

N° 420045
Société Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 29 juin 2020
Lecture du 10 juillet 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Dans ses conclusions sur la décision Société auxiliaire des parcs (7/2 CR, 17 mars 2010, n° 316721, C), Bertrand Dacosta relevait que la nullité étant devenue, depuis votre jurisprudence Béziers I, la sanction ultime des irrégularités les plus graves, « vous ne devriez plus connaître que rarement de la question des conséquences qu'il convient d'en tirer ». Nous y sommes !

Comme vous vous en souvenez, lors de la séance du 11 mars dernier dans cette même formation, nous vous avons présenté trois affaires relatives aux conséquences juridictionnelles des ententes anti-concurrentielles. Ces trois affaires, tout comme celle qui vient d'être appelée, portent sur le cartel de la signalisation routière, une entente de portée nationale, démultipliée dans les départements et occasionnant différentes actions contentieuses par ces derniers.

Pour mémoire, au plan national, huit entreprises se sont 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. Ce cartel conduisait à une répartition des marchés publics entre ses membres avec 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.

Les trois affaires que vous avez déjà jugées vous ont permis d'apporter des réponses importantes s'agissant de l'action en réparation quasi-délictuelle. Vous avez notamment retenu le principe d'une condamnation solidaire des membres de l'entente¹.

¹ 27 mars 2020, n° 420491- Société Signalisation France c/ Département de la Manche, au Recueil ; n° 421758 – Société Lacroix Signalisation c/ Département de l'Orne, au Recueil ; n° 421833 Société Signaux Girod c/ Département de l'Orne

Le litige qui oppose aujourd'hui la société Lacroix Signalisation et le département de la Seine-Maritime pose une autre question : celle des conséquences financières d'une action en contestation de la validité du contrat.

I - Un mot des faits de l'espèce dans ce département

En 1999, 2003 et 2006, le département de la Seine-Maritime a conclu avec la société Lacroix Signalisation des marchés portant sur la fourniture et l'installation de panneaux de signalisation routière verticale. Cette société faisait partie du cartel dont nous avons parlé et a été condamnée à hauteur de 7,72 millions d'euros.

Le département a présenté devant le tribunal administratif, à titre principal, une demande d'annulation des marchés assortie de conclusions tendant à la restitution des sommes versées et, à titre subsidiaire, une demande tendant à l'indemnisation du surcoût.

Par trois jugements du 31 janvier 2017, le tribunal administratif de Rouen a fait droit aux conclusions principales, tendant à l'annulation des marchés et à la restitution des sommes versées, en faisant application de votre jurisprudence Tête-Decaux - sur laquelle nous reviendrons - et qui, en résumé, prive le cocontractant du droit à indemnisation des dépenses utiles dès lors que le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de la personne publique. Il a ainsi condamné la société à restituer au département l'intégralité des sommes versées dans le cadre de ces marchés, soit environ 2,6 millions d'euros, 1,7 millions d'euros et 860 000 euros.

En appel, la cour administrative d'appel de Douai a confirmé l'annulation des marchés. Mais elle a jugé qu'alors même que les marchés avaient été annulés, la demande de restitution présentait un caractère excessif. Elle a fait droit uniquement aux conclusions subsidiaires du département tendant à obtenir une indemnité pour réparer le surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles de la société et elle a condamné celle-ci à hauteur de 1,5 Me, 818 000 et 206 000 euros environ.

La société Lacroix Signalisation se pourvoit en cassation contre cet arrêt et, par la voie du pourvoi incident, le département conclut quant à lui à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions principales tendant à obtenir l'intégralité des sommes versées à l'occasion des trois marchés. Précisons pour ne pas y revenir que le pourvoi incident ne porte pas, contrairement à ce qui est soutenu par la société, sur un litige distinct et il est donc recevable.

II - Avant d'aborder la question des conséquences financières de l'annulation du contrat, il nous faut évoquer un aspect chronologique du dossier : l'annulation des marchés est intervenue, en l'espèce, après la fin de leur exécution.

Cette question n'est pas en débat devant vous : les moyens soulevés par la société Lacroix Signalisation, dans le pourvoi principal, ne concernent que la condamnation financière prononcée à son encontre, et le département, dans son pourvoi incident, ne porte également la critique que sur les conséquences financières de l'annulation, dans un sens inverse évidemment.

Nous précisons, pour autant, que c'est à notre sens à bon droit que le tribunal administratif comme la cour administrative d'appel ont prononcé cette annulation, alors même qu'elle était postérieure au terme du marché.

Par votre décision *Société Campenon-Bernard* (19 décembre 2007, n° 268918, au Recueil, conclusions du Président Boulouis), vous avez retenu que la partie qui a subi les effets d'un dol peut engager à la fois une action contractuelle devant le juge du contrat (afin de faire constater sa nullité, ou, depuis votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, Béziers I², d'en obtenir l'annulation) et une action en responsabilité quasi-délictuelle. Elle peut « choisir de s'engager dans l'une ou l'autre des actions, ou dans les deux ».

Il y a un an, par votre décision de Section *Association pour le musée des Iles St Pierre et Miquelon* (1^{er} juillet 2019, n° 412243, au Recueil, conclusions A. Lallet), vous avez jugé que l'action était ouverte pendant toute la phase d'exécution du contrat. Vous n'avez toutefois pas dit qu'elle n'était ouverte « que » pendant l'exécution du contrat.

Vous avez eu, peu de temps après, à connaître de nouveau de cette question par votre décision *SNCF Mobilités* (22 novembre 2019, n°418645, aux Tables, à nos conclusions). Vous avez dégagé, avec cette décision, les règles relatives à la prescription, en termes de point de départ et de délais applicables, s'agissant tant de l'action en annulation que de l'action en responsabilité quasi-délictuelle. Vous y avez 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 anti-concurrentielle.

Vous aviez déjà jugé que l'exécution complète d'un contrat ne privait pas d'objet le recours en annulation introduit par des tiers (15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 413584, au Recueil, conclusions O. Henrard).

S'agissant des parties, nous avons proposé, dans nos conclusions sur la décision *SNCF Mobilités*, qu'après la fin de l'exécution du contrat, elles puissent en demander l'annulation, seulement en invoquant un vice d'une particulière gravité tenant aux conditions dans lesquelles elles ont donné leur consentement. Autant en effet, l'autre branche de la jurisprudence Béziers I susceptible de fonder une annulation – l'objet illicite – est connue pendant toute la durée d'exécution du contrat et le souci de stabilité des relations contractuelles peut justifier de ne pas ouvrir une voie de contestation postérieure, autant, en

² Assemblée, 28 décembre 2009, n° 304802, au Recueil

revanche, une entente anti-concurrentielle peut être découverte – et c’est très souvent le cas – bien après la fin de l’exécution, ce qui justifie de ne pas empêcher cette action.

La décision SNCF Mobilités a validé la possibilité d’une action postérieure à l’annulation, en cas de dol lié à une entente anti-concurrentielle, avec une rédaction implicite - il nous faut le reconnaître - là où nous proposons de dégager des règles explicites.

Vous n’avez pas, comme nous l’avons indiqué, à vous prononcer de nouveau sur ce point lui-même aujourd’hui. Si nous en faisons néanmoins état, c’est parce que l’une des raisons qui nous avait conduite à estimer que, même après le terme du contrat, l’action en annulation devait rester possible, est précisément que les conséquences financières des deux actions – en annulation ou en responsabilité quasi-délictuelle - ne sont pas identiques. Et c’est ce point que le pourvoi va vous permettre aujourd’hui de clarifier.

III - Quelles sont les conséquences financières de l’annulation d’un contrat, que ce soit pendant ou après son exécution ?

1. La nullité d’un contrat ou, depuis Béziers I, son annulation à la suite d’une action en contestation de sa validité, a pour effet sa disparition rétroactive.

Depuis votre décision de Section Société Decaux et département des Alpes-Maritimes (Section, 10 avril 2008, *Sté Decaux*, n° 244950, conclusions B. Dacosta), les conséquences de cette nullité sont ainsi énumérées :

- le cocontractant de l’administration dont le contrat est entaché de nullité (ou annulé désormais) peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s’était engagé ; c’est l’application de la théorie de l’enrichissement sans cause, désormais dénommé « enrichissement injustifié » ; vous l’avez encore rappelé très récemment (9 juin 2020, Société Espace Habitat Construction, n° 420282, aux Tables)
- les fautes éventuellement commises par l’intéressé antérieurement à la signature du contrat sont, en principe, sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l’enrichissement sans cause de la collectivité, « sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l’administration » (règle dégagée par la décision Tête, 22 février 2008, n° 266755, aux Tables sur ce point, conclusions D. Casas et reprise par la décision de Section Decaux) ;
- enfin, dans le cas où la nullité du contrat résulte d’une faute de l’administration – ce qui ne nous intéresse pas aujourd’hui – l’entrepreneur peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l’administration.

Sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, l’indemnisation à hauteur du seul surcoût peut ainsi permettre à la société cocontractante de conserver sa marge bénéficiaire. En

revanche, la voie de l'annulation du contrat conduit à ce que le cocontractant de l'administration n'ait pas droit à cette marge, mais seulement au remboursement des dépenses utiles, voire à une somme inférieure et même nulle, en application de cette jurisprudence, en cas de vice du consentement.

La réserve formulée sous la forme d'un « sauf si », dans la jurisprudence Tête-Decaux, pour évoquer l'hypothèse du vice du consentement permettant de priver le cocontractant y compris des dépenses utiles, a été strictement encadrée, afin de faire un sort à cette seule hypothèse, c'est-à-dire, en réalité au seul dol (l'erreur ou la violence se rencontrant rarement en contentieux administratif).

Hormis ce cas en effet, en cas de contrat nul ou annulé, l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause n'intègre pas la notion de faute de l'appauvri. En général, la collectivité, qui bénéficie des ouvrages réalisés, rémunère le cocontractant à hauteur de ses dépenses utiles, quelles que soient les fautes du cocontractant. Mais vous avez décidé de réserver le cas des fautes particulièrement graves, notamment en cas de vice du consentement, car deux conditions de la recevabilité de l'enrichissement sans cause ne sont alors plus réunies : l'enrichissement de l'administration n'a pas eu lieu avec son consentement et le comportement de l'appauvri est la cause de son appauvrissement. Le dol, telle la fraude, « corrompt tout », en quelque sorte.

Vous avez ainsi jugé, par la décision Tête, que la faute de l'entrepreneur appauvri est sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, mais qu'il doit être fait une exception à ce principe, dans les cas où la faute du quasi-cocontractant est, par sa gravité, assimilable à une fraude ou à un dol de nature à vicier le consentement de l'administration, faisant ainsi obstacle à l'exercice d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause. Et cette réserve a été maintenue dans votre décision de Section Decaux et n'a jamais été remise en cause par la suite. Elle a même été confirmée (6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, au Recueil).

Le cas d'espèce est très illustratif et « pur » : le tribunal administratif a fait application de cette jurisprudence, alors que la cour administrative d'appel a cru devoir limiter le montant des conséquences financières de l'annulation au seul surcoût. La cour a-t-elle eu raison de se détacher de la jurisprudence classique ?

2. La première question préalable qu'il nous faut examiner consiste à savoir si l'évolution récente des textes sur les ententes anti-concurrentielles s'accommode ou non de la jurisprudence actuelle.

Ce questionnement n'a pas de conséquence directe sur le présent litige car les textes que nous allons évoquer lui sont postérieurs, mais il nous paraît assez essentiel de vous proposer une règle qui vaille également pour l'avenir et qui ne contredise pas les évolutions déjà connues, lorsque cela est possible.

Disant cela, nous songeons, vous l'aurez compris, à la directive 2014/104 relative aux ententes anti-concurrentielles et aux textes la transposant.

La directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 détermine les 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.

Son article 3 pose le principe d'un droit à réparation intégrale du préjudice par toute personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence. Il précise toutefois que cette réparation ne doit pas être excessive.

Son article 12 précise que les Etats membres veillent à ce qu'« il soit possible à toute personne de demander réparation du préjudice subi, que celle-ci soit ou non un acheteur direct ou indirect d'un auteur de l'infraction, et à ce que soient évitées toute réparation d'un préjudice qui serait supérieure au préjudice causé au demandeur par l'infraction au droit de la concurrence, ainsi que l'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction (...) ».

L'article L. 481-3 du code de commerce, pris pour transposer cette directive, définit le périmètre du préjudice subi par le demandeur du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Il comprend le surcoût – correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction - ainsi que le gain manqué, la perte de chance et le préjudice moral. Certes, cette liste est précédée d'un « notamment » mais, dans l'esprit de la directive, cette énumération vise à assurer que la réparation soit intégrale mais non excessive.

Toutefois, les dispositions que nous venons de citer, tant de la directive que du code de commerce, ne concernent que les actions en réparation, et non les conséquences financières des actions en annulation.

S'agissant de la directive d'abord, elle se borne à traiter, comme son titre même le rappelle, les actions « en dommages et intérêts ». Au-delà de cet aspect sémantique, il est clair que l'intention de ses auteurs a été de faciliter l'action des victimes des ententes anti-concurrentielles. Elle ne saurait être interprétée comme ne permettant pas que d'autres actions, qui étaient déjà possibles en droit national, telles l'action en contestation de la validité du contrat, ne soient plus permises, ni même qu'elles soient restreintes par les nouvelles dispositions concernant les seules actions en réparation.

Antérieurement à la directive, dans l'état du droit de l'Union applicable au litige, ainsi que le mentionne la cour dans l'arrêt attaqué, la jurisprudence de la CJCE/CJUE, en application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) indiquait que la réparation du dommage causé par une entreprise en raison de la commission d'une pratique anticoncurrentielle devait être intégrale et non excessive³, mais cette jurisprudence ne concernait également que les actions en réparation.

S'agissant du code de commerce, les articles L. 481-1 et suivants figurent expressément, au sein du livre IV « De la liberté des prix et de la concurrence », dans le titre VIII relatif aux « actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ». Aucune disposition n'évoque les conséquences financières de l'annulation d'un contrat à la suite d'une telle entente. Seule est évoquée l'action en responsabilité.

Autrement dit, si la directive et le code de commerce prévoient – pour les litiges auxquels ils s'appliqueront - un encadrement de l'indemnisation du préjudice se bornant, pour l'essentiel, au seul surcoût, ces textes sont, selon nous, sans incidence, y compris pour l'avenir, sur les actions en annulation de contrats à la suite de pratiques anti-concurrentielles.

3. Ce préalable étant dépassé, faut-il envisager d'autres raisons justifiant de cantonner les conséquences financières d'une annulation à hauteur du seul surcoût comme l'a retenu la cour ?

A vrai dire, nous pensons que plus qu'une question de montant, est en jeu une question de cause et de fondement juridique et, partant d'objet et d'effet, qui diffèrent selon la voie de l'action.

Ainsi que le souligne, dans ses observations sur ce pourvoi, l'Autorité de la concurrence, l'action en contestation de la validité du contrat fondée sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles revêt des particularités tenant à la gravité de ces pratiques. « Les ententes, qualifiées de pratiques « injustifiables » par l'OCDE⁴ constituent la violation « la plus flagrante du droit de la concurrence » ». L'Autorité elle-même considère que « les pratiques consistant pour des entreprises concurrentes à s'entendre pour fixer les prix ou à se répartir les marchés constituent les infractions les plus graves aux règles de concurrence car elles se « caractérisent par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence⁵ ».

L'Autorité estime, en conséquence, que « l'existence de pratiques anticoncurrentielles ayant vicié le consentement d'une personne publique doit ainsi conduire à l'annulation du contrat, compte tenu de la gravité de l'atteinte portée à l'objet même de la procédure de passation de marchés publics ». Elle ajoute qu'« au-delà de la considération objective de la gravité de l'atteinte portée à l'objet de la procédure contractuelle et au consentement des personnes publiques, il convient de relever qu'en retenant que le contrat doit être annulé au vu de ces manœuvres dolosives, le juge administratif assurerait également la nécessaire dissuasion vis-à-vis de ces pratiques particulièrement graves ».

³ Aff. C-453/99, Rec. CJCE I- 6297

⁴ (Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables adoptée le 2 juillet 2019 OECD/LEGAL/0452)

⁵ Paragraphe 41 du communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

Dit autrement, non seulement l'Autorité de la concurrence ne vit pas son office de façon exclusive ou exhaustive, mais elle considère même que le juge administratif doit également contribuer à la dissuasion de ces pratiques. Et ajoutons, en écho à ce que nous évoquions auparavant, qu'elle estime que cette action doit absolument pouvoir être engagée y compris après le terme du contrat, car « les personnes publiques lésées par des pratiques anticoncurrentielles n'ont souvent connaissance de ces pratiques qu'après le terme du contrat ».

La gravité des ententes doit, dès lors, selon l'Autorité, se traduire par des conséquences spécifiques en cas d'annulation du contrat par le juge. « La nullité du contrat emporte l'anéantissement rétroactif du contrat, considéré comme n'ayant jamais existé ». Se référant à votre jurisprudence *Decaux*, que nous avons rappelée, elle rappelle que « le comportement dolosif d'une société ayant participé à une entente peut être pris en compte pour déterminer le montant des restitutions prononcées en conséquence de l'annulation du contrat. Alors que la société doit restituer l'intégralité du prix perçu en vertu du marché ayant fait l'objet d'une entente, marge comprise, elle peut se voir privée du remboursement par la personne publique de tout ou partie des dépenses utiles engagées de son côté en exécution de ses obligations contractuelles ». Cette solution renforce ainsi, selon l'Autorité, le caractère dissuasif des actions en annulation.

Le fait que les sommes auxquelles la personne publique peut prétendre dans le cadre d'une action en annulation soient, en application de votre jurisprudence actuelle, potentiellement supérieures au montant du préjudice indemnisable dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle, loin d'être une difficulté, est ainsi une arme dans la main du juge administratif, à même de protéger les personnes publiques victimes d'entente, une arme complémentaire et distincte de celle dont dispose l'Autorité de la concurrence, animée par un autre objet qui est la préservation de l'ordre public économique.

A ces arguments importants, rappelons que la comparaison avec le droit civil nous conduit aussi en ce sens - s'agissant des effets d'une action en annulation qui ne peuvent être confondus avec une action en responsabilité - au regard des effets attachés à la nullité d'un contrat et au mécanisme des restitutions, et qu'il nous semblerait, dès lors, paradoxal que le juge administratif tire des conséquences moindres de ces pratiques, alors que sont en jeu des deniers publics.

Ces fondements différents justifient ainsi que les modalités de calcul du montant auquel la personne publique a droit ne reposent pas sur l'évaluation du surcoût, car il ne s'agit alors pas d'évaluer un préjudice. Ce qu'il convient de rechercher, c'est l'état des parties antérieurement au contrat, comme s'il n'avait jamais existé, via le mécanisme des restitutions réciproques. Cette première différence conduit à la privation de la marge bénéficiaire, et s'y ajoute, en cas de vice grave, le non-reversement des dépenses utiles.

4. Y a-t-il toutefois lieu de prévoir des aménagements à cette jurisprudence ?

Votre jurisprudence actuelle est parfaitement justifiée en ce qu'elle permet de distinguer clairement les effets respectifs des deux voies à la main de la personne publique et de tirer toutes les conséquences de l'annulation d'un contrat.

Elle pose toutefois au moins trois questionnements légitimes.

Est-elle d'abord complexe ? Nous ne le pensons pas, du moins pas plus avant qu'après le terme du contrat, et pas plus en cas d'entente affectant un marché public qu'en cas d'autre motif d'annulation affectant tout contrat. La distinction entre les deux voies d'action et le fait que les conséquences soient distinctes sur le plan financier est un élément connu par les collectivités publiques comme par les acteurs économiques.

Est-elle ensuite source d'insécurité juridique ? Nous ne le pensons pas non plus : la règle du jeu est claire. Si la protection de la stabilité des relations contractuelles a pu vous conduire à éviter des annulations aux effets excessifs pour des motifs qui ne le justifiaient pas, grâce à votre jurisprudence Béziers I, elle ne saurait, à notre sens, être brandie lorsque sont en jeu des pratiques graves et affectant les principes mêmes des droits de la concurrence et de la commande publique.

Doit-on alors craindre alors des effets pervers ? Une personne publique aurait plus intérêt à engager une action en annulation qu'une action en responsabilité du fait du montant espéré. Pendant l'exécution, elle pourrait préférer une action en responsabilité, afin que le contrat poursuive son exécution, alors qu'après le terme du contrat, elle aurait intérêt à engager une action en annulation afin d'obtenir une somme supérieure. Mais cet effet d'aubaine apparent ne nous arrête pas : il est logique que lorsque l'exécution est en cours, la personne publique tienne compte – comme le ferait, en cas de contentieux, le juge administratif – de l'intérêt général consistant à poursuivre l'exécution du contrat, si cela lui paraît possible et qu'elle ne demande alors qu'à être indemnisée du surcoût. Si elle découvre une entente postérieurement au terme du contrat, elle doit pouvoir, si elle le souhaite, saisir le juge d'une action lui permettant d'en tirer toutes les conséquences.

Ces trois obstacles nous semblent donc à la fois pouvoir et devoir être franchis. Pour autant, est-il justifié que la société cocontractante soit privée de l'ensemble du prix du marché, lorsqu'elle a pourtant exécuté le contrat ? L'enrichissement sans cause vise précisément à éviter cet excès. Mais la prise en compte de la gravité du vice permise par votre jurisprudence Tête-Decaux, conduisant à ne pas reverser les dépenses utiles, doit-elle aller jusque-là ?

Vous distinguez auparavant les notions de dol principal et de dol incident. Mais la jurisprudence Campenon-Bernard y a mis fin et cette distinction a aussi été abandonnée par le code civil. Son nouvel article 1130 dispose ainsi que « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

La disparition de ce clivage conduit à traiter identiquement les hypothèses dans lesquelles la personne publique aurait, de toutes façons, conclu un contrat, mais à un prix moindre, et celles dans lesquelles elle n'aurait pas du tout conclu le contrat. Il ne vous est donc pas proposé de ressusciter ce clivage. Cependant, il nous paraît essentiel de trouver un équilibre entre :

- d'une part, la sévérité de votre jurisprudence Tête-Decaux, que nous pensons nécessaire de préserver et qui permet que la société impliquée dans l'entente ne récupère pas nécessairement toutes les dépenses utiles,
- d'autre part, la prise en compte des effets de l'exécution du contrat pour la collectivité, qui a bénéficié d'une prestation dont elle avait besoin.

Dans notre cas, il semble ainsi excessif que le département bénéficie de panneaux de signalisation finalement à titre gratuit, mais il faut néanmoins que les effets de l'annulation soient substantiels et dissuasifs.

C'est pourquoi nous vous proposons, dans le cas des ententes anti-concurrentielles, que le « sauf si » de votre jurisprudence Decaux ne soit pas remis en cause, mais passe de l'automatisme à la faculté. Au lieu d'une arme automatique, privant le cocontractant des dépenses utiles, il s'agirait de donner la possibilité, à la main du juge administratif, de tenir compte de la gravité du vice pour diminuer le montant des dépenses utiles dues au cocontractant auteur du dol.

Nous vous proposons donc de rappeler qu'en cas d'annulation du contrat à la suite de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié le consentement de la personne publique, le mécanisme des restitutions s'applique : le cocontractant restitue les sommes que la personne publique lui a versées et il peut quant à lui prétendre au remboursement de tout ou partie des dépenses qui ont été utiles à la collectivité, autrement dit sans la marge bénéficiaire. Le juge peut, dans ce cadre, tenir compte de la gravité de l'entente, pour diminuer le montant des dépenses utiles ainsi restituées à la société auteure de l'entente.

En l'espèce, tout en confirmant l'annulation des marchés litigieux par le tribunal administratif, tout en évoquant les restitutions faisant normalement suite à une annulation, tout en mentionnant la jurisprudence Tête-Decaux que le département mettait en exergue, la cour a écarté cette jurisprudence en estimant que les pouvoirs de sanction prévus pour la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles suffisaient à remplir une fonction répressive et dissuasive nécessaire au respect de l'ordre public. Elle a ainsi rejeté toute prise en compte de la faute du cocontractant et elle a été jusqu'à affirmer : « en définitive la demande de restitution recherchée par le département de la Seine-Maritime est assimilable à une réparation ».

Et, finalement, elle a jugé que l'annulation impliquait seulement que soient réparés, sur le terrain quasi-délictuel, les préjudices subis par le département du fait des agissements dolosifs de la société, correspondant au seul surcoût. Elle a donc commis une erreur de droit. Le département de la Seine-Maritime est donc fondé à demander l'annulation de l'arrêt en tant

qu'il n'a pas fait droit à ses conclusions portant sur les conséquences financières de l'annulation, présentées dans le cadre de son pourvoi incident.

Cette erreur de droit du pourvoi incident conduit à ce qu'il n'y ait pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi, présenté par la société Lacroix Signalisation, dont les moyens ne portent aussi que sur le volet financier du litige. Dit plus directement, l'arrêt doit être annulé en tant qu'il porte sur l'ensemble du volet financier du litige, et seulement cela, mais pas en tant qu'il a confirmé l'annulation des marchés litigieux.

Précisons que le pourvoi de la société Lacroix signalisation lui-même pointait deux grandes difficultés dans le raisonnement tenu par la cour. D'une part, via son premier moyen, il rejoignait en quelque sorte le moyen que nous vous proposons d'accueillir car il soulignait une erreur de la cour dans la confusion entre les deux régimes juridiques applicables. D'autre part, il soulevait des difficultés sur lesquelles vous n'aurez pas à vous prononcer car elles se situent en aval du raisonnement en ce qui concerne la méthode, nécessairement exigeante et précise d'évaluation du préjudice, point sur lequel les observations de l'Autorité de la concurrence sont également très précieuses.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai en tant qu'il statue sur les conséquences financières de l'annulation des marchés conclus entre le département de la Seine-Maritime et la société Lacroix Signalisation,
- au renvoi de l'affaire à la cour dans cette mesure
- à ce que la société Lacroix Signalisation verse au département de la Seine-Maritime une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au même titre par la société Lacroix Signalisation.