Au plan national, huit entreprises se sont, en effet, entendues sur la répartition et le prix des marchés publics de signalisation routière verticale (fourniture et pose des panneaux) entre 1997 et 2006.

Par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a infligé à ces sociétés des sanctions pécuniaires. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 29 mars 2012, a confirmé cette décision tout en diminuant le montant des sanctions prononcées. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt par certaines des sociétés concernées a été rejeté par la Cour de cassation.

Ainsi que l'explique l'Autorité de la concurrence, 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. 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.

Plusieurs affaires ont déjà été soumises au Conseil d'Etat. L'une d'entre elles, portant sur un sujet distinct de celui qui nous intéresse aujourd'hui, a donné lieu à un rejet (Département du Nord, n° 422307, aux Tables, fiché sur la question du paiement direct du sous-traitant). Trois pourvois n'ont pas été admis. Il reste devant vous quatre affaires. L'une d'elles (420045 Société Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime), qui pose la question des conséquences financières d'une action en contestation de la validité du contrat, sera évoquée dans une séance de jugement ultérieur.

Nous aborderons donc aujourd'hui trois affaires, dans lesquelles les départements n'ont pas engagé d'action en annulation, mais seulement une action en réparation quasi-délictuelle. C'est donc la première fois que vous vous prononcerez sur les conséquences indemnitaires de l'entente anti-concurrentielle dans le secteur de la signalisation.

Deux préalables peuvent être rappelés en facteur commun, pour ne pas y revenir :

³ Directive 2014/104 UE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne

- Une entente anti-concurrentielle constitue un dol dès lors qu'elle a conduit à vicier le consentement de la personne publique à entrer dans un lien contractuel (19 décembre 2007, Campenon-Bernard n° 268918, au Recueil, conclusions Pdt Boulouis)
- Une personne publique victime d'un tel dol peut choisir d'engager soit une action en nullité (désormais en contestation de la validité) devant le juge du contrat, soit une action quasi-délictuelle en réparation (décision Campenon-Bernard précitée ; 19 mars 2008, Société Dumez, n° 269134, conclusions Pdt Boulouis).

I – Commençons par l'affaire 420941, opposant la société Signalisation France au département de la Manche.

Dans cette affaire, le département n'a recherché la responsabilité que d'une seule société, la société Signalisation France. Il a demandé au tribunal administratif de Caen de condamner cette société à lui verser une somme de plus de 2,2 millions d'euros en réparation des préjudices subis du fait des pratiques anti-concurrentielles qu'elle avait commises à l'occasion de la passation, le 21 janvier 2002 et le 31 mars 2005, de deux marchés à bons de commande.

Le tribunal administratif a condamné la société à verser cette somme au département, assortie des intérêts légaux ainsi que de 16 000 euros au titre des frais d'expertise. Il a estimé que l'action du département n'était pas prescrite, que la responsabilité pour faute de la société Signalisation France était engagée et qu'elle devait être condamnée à indemniser le département de la totalité du préjudice subi du fait des agissements dolosifs. Il s'est fondé sur une expertise pour évaluer le préjudice à hauteur de la somme de 2,2 millions d'euros.

La cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par la société contre ce jugement et celle-ci se pourvoit en cassation.

Trois moyens sont soulevés devant vous.

- 1) Tout d'abord, la demande du département était bien recevable, comme l'a jugé la cour sans nulle erreur de droit.

Votre jurisprudence Préfet de l'Eure (30 mai 1913, p. 583), qui empêche la personne publique de demander au juge de prononcer des mesures qu'elle a le pouvoir de prendre, a été déclinée s'agissant de l'impossibilité de demander une condamnation pécuniaire lorsqu'il est possible d'émettre des titres exécutoires (18 mai 1988, Ville de Toulouse, n° 39348, aux Tables ; 2 juillet 2007, Commune de Lattes, n° 294393, aux Tables).

Cette jurisprudence connaît toutefois des exceptions, en particulier une dérogation en matière contractuelle : il est ainsi possible pour la personne publique soit d'émettre des titres exécutoires correspondant aux créances détenues sur les cocontractants, soit de saisir le juge administratif d'une demande tendant à leur recouvrement (26 décembre 1924, Ville de Paris c/ Chemin de fer métropolitain de Paris, p. 1065 ; Section, 5 novembre 1982, Société

Propétrol, n° 19413, p. 380 ; 15 mai 2013, Communauté de communes d'Epinal-Golby, n° 357810, conclusions B. Dacosta).

Par votre jurisprudence Département de l'Eure (24 février 2016, n° 395194, au Recueil, conclusions Gilles Pellissier), vous avez retenu qu'une personne publique, même si elle a la possibilité de prononcer un titre exécutoire, peut, dans le cas où la créance trouve son origine dans un contrat, saisir le juge administratif d'une demande tendant à son recouvrement, y compris lorsque son action est fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle de son cocontractant en raison d'agissements dolosifs.

Tel est bien le cas en l'espèce et c'était d'ailleurs déjà au sujet d'une action en réparation quasi-délictuelle à la suite du même cartel de la signalisation que votre jurisprudence Département de l'Eure a été prise. L'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle trouve bien son origine dans le contrat, au sens de cette jurisprudence, puisque le dol tenant à l'entente anti-concurrentielle a vicié le consentement du département et l'a conduit à contracter avec la société requérante à des prix défavorables, engendrant ainsi potentiellement un surcoût constitutif d'un préjudice.

Malgré une demande de la société requérante en ce sens, nous ne voyons pas de raison de revenir sur votre jurisprudence sur ce point qui, comme le soulignait Gilles Pellissier dans ses conclusions, permet d'assurer une unité de la compétence juridictionnelle pour connaître de ces actions, unité qui, en application de la jurisprudence Campenon-Bernard, permet non seulement à la personne publique de saisir le juge tant sur terrain contractuel que sur le terrain quasi-délictuel en cas de dol, mais aussi au juge d'apprécier, le cas échéant, la totalité des conséquences dommageables du dol.

- 2) Vient, en second lieu, la question de la prescription, qui vous permettra de faire application des principes dégagés par votre récente affaire SNCF Mobilités (22 novembre 2019, n° 418645, aux Tables, à nos conclusions), tant s'agissant du point de départ que du délai de prescription applicable.

S'agissant en premier lieu du point de départ, rappelons rapidement que l'article 2270-1 du code civil évoquait « *la manifestation du dommage* » ou « *son aggravation* ». En droit commun de la responsabilité civile, « la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance »⁴. Cette interprétation de l'ancien article 2270-1 du code civil implique que le point de départ peut être repoussé jusqu'au jour où la victime a eu « connaissance des faits » permettant d'exercer son action en responsabilité. C'est la rédaction retenue par le nouvel article 2224 du code civil⁵.

⁴ Civ, 1^{re}, 11 mars 2010, n° 09-12.710, Bull. I, n° 62 ; Com., 26 janvier 2010, n° 08-18.354, Bull. IV, n° 21.

⁵ avec la limite posée à l'article 2232 du même code

Vous avez ainsi jugé que le point de départ de l'action correspondait à la date de la « connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anti-concurrentielles », ce qui suppose une analyse par faisceau d'indices, au cas par cas, même si, de fait, cette découverte correspondra très certainement, dans la grande majorité des cas, à la date de la décision de l'Autorité de la concurrence. Vous avez jugé qu'il n'était toutefois pas nécessaire que cette décision soit devenue définitive, eu égard à la connaissance suffisante des faits permettant d'engager l'action dès l'intervention de la décision, sans attendre démesurément.

S'agissant ensuite du délai, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivaient, en application de l'article 2270-1 du code civil, par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

Depuis la loi du 17 juin 2008, l'article 2224 du code civil dispose désormais que le délai de prescription est de cinq ans. Le II de l'article 26 de la loi a toutefois prévu que les dispositions de la loi qui réduisent la durée de prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, la prescription des actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles est régie par les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce, qui prévoient également un délai de cinq ans.

En l'espèce, la cour a bien pris comme référence la date de la connaissance des faits permettant d'exercer l'action, correspondant à la date de la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010. Elle a ensuite fait application, à juste titre, d'un délai de prescription de cinq ans et en a déduit que l'action engagée par le département devant le tribunal administratif, le 16 février 2015, n'était pas prescrite.

Il est clair que la circonstance que la presse avait fait état d'une enquête en cours dès 2006 ne suffisait pas à déclencher le délai, tout comme, dans l'affaire SNCF Mobilités précitée, vous avez jugé que la seule circonstance de la constitution de partie civile ne suffisait pas à le déclencher, car elle traduisait seulement des soupçons et non une connaissance suffisamment certaine des faits.

Par ailleurs, même si la cour n'y répond, il est vrai, pas expressément, le seul fait que le marché postérieur, conclu en 2009, était substantiellement moins cher ne suffisait évidemment pas non plus à établir la connaissance certaine de l'entente antérieure.

Ce raisonnement, qui est suffisamment motivé, est ainsi exempt de toute critique en droit. Et, étant précisé que la dénaturation n'est pas soulevée, vous vous référez, en tout état de cause, à l'appréciation souveraine des juges du fond s'agissant du point de départ du délai de prescription. Et aucun élément ne nous semble de nature à remettre en cause l'analyse au terme de laquelle la cour a retenu la date de la décision de l'Autorité de la concurrence.

3) Est enfin critiquée l'évaluation du préjudice.

Etablir a posteriori le prix d'un marché qui aurait été non pas faussé, mais passé dans le respect de la concurrence n'est pas une science exacte. Mais ce n'est pas non plus un exercice impossible ou aléatoire.

Le sujet a donné lieu à un guide pratique établi par la Commission européenne, qui a défini six grandes méthodes d'évaluation (notamment la comparaison dans le temps, la comparaison avec un autre marché, des méthodes fondées sur les coûts....)⁶. La méthode de la comparaison dans le temps, établissant le surcoût par le prix constaté pendant et après la fin de l'entente est la plus couramment utilisée, en particulier par les juridictions administratives.

Vous vous référez à l'appréciation souveraine des juges du fond s'agissant de l'évaluation du préjudice dès lors que le mode d'évaluation n'est pas entaché d'erreur de droit (voir notamment 22 mars 1993, Centre hospitalier régional de Brest c/ Mme Fraboul, n° 129052, au Recueil ; 14 décembre 1998, La Poste c/ Gaz de France, n° 154203, au Recueil).

En l'espèce, non seulement nous ne décelons ni dénaturation, ni insuffisance de motivation, mais l'arrêt nous semble même très clairement et précisément motivé.

D'abord, la cour n'avait pas à « se caler » sur l'estimation du surprix global réalisée par l'Autorité de la concurrence, qui répond à un autre objectif, relatif à l'impact sur l'ordre public économique, sans correspondance immédiate avec le surcoût résultant des pratiques anti-concurrentielles ayant affecté des marchés publics déterminés. L'Autorité elle-même, ainsi que le mentionne l'arrêt, avait d'ailleurs précisé, dans les motifs de sa décision, que le surprix vraisemblable de 5 à 10 % était seulement un ordre de grandeur minimum. L'expertise réalisée pour évaluer précisément le surcoût subi par le département de la Manche pouvait donc s'en écarter et différer, en l'occurrence à la hausse.

Ensuite, la cour n'occulte pas la difficulté de l'exercice. Elle rappelle la méthode retenue par l'expert, basée – assez classiquement – sur une analyse des prix observés et des coûts et tenant compte des causes exogènes ayant pu engendrer une variation des prix.

L'expert a comparé le prix du marché de 2005 avec ceux des marchés postérieurs de 2009 et 2013 et il a évalué le surcoût à 33 %, dont il a retranché 5 % pour tenir compte de la diminution du prix de certaines matières premières, soit un surcoût de 28 %.

L'analyse a notamment mis en exergue une chute des prix postérieurement à la disparition du cartel. La cour a ainsi implicitement mais nécessairement considéré que l'évolution des prix ne résultait pas d'une autre cause, contrairement à ce qui est soutenu, à savoir l'augmentation de la pondération du critère du prix dans les marchés postérieurs (point qu'elle n'omet pas, en tout état de cause, d'évoquer à un autre endroit de son arrêt) ou la réduction des marges bénéficiaires des entreprises concernées (point qui là aussi, en tout état de cause, fait l'objet d'une réponse au moins implicite dès lors que la baisse des marges après l'entente est précisément en lien avec la fin de celle-ci, même si est invoquée une baisse de marge due à la mauvaise réputation du fait de l'entente).

⁶ Voir étude précitée à l'AJDA, se référant elle-même à : S. Carval et J-F Laborde, *L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française*, Gaz Pal 2016, n° 34

Ce moyen relatif à l'évaluation du préjudice peut donc être écarté en toutes ses branches.

Par ces motifs, nous concluons, sur le n° 420491 :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la société Signalisation France verse au département de la Manche une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

II - Nous en venons aux deux affaires (n° 421758 et 421833) concernant le département de l'Orne.

Toujours dans le cadre de la même entente conclue entre entreprises au plan national et ayant donné lieu à la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010, le département de l'Orne a saisi le tribunal administratif de Caen.

Celui-ci a condamné, par un jugement du 6 avril 2017, les sociétés Signalisation France, Lacroix Signalisation, Signaux Girod et Franche-Comté Signaux à verser au département une somme de plus de 2,2 millions d'euros. Par un arrêt du 27 avril 2018, la CAA de Nantes a rejeté tant l'appel de la société Lacroix Signalisation que celui de la société Signaux Girod, soit deux sociétés non attributaires du marché mais membres du cartel, qui se pourvoient toutes deux en cassation par deux pourvois distincts.

Ces pourvois posent, en conséquence, des questions inédites, car l'arrêt attaqué a condamné solidairement plusieurs des entreprises impliquées dans l'entente, et pas seulement l'entreprise attributaire du marché, à savoir la société Signalisation France.

Nous identifions quatre grandes questions au sein desquelles nous vous proposerons une réponse aux différents moyens des deux pourvois.

- 1) La première question est celle de la compétence du juge administratif pour connaître de conclusions dirigées contre des membres de l'entente autres que l'attributaire du marché.

Par la décision Département de la Savoie-SPTV c/ Société Apalatys (23 mai 2005, n° 3450, au Recueil), le Tribunal des conflits a retenu que les litiges opposant une personne publique à une entreprise ayant répondu à un appel d'offres préalable à la passation d'un marché public, nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation de ce marché public, relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives.

Deux ans plus tard, s'agissant des ententes, votre décision Campenon-Bernard a affirmé, en se référant à cette décision Département de la Savoie, que la compétence du juge administratif couvrait les litiges ayant pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs « susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tendant à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même ».

Si cette décision a ainsi tranché nettement la compétence du juge administratif s'agissant de l'entreprise attributaire du marché, elle n'évoque pas le litige concernant les autres entreprises responsables d'agissements dolosifs.

Toutefois, trois éléments nous conduisent à estimer que cette compétence vaut aussi pour les autres sociétés.

Premièrement, nous ne lisons pas la décision Campenon-Bernard comme l'excluant. Certes, elle évoque les sociétés ayant contracté avec la personne publique, mais il n'y a pas pour autant un *a contrario* évident s'agissant des autres entreprises. Elle précise bien que cette compétence existe « alors même que [le litige] met en cause une méconnaissance par les sociétés de leur obligation de respecter les règles de la concurrence et non une faute contractuelle ». De plus, la décision Département de la Savoie du tribunal des conflits retenait la compétence du juge administratif pour les litiges opposant une personne publique à une entreprise ayant « répondu » à un appel d'offres préalable à la passation d'un marché public, et non pas seulement ayant « contracté » avec elle.

Deuxièmement et surtout, le tribunal des conflits s'est prononcé, postérieurement, avec la décision Région Ile-de-France c/ M. Nautin et autres (16 novembre 2015, n° 4035), en jugeant que relevait de la juridiction administrative un litige ayant pour objet d'engager la responsabilité de sociétés en raison d'agissements susceptibles d'avoir conduit une collectivité à passer des marchés publics à des conditions de prix désavantageuses et tendant à la réparation du préjudice résultant de la différence entre les termes des marchés effectivement conclus et ceux auxquels ils auraient dû l'être dans des conditions normales de concurrence.

Troisièmement, même si cette solution a été commentée avec une certaine retenue par une partie de la doctrine, du fait de l'absence de lien direct entre les entreprises n'ayant pas contracté et le contrat administratif en lui-même⁷, d'une part, il n'est pas contesté que c'est bien en ce sens qu'a tranché le tribunal des conflits⁸, d'autre part, elle nous semble, comme va l'illustrer le cas d'espèce, particulièrement opportune dans un souci de cohérence et d'unité du traitement juridique de ces affaires, par le juge administratif.

2) La deuxième question porte ensuite sur la recevabilité des conclusions dirigées contre les membres de l'entente autres que l'entreprise attributaire.

A vrai dire, elle nous semble découler assez naturellement de deux sources, qui sont aussi deux exigences de cohérence et d'unité du traitement juridique attaché.

La première est la jurisprudence Département de l'Eure, déjà évoquée : certes, elle ne tranche pas expressément la question de la recevabilité des conclusions dirigées contre des entreprises autres que l'entreprise attributaire du contrat, mais sa logique nous semble devoir couvrir

⁷ M. Ubaud-Bergeron, CMP février 2016, comm. 49

⁸ M. Bazex, DA mars 2016, comm.19)

cette hypothèse. Là aussi, le préjudice trouve bien son origine dans le contrat, qui a été passé dans des conditions viciées du fait du comportement de l'ensemble des entreprises auteures de l'entente.

La seconde source est la jurisprudence région IDF C/ Nautin du Tribunal des conflits : il y aurait en effet un intérêt pour tout dire limité voire nul à reconnaître le juge administratif compétent pour se prononcer sur de tels litiges tout en l'empêchant, dans un mouvement suivant, de se saisir des conclusions au cœur de ce litige, concernant les autres entreprises et, a fortiori, en cas de demande visant à une condamnation solidaire.

Nous pensons donc que la cour n'a pas commis d'erreur de droit, contrairement à ce qui est soulevé dans le pourvoi de la société Lacroix Signalisation, en n'accueillant pas la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de la demande de première instance. Et nous vous proposons donc d'étendre expressément, à cette occasion, votre jurisprudence Département de l'Eure au cas des entreprises non attributaires du marché mais ayant participé à l'entente.

3) La troisième question porte sur le fond et le principe même de la condamnation solidaire

Il est soutenu qu'une société ayant participé à une entente anti-concurrentielle ne saurait être solidairement condamnée à réparer l'entier surcoût supporté par une collectivité publique en raison de cette entente, lorsqu'elle n'a pas conclu le contrat à l'origine de ce surcoût et n'a donc que « très indirectement » concouru à la réalisation de ce dommage.

Disons d'emblée que nous sommes convaincue, à l'inverse, que la participation à l'entente anti-concurrentielle conduit à embrasser dans un seul mouvement les entreprises qui y participent et nous allons en développer les raisons.

Il existe différents types d'ententes, notamment des ententes d'exploitation - conduisant à une augmentation artificielle des coûts et à une majoration des prix - et des ententes d'éviction, par lesquelles des entreprises se lient pour faire sortir du marché un concurrent, les deux types d'ententes se cumulant parfois. Dans tous les cas, la conséquence ne se résume pas, pour un marché public, à la seule augmentation du prix pour la collectivité publique qui en est victime. L'entente détériore, voire anéantit les conditions de la concurrence et comporte ainsi, outre l'« effet prix », en termes de surcoût, un « effet qualité » négatif potentiellement lourd pour la collectivité publique.

S'agissant de l'action qui nous intéresse aujourd'hui, le préjudice dont la réparation est demandée, lié au surcoût, est bien la résultante de l'action commune des membres de l'entente. L'entreprise qui s'engage à ne pas candidater sur le marché litigieux, ou encore celle qui candidate « pour la forme » avec des prix prohibitifs, peut-elle être exonérée de sa responsabilité du seul fait qu'elle n'est pas attributaire du marché ? Ce serait pour le moins paradoxal alors que c'est précisément sa propre action ou inaction apparente - ne pas candidater ou candidater à un prix excessif - combinée à celle de l'entreprise candidate et attributaire de ce fait, qui est la cause du préjudice subi par la collectivité.

Comme le soulignait Franck Moderne dans ses « *Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative* », la notion d'« obligation in solidum » est familière du droit privé, là où le juge administratif a privilégié celle de « condamnation solidaire ».

Ainsi que le rappelle Catherine Bergeal dans ses conclusions sur la décision Société lyonnaise d'études techniques et industrielles (SLETTI) (20 septembre 1999, n° 163141, aux Tables), « *L'obligation in solidum⁹ est en réalité une construction jurisprudentielle élaborée pour résoudre le problème lié à la détermination de la cause du dommage et pour protéger les victimes. Si son fondement théorique reste discuté, son utilité est évidente, et son existence assurée depuis longtemps, par le juge administratif comme par le juge judiciaire* ».

Vous jugez ainsi, dans différentes configurations, que plusieurs personnes peuvent être condamnées solidairement dès lors que leurs fautes respectives ont contribué à causer le préjudice dans sa globalité (Section, 8 novembre 1968, Compagnie d'assurances générales contre l'incendie et les explosions ; 20 septembre 1999, Société lyonnaise d'études techniques et industrielles, n° 163141). La victime du dommage peut ainsi demander à l'une des personnes concernées de lui verser la totalité de l'indemnité qu'elle estime lui être due, à charge ensuite pour la personne ainsi condamnée d'engager envers les autres une action récursoire ou un appel en garantie.

A cet égard, les conclusions de Gilles Pellissier dans l'affaire Société Valode et Pistre et autres (27 juin 2018, n°s 409608, 409657 et 409683, aux Tables), citées par le pourvoi pour en tirer l'idée d'une absence de responsabilité solidaire en l'espèce, soulignent, au contraire, que la condamnation solidaire « peut être prononcée à l'encontre des personnes responsables d'un même dommage » et qu'elle « n'est possible que lorsque chacune des fautes invoquées a concouru à la réalisation de la totalité du dommage » ou, faisant référence à votre décision SLETTI précitée, lorsque les personnes sont du fait de leurs fautes respectives, toutes les deux « à l'origine des mêmes désordres ». L'idée de concourir « indissociablement » à « l'entier dommage » est aussi affirmée par le juge judiciaire pour retenir une possible condamnation solidaire¹⁰.

S'agissant d'une entente, nous sommes pleinement dans cette hypothèse. Il n'y a pas une série de préjudices fractionnables. Il y a un préjudice tiré d'une cause – l'entente – qui est commune à l'ensemble des sociétés qui l'ont fait naître.

Relevons, au passage, que cette considération unique pourrait d'ailleurs s'avérer utile lorsque vous aurez à apprécier la prise en compte – ou non – de la faute exclusive de l'entreprise dans le cadre d'une action en annulation du contrat, en application de votre jurisprudence Tête-Decaux. Vous devrez prendre en considération deux acteurs et leurs fautes respectives pour apprécier, le cas échéant, les modalités d'application de l'enrichissement sans cause selon cette jurisprudence : la personne publique, d'une part, l'entreprise co-contractante d'autre part, porteuse de l'intégralité de la faute due à l'entente.

⁹ Franck Moderne, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Pau, « Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative »

¹⁰ Civ. 3^e, 23 septembre 2009, n° 07-21.634 et 07-21.782, Bull.civ.III, n° 197

Nous sommes confortée dans cette conviction, bien que ces dispositions ne soient pas applicables au litige, par les termes de la directive du 26 novembre 2014¹¹ et de sa transposition dans le code de commerce. En effet, l'article 11 paragraphe 1 de la directive dispose que « *Les Etats membres veillent à ce que les entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint soient solidairement responsables du préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence ; cela a pour effet que chacune de ces entreprises est tenue d'indemniser le préjudice dans son intégralité et que la partie lésée a le droit d'exiger de chacune d'elles la réparation intégrale de ce préjudice jusqu'à ce qu'elle ait été totalement indemnisée* ».

L'article L. 481-9 du code de commerce, issu de l'ordonnance du 9 mars 2017¹², prévoit ainsi : « *Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage.* »

Votre jurisprudence précitée relative plus globalement à la responsabilité solidaire vous permet de dégager prétoriquement ce principe de responsabilité solidaire des sociétés en cas d'entente anti-concurrentielle dans le cadre d'un marché public. Nous vous le proposons donc d'autant plus que cette ligne jurisprudentielle que vous dégagerez, pour les litiges passés, sera ainsi en phase avec ce que les textes permettent pour l'avenir, ce qui est, lorsque cela est possible, toujours préférable. Et d'ailleurs, la CJUE¹³ avait, antérieurement à la directive et sur le fondement de l'article 101 du TFUE, déjà validé un raisonnement de ce type, assimilant les entités tenues de réparer le préjudice causé par une entente aux entreprises ayant participé à celles-ci.

Ce qui nous paraît ainsi fondé en droit nous semble, au surplus, très opportun à l'encontre de pratiques par lesquelles des entreprises réduisent à néant le processus concurrentiel et portent gravement atteinte aux intérêts des collectivités publiques.

Une précision doit être apportée : il apparaît, dans les différents contentieux devant les tribunaux administratifs, que certaines entreprises, sans nier leur participation à un cartel, font valoir qu'elles n'y ont participé que de façon discontinue. Dans une telle hypothèse, c'est à la société de démontrer qu'elle n'était pas membre de l'entente au moment où le marché public a été signé. Cette absence de participation au cartel si elle est établie peut, le cas échéant, la soustraire de la condamnation solidaire. En revanche, le caractère discontinu de la participation à l'entente ne saurait avoir cet effet si cette participation au moment de la signature du marché est établie, à charge pour la société de prouver qu'elle en était sortie.

¹¹ Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'UE

¹² Ordonnance n° 222017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anti-concurrentielles

¹³ CJUE, C-724-17, 14 mars 2019

En l'espèce, nous vous proposons donc de retenir, dans le pourvoi de la société Lacroix que la cour n'a commis ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique, en retenant, de façon suffisamment motivée, qu'il existait bien un lien de causalité direct entre l'entente et le préjudice invoqué, y compris s'agissant des entreprises non attributaires. Cela nous semble à la fois justifié au fond et, au surplus, cohérent avec le chemin qui vous conduit à vous reconnaître compétent pour juger de tels litiges et admettre la recevabilité de conclusions en ce sens.

Il en va de même dans le pourvoi de la société Girod : la cour n'a pas commis d'erreur de droit et suffisamment motivé son arrêt en déduisant de l'existence du cartel l'existence du préjudice et le lien direct de causalité entre la faute et le préjudice.

En conséquence, dès lors que le lien de causalité existe entre l'entente due à différents acteurs et le préjudice subi par la collectivité, nous vous proposons de juger que celle-ci doit logiquement pouvoir rechercher la condamnation solidaire des auteurs de l'entente.

Vous pourrez ainsi, s'agissant du pourvoi de la société Lacroix, écarter également le moyen d'erreur de droit, de qualification juridique et d'insuffisance de motivation relatif à sa condamnation.

Et s'agissant du pourvoi de la société Signaux Girod, si celle-ci reproche à la cour de ne pas avoir pris en compte la circonstance que le marché conclu en 2005 était un marché à bons de commande assorti d'une clause de reconduction annuelle, la société n'a pas soulevé devant la cour que le département aurait pu ne pas le reconduire en 2007 et 2008 après les articles de presse de 2006 sur l'existence d'une entente. Elle soutenait seulement que les pratiques anti-concurrentielles avaient cessé. La cour a ainsi répondu de façon suffisamment motivée et sans erreur de qualification juridique ni même dénaturation que le marché de 2005 avait continué à produire ses effets jusqu'à son terme.

En tout état de cause, même si ce moyen avait été soulevé devant la cour comme il l'est aujourd'hui devant vous, nous pensons que la seule existence d'articles de presse ne conduisait pas nécessairement le département à ne pas reconduire le marché, en cohérence avec ce que nous indiquions sur le point de départ de l'action, qui ne naît pas de simples soupçons mais d'une connaissance suffisamment certaine. C'est pourquoi à supposer que ce moyen aurait été soulevé en ce sens devant la cour, nous ne pensons pas qu'il aurait dû la conduire à minorer la part de responsabilité des entreprises pour cette raison.

- 4) La dernière question porte sur les conséquences de cette condamnation solidaire et la répartition de celle-ci entre les sociétés.

La cour n'a pas procédé à la répartition de la charge de la condamnation entre les sociétés. Elle n'est tenue d'y procéder qu'en cas de demande en ce sens. Or, la société Lacroix Signalisation ne l'a pas demandé. La société Girod l'a demandé, tout comme la société

Franche-Comté signaux, mais leur demande a été rejetée, dès lors qu'elle n'était fondée que sur le montant de l'amende infligée à chaque société. La cour a, à juste titre, souligné que si le montant de l'amende infligée par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris à chacune des sociétés ayant participé à l'entente permettait de déterminer la part de responsabilité de chacune d'elles dans l'atteinte globale à l'économie, il ne pouvait servir de fondement pour évaluer les fautes respectives des sociétés requérantes dans le préjudice subi par le département de l'Orne.

Il est reproché à la cour de s'être arrêtée là et de ne pas avoir fait usage de ses pouvoirs d'instruction. Mais une expertise avait déjà été réalisée et il appartenait donc aux sociétés requérantes de produire elles-mêmes les éléments relatifs au partage de responsabilités. La cour n'a donc pas méconnu son office.

Par ailleurs, seule la société Franche-Comté signaux a présenté des conclusions d'appel en garantie, mais elle ne l'a fait qu'au stade de l'appel, ce qui les rendaient irrecevables (4 mars 1988, Société d'économie mixte d'aménagement de Bures-Orsay et d'équipement en Essonne, n° 60307).

Deux derniers points doivent enfin être précisés sur les conséquences de la condamnation.

D'une part, s'agissant de la société Girod, nous ne décelons nulle dénaturation dans l'appréciation retenue s'agissant de l'existence d'un surcoût et son montant, eu égard aux éléments précis de l'expertise sur lesquels la cour s'est fondée.

D'autre part, l'arrêt attaqué ne se prononce pas sur la prise en compte de la condamnation de la société Signalisation France au paiement d'une provision en 2015, mais la société ne s'en est pas prévaluée devant la cour, et, en tout état de cause, l'arrêt prive de portée l'ordonnance de référé provision.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet des deux pourvois n° 421758 et 421833
- sous le n° 421758, à ce que la société Lacroix signalisation verse au département de l'Orne une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA
- sous le n° 421833, à ce que la société Signaux Girod verse au département de l'Orne une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

