

N° 451710, 451815, 451817, 451833, 451839, 451862, 451899
Société Gespace France et autres - « Lycées d'Ile de France »

Section du contentieux

Séance du 14 avril 2023

Lecture du 9 mai 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Monsieur le président,
Mesdames, messieurs,

Concluant il y a quelques mois sur ces affaires devant vos 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies, nous exposons que Socrate n'imaginerait probablement pas que sa formule passée à la postérité : « *tout ce que je sais, c'est que je ne sais rien* »¹ pourrait un jour s'appliquer à une personne morale – concept qu'il ignorait – mais il nous semble qu'elle illustre assez bien la problématique du présent litige, qui est de définir **dans quelle mesure une collectivité publique peut être regardée comme « ayant connaissance » de pratiques illicites lorsque ses propres dirigeants y ont participé.**

Ce critère de la connaissance du fait dommageable est en effet la condition posée par la loi pour déterminer le **point de départ du délai de prescription** de l'action en responsabilité intentée par la victime de pratiques anticoncurrentielles.

Lorsque la victime est distincte de l'auteur de telles pratiques – ce qui est le cas le plus fréquent –, la mise en œuvre de ce critère ne pose pas de difficultés de principe. En revanche,

¹ Qui est elle-même quelque peu galvaudée puisque la phrase rapportée par Platon dans son Apologie de Socrate (21c) est plutôt la suivante : « (...) moi, si je ne sais rien, je ne crois pas non plus rien savoir » (trad. de Maurice Croiset, Les Belles Lettres, 1920)

lorsque la victime du dommage peut également en être regardée comme l'auteur, et qu'elle prend elle-même la forme d'une personne morale, l'interrogation revêt un tour quasi-philosophique : dans quelle mesure cette abstraction juridique peut-elle se voir opposer la règle de prescription qui suppose qu'elle ait une connaissance propre des faits, ces faits ayant été commis par ses représentants ?

C'est l'originalité de cette configuration qui fait l'intérêt juridique de la présente affaire, qui intervient au surplus dans un contexte singulier.

1. De fait, les six pourvois qui viennent d'être appelés sont la partie émergée d'un iceberg contentieux qui trouve son origine dans le **scandale dit des « marchés truqués des lycées d'Ile-de-France »**. Entre 1989 et 1997, la passation de 241 marchés d'une valeur totale de plus de 23 milliards de francs, soit environ 3,5 milliards d'euros, a donné lieu à la mise en place d'un système de **financement occulte de la plupart des partis politiques** représentés au conseil régional, alors présidé par M. K... puis par M. G..., doublé d'une vaste **entente anticoncurrentielle** entre les différents constructeurs pour se partager les 101 marchés d'entreprise de travaux publics (METP) passés à cette époque.

1.1. L'affaire comporte d'abord un **volet pénal**, qui a formellement débuté avec la plainte déposée le 9 octobre 1996 par trois élus régionaux « Les verts », dont le parti n'était pas associé à la manœuvre et qui avaient été aiguillonnés non seulement par des observations de la Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France du 15 février 1995 mais, surtout, par une note du 11 mars 1996 de la vice-présidente du conseil régional chargée de la commission des marchés publics, Mme Tissot, qui, avant de démissionner deux mois plus tard, dénonçait auprès du président du conseil régional les recommandations, voire les pressions, dont elle avait été l'objet pour que les marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage continuent d'être attribués au même bureau d'études.

Cette plainte a été relayée par des lettres des 17 décembre 1996 et 11 avril 1997 du commissaire du gouvernement de la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France au procureur de la République de Paris et a donné lieu à l'ouverture d'une information judiciaire le 3 juin 1997.

La procédure, rythmée par une ordonnance de renvoi en février 2004 et un premier

jugement correctionnel le 26 octobre 2005, s'est soldée par la condamnation de nombreux responsables politiques et de cadres dirigeants des entreprises concernées par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 février 2007, devenu définitif².

L'arrêt de la cour d'appel met en évidence une organisation bien rôdée : une commission occulte (dite commission « Chevance », du nom du directeur général des services et directeur de cabinet du président du conseil régional) répartissait en amont les marchés entre les entreprises, auxquelles l'assistant à maîtrise d'ouvrage transmettait les informations nécessaires. Cette répartition suivait la règle dite « de K... », du nom du président du conseil régional, ayant pour objet de préserver un équilibre économique entre grands groupes et PME. Dans tous les cas, 2% du prix de chaque marché étaient versés par les titulaires pour le financement des partis politiques puis distribués entre eux selon une clef de répartition qui, en dépit de ses visées illicites, n'était pas fondamentalement antidémocratique puisqu'elle correspondait peu ou prou au prorata de leur nombre d'élus...

S'agissant des représentants de la collectivité, ont en particulier été condamnés son ancien président, M. G...³, pour complicité d'entente et délit de favoritisme, sa conseillère chargée des affaires scolaires, Mme L..., pour complicité de corruption active et passive et délit de favoritisme, l'ancien président de la commission d'appel d'offres, M. E..., pour corruption passive. Ont également été regardés comme ayant contribué à l'organisation de ces pratiques le directeur général des services et directeur de cabinet du président du conseil régional, le directeur des affaires scolaires et le directeur des finances.

Précisons, pour en finir sur ce chapitre, que la responsabilité pénale de la région ne pouvait, en tout état de cause, être mise en cause puisque si, comme vous le savez, la responsabilité pénale des personnes morales, y compris de droit public (à l'exception de l'Etat) peut être engagée depuis l'introduction de l'article 121-2 du code pénal aux termes de la réforme de 1992, non seulement cette responsabilité ne jouait, jusqu'au 31 décembre 2005, que pour les cas expressément prévus par la loi ou le règlement (règle de spécialité) mais, au surplus, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent être tenus pénalement responsables que « des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ».

² après le rejet du pourvoi formé par certains condamnés à son encontre (C. Cass, ch. crim., 20 février 2008, n°s 07-82676, 07-82110)

³ M. K... est décédé en 1998.

1.2. En parallèle, s'agissant du **volet anticoncurrentiel**, le Conseil de la concurrence, qui avait été saisi dès 1996 par la région Ile-de-France de la situation de certains marchés et qui s'est auto-saisi pour le reste, a, dans une décision⁴ rendue le 9 mai 2007, soit postérieurement à celle du juge pénal, constaté une entente illicite pour 88 marchés et infligé la sanction maximale prévue dans ce cas à 14 entreprises du bâtiment.

1.3. C'est dans ce cadre que s'est développé le **volet indemnitaire** de l'affaire.

La région Ile-de-France, qui s'était constituée partie civile dès 1997 mais s'était expressément désistée durant le procès pénal de ses conclusions tendant à la réparation de son préjudice financier, ne sollicitant plus à cette occasion que la seule réparation de son préjudice moral, a lancé par la suite différentes procédures afin d'obtenir l'**indemnisation du préjudice matériel** qu'elle estime avoir subi du fait de l'entente anticoncurrentielle.

Elle s'est d'abord tournée sans succès vers le juge judiciaire, qu'elle a saisi en octobre 2008 d'une assignation en référé provision qui a été rejetée puis, en février 2010, d'une assignation au fond que le TGI de Paris, estimant que la prescription courait depuis le 9 octobre 1996, a rejetée comme prescrite. La cour d'appel de Paris n'aura pas eu le temps de se prononcer puisque le Tribunal des conflits, saisi par un arrêté du préfet d'Île-de-France ayant élevé le conflit après que la Cour a rejeté son déclinatoire de compétence, a considéré, dans la ligne de votre jurisprudence *Société Campenon-Bernard*⁵, que le litige relevait de la compétence de la juridiction administrative (TC 16 novembre 2015, *Région Ile-de-France c/ M. N... et autres*, n° 4035, p. 592).

Entre mars et juillet 2017, la région Ile-de-France a alors saisi le TA de Paris de 88 demandes qui ont toutes été rejetées au motif qu'elles étaient prescrites. Le tribunal a en effet retenu la date de la plainte des élus de la région, le 9 octobre 1996, comme celle à compter de laquelle la région ne pouvait raisonnablement ignorer les comportements en cause et a écarté les causes d'interruption de la prescription, en pointant notamment le fait que la région s'était désistée, à l'occasion de sa constitution de partie civile devant le tribunal correctionnel, de sa demande tendant à la réparation de son préjudice matériel.

⁴ elle-même confirmée par un arrêt de la CA de Paris du 3 juillet 2008 devenu définitif à la suite du rejet du pourvoi exercé à son encontre (Cass. Com. 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Bull. IV, n° 124)

⁵ CE 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard*, n° 268918, 269280 et 269293, p. 507

Sans se décourager, la région a interjeté 88 appels devant la cour administrative d'appel de Paris, qui a commencé à statuer sur deux de ses requêtes, portant respectivement sur les marchés de la rénovation du lycée Saint-Louis à Paris et du lycée Vilgénis à Massy et tendant à la condamnation *in solidum* des titulaires de ces marchés et de leurs dirigeants ou préposés à lui verser les sommes respectives de 6 047 825,50 euros et 5 680 333,28 euros, assorties des intérêts au taux légal et de leur capitalisation.

Par deux arrêts avant dire droit qui sont aujourd'hui déferés devant vous, les juges d'appel ont infirmé la décision du tribunal administratif et, après avoir estimé que la région avait commis des fautes exonérant les entreprises à hauteur du tiers de leur responsabilité, ont ordonné une expertise pour déterminer l'étendue exacte du préjudice financier.

En substance, la cour a estimé que seule la décision du Conseil de la concurrence du 9 mai 2007 avait permis à la région Ile-de-France d'avoir connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles et que la prescription qui courait à compter de cette date avait été interrompue par les assignations au fond formées par la région devant le TGI de Paris (en février 2010) jusqu'à l'intervention de la décision du 16 novembre 2015 du Tribunal des conflits, de sorte que l'action en responsabilité n'était pas atteinte par la prescription lorsque la région a saisi le TA de Paris en mars 2017.

Votre décision est évidemment très attendue puisqu'en sus des deux présents litiges (au titre desquels 14 autres pourvois sont également à l'instruction devant votre 7^{ème} chambre), elle conditionnera le sort des 86 requêtes encore pendantes devant la cour.

2. Délicate par son contexte, l'affaire l'est également par la question de droit qu'elle pose, qui a justifié son renvoi devant votre formation de jugement.

Vous l'aurez compris, les pourvois vous conduisent, à travers différents moyens d'erreur de droit, de contradiction de motifs et de dénaturation, à déterminer quel doit être **le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité quasi-délictuelle intentée par une personne publique à l'encontre des auteurs de pratiques anticoncurrentielles lorsque des représentants de cette personne publique ont étroitement participé à ces pratiques.**

En l'espèce, faut-il retenir la même date que celle retenue par le juge pénal, à savoir celle du dépôt de plainte par certains élus le 9 octobre 1996, ou peut-on estimer que la région, qui a activement participé dès l'origine à l'entente illicite, ignorait l'étendue de la pratique jusqu'à la date de la décision du Conseil de la concurrence (9 mai 2007) ?

La réponse n'est guère aisée – et peut-être n'est-elle aucune de ces deux-là... – mais il nous semble en tout cas que la position de la cour ne se justifie pas.

3. Rappelons d'abord le **cadre juridique** dans lequel s'inscrit le débat contentieux, que plusieurs de vos récentes décisions, toutes rendues conformément aux conclusions de notre collègue Mireille Le Corre, ont contribué à préciser.

3.1. S'agissant d'abord des **délais de prescription**, vous avez jugé (CE 22 novembre 2019, *SNCF Mobilités*, n° 418645, T. pp. 603-605-819) que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, 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.

En revanche, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, la prescription de ces actions est quinquennale par l'effet de l'article 2224 du code civil, sachant que, pour ce qui est des actions dont la prescription n'était pas acquise en 2008, le nouveau délai de cinq ans ne commence à courir qu'à compter du 19 juin 2008 mais sans que la durée totale de prescription puisse excéder celle antérieurement prévue par la loi.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017 relatives aux actions en dommage et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, ce sont les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce qui s'appliquent, en conservant une même durée de prescription de cinq ans tout en posant le principe qu'elle ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé.

3.2. S'agissant du **point de départ de la prescription**, vous estimez, quel que soit le régime applicable dans le temps, qu'il correspond à la date à laquelle la victime a « connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles ». Sans doute pourriez-vous préciser ce point, au vu notamment de la rédaction des derniers

textes législatifs, en indiquant qu'il peut, alternativement, s'agir de la date à laquelle la victime « aurait dû » avoir connaissance de celle-ci, afin de couvrir, comme le font les textes, l'hypothèse d'une éventuelle mauvaise foi de l'intéressée.

Quoi qu'il en soit, il faut en tout cas souligner que c'est la connaissance suffisante du fait générateur qui constitue le point de départ du délai de prescription, et non la date à laquelle la victime a connaissance de son préjudice. Ajoutons à cet égard que la connaissance suffisante de l'étendue des pratiques n'implique pas d'être en capacité d'en apprécier intégralement les tenants et les aboutissants (voyez, pour le cas où l'identité des responsables ne serait pas encore connue à cette date – CE 20 novembre 2020, *Société Suez Eau France*, n° 427250, T. p. 978) : il ne s'agit donc pas de connaître avec précision le montant des surcoûts engendrés, par exemple, par une entente mais seulement de savoir que ces pratiques sont en place et qu'elles ont des effets anticoncurrentiels sérieux et avérés.

Par ailleurs, à plusieurs reprises, Mireille Le Corre vous a exposé – et vos décisions nous y paraissent pleinement conformes – que la détermination de ce point de départ « 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 » (cf. notamment ses conclusions sous CE 27 mars 2020, *Société Signalisation France*, n° 420491, p. 152). Dans le cadre d'un cartel européen, vous avez ainsi retenu la date de la décision de la Commission européenne sanctionnant l'entente (CE 12 octobre 2020, *Société Mersen et autres*, n° 432981 et a., T. pp. 638-822-990).

Nous le redisons avec la même vigueur devant vous aujourd'hui car le point est fondamental et n'a peut-être pas été suffisamment assimilé par tous les lecteurs de vos décisions : **vous n'avez pas posé de présomption en la matière.**

Il appartient donc toujours aux juges du fond, à l'appréciation souveraine desquels vous laissez d'ailleurs cette question (cf. *Société Mersen* précitée), de rechercher concrètement, au regard des éléments de fait dont ils disposent, à quelle date la victime de la pratique illicite en a eu une connaissance suffisante.

4. Ceci étant posé, comment caractériser une connaissance suffisante de ce type de faits par une personne morale ?

4.1. Comme pour tout ce qui touche aux personnes morales – dont le plus sage des Athéniens vous aurait peut-être fait remarquer qu'elles ne sont pas vraiment des personnes et qu'elles ne sont au demeurant pas toujours morales –, la réponse exige une certaine part de fiction mais elle doit d'abord éviter deux écueils.

Le premier écueil serait de consacrer la thèse qui veut que, par son essence-même, une personne morale ne connaît jamais rien : c'est bien sûr vrai du point de vue métaphysique puisqu'il s'agit d'une construction abstraite, dépourvue de conscience propre et qui ne peut agir que par l'intermédiaire des personnes qui la composent. Mais cela n'a évidemment aucun sens du point de vue du droit, sauf à consacrer une imprescriptibilité absolue des actions des personnes morales lorsque c'est la connaissance d'un fait dommageable qui fait courir la prescription. Ce serait là pousser beaucoup trop loin la fiction de la personne morale...

Le second écueil serait, à l'inverse, d'assimiler totalement la personne morale à ses représentants ou à ses préposés et d'estimer qu'elle-même connaît tout ce que ceux-ci connaissent. Matériellement, ce ne serait pas forcément faux mais cela reviendrait à nier juridiquement une de ses dimensions essentielles, à savoir le fait qu'elle est un sujet de droit autonome protégeant un intérêt collectif⁶ distinct de celui de ses agents.

Entre l'inconscience et l'omniscience, qui sont deux apories, il existe des voies médianes, qui ne peuvent reposer que sur des approches prenant en compte le dédoublement fonctionnel des agents de la personne morale, qui sont des personnes physiques agissant à la fois pour elles-mêmes et pour le compte de la personne morale.

4.2. Selon une première approche, que nous qualifierions de nominaliste et qui est soutenue en défense par la région, seuls des faits expressément commis « au nom et pour le compte » de la personne morale, tels que des délibérations de son organisme collégial ou des actes adoptés en son nom, pourraient traduire sa connaissance « personnelle » des pratiques illicites.

Cette conception n'est pas dépourvue de fondements puisqu'elle peut se réclamer du

⁶ Il est vrai qu'il existe des sociétés unipersonnelles mais c'est là l'exception qui confirme la règle puisque, du point de vue de ce que peut connaître la personne morale, ce caractère unipersonnel abolit le critère de l'autonomie vis-à-vis de l'intérêt individuel de son dirigeant.

parallèle avec la responsabilité pénale des personnes morales. En cette matière, la responsabilité de la personne morale ne peut être engagée que lorsque l'infraction a été commise « pour son compte », c'est-à-dire dans l'intérêt ou au profit ou au nom de celle-ci, à l'occasion d'activités touchant à son organisation ou à son fonctionnement (Cass. crim., 7 juillet 1998, n° 97-81.273, Bull. crim. n° 216). A l'inverse, les manquements accomplis pour le compte du dirigeant ou d'une autre personne, fût-ce par un organe de la personne morale, ne peuvent engager la responsabilité de la personne morale (Cass. crim., 6 mai 2014, n° 13-82.677, Bull. crim. n° 126 ; 5 avril 2018, n° 15-86.574).

Toutefois, non seulement il nous semble difficile de plaquer ici des concepts issus du droit pénal qui concernent l'engagement de la responsabilité, et non la simple question de la connaissance d'un fait dommageable et des règles de prescription qui en découlent, mais, plus fondamentalement, une telle position nous paraît difficilement tenable.

A ce compte-ci, une personne morale ne « connaît » en effet quasiment jamais rien puisque, par définition, s'interposent toujours entre elle et les faits illicites des décisions ou agissements des personnes physiques qui, tout en usant de ses moyens, se garderont bien, sauf à être particulièrement imprudents, de lui faire adopter des actes officiels. Le présent litige en fournit une excellente illustration : personne ne s'est jamais avisé d'aller faire prendre au conseil régional une délibération approuvant la règle de K... ou avalisant l'existence de la commission Chevance... !

Nous écartons donc cette lecture.

4.3. Selon une deuxième approche, que nous qualifierions d'isolationniste, la personne morale disposerait d'une conscience distincte de celle de ses dirigeants : elle pourrait donc être maintenue dans l'ignorance de certains agissements.

Nous admettons certes qu'il ne saurait y avoir d'assimilation systématique entre la collectivité et ses élus ou ses agents, y compris ceux qui la représentent ou qui y occupent des fonctions exécutives ou de direction.

En particulier, une telle assimilation devrait être récusée si des élus ou des agents avaient participé à l'entente, en usant de leur qualité politique ou professionnelle, mais à l'insu de la collectivité, ce dont votre jurisprudence offre malheureusement quelques illustrations :

ainsi, un directeur général des services a pu commettre une fraude au détriment de la commune en signant à l'insu du maire un arrêté pris pour son propre profit (CE 21 mars 2011, *Commune de Saint-Arnoult-en-Yvelines*, n° 326024) et, de manière assez topique, vous jugez, pour déterminer le point de départ d'une prescription, qu'elle ne commence à courir à l'égard d'une commune que lorsqu'elle a eu connaissance par un compte-rendu d'enquête de police des détournements de fonds publics commis à son détriment par l'un de ses agents, fût-ce sous couvert de certains de ses représentants légaux (CE 22 mai 2013, *Mme V...*, n° 356276, T. pp. 523-660).

Toutefois, nous observons que, dans toutes ces hypothèses, ce sont en réalité les rapports entre la personne morale et ses agents qui sont en cause, et non pas ses relations avec les tiers.

Or, de ce point de vue, et au-delà du questionnement intellectuel que la théorie pourrait susciter (si la personne morale a une conscience distincte de ses dirigeants, alors que sait-elle exactement ?), force est de constater que les conséquences d'une telle conception seront redoutables pour les tiers, à qui l'on pourra toujours opposer que la personne morale « ne savait pas » quand bien même ses dirigeants se seraient livrés à des turpitudes en leur qualité de dirigeants, ce qui reviendrait finalement à consacrer, là aussi, une forme d'imprescriptibilité des actions de la personne morale vis-à-vis des tiers...

Nous ne sommes donc pas convaincu par cette conception.

4.4. Selon nous, pour déterminer si une collectivité publique (ou d'ailleurs toute autre personne morale de droit public) a eu connaissance d'une activité illicite menée par ses propres agents, il faut s'attacher à une approche empirique qui permette de vérifier avec suffisamment de certitude que l'information n'a pu raisonnablement lui échapper en tant que sujet de droit.

Pour le dire autrement, il faut dépasser ce qui relève de la fiction juridique, c'est-à-dire l'essence désincarnée de la personne morale, pour rechercher ce qui manifeste la réalité de son existence ; en somme, pencher vers Aristote plutôt que vers Platon, ce qui, pour une affaire de « lycée », ne vous étonnera guère !

Pour ce faire, **la méthode éprouvée du faisceau d'indices** nous paraît tout indiquée.

Dans cette approche et partant du constat que les personnes morales n'ont pas de corps

mais qu'elles ont toujours une tête – qui est normalement le siège de la conscience, **le premier et principal critère d'appréciation est organique** : il faut que la pratique illicite émane de l'un de ses organes ou de ses agents susceptibles d'engager la collectivité ou, à tout le moins, qu'eux-mêmes en aient eu connaissance.

Pour les collectivités locales, il peut s'agir aussi bien des organes collégiaux (assemblées délibérantes ; commissions permanentes ou non, telle que la commission d'appel d'offres, dont vous jugez qu'il s'agit d'une émanation de l'assemblée délibérante⁷) que des membres de l'exécutif (maire, président, adjoints...) ou des instances de direction (DGS, directeur de cabinet...).

De manière générale, vous pourriez ainsi, pour reprendre une terminologie qu'emploie fréquemment la Cour de cassation pour qualifier les représentants susceptibles d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale, faire référence aux élus et agents « investis de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires » pour engager la collectivité (Cass. crim. 26 juin 2001, n° 00-83.466, Bull. crim. n° 161 ; Cass. crim. 25 mars 2014, n° 13-80.376, Bull. crim. n° 94).

Précisons ici que, si ce critère nous paraît fondamental, ce n'est pas tant parce que les dirigeants de la personne publique seraient ontologiquement mieux à même d'apprécier l'existence d'une pratique illicite mais parce que, dans la position qui est la leur et au regard des fonctions qu'ils occupent, ils sont en mesure d'engager une réaction de la personne morale – de l'animer au sens étymologique, donnant ainsi une traduction juridique à la notion de connaissance du fait dommageable.

Ce critère organique doit lui-même être **combiné, même s'ils sont sans doute subsidiaires, avec un élément matériel et un élément moral.**

Il faut ainsi, d'une part, que la participation de la collectivité se soit manifestée par des actes positifs de nature à l'engager dans la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. Il s'agit là de caractériser une participation ou une connaissance objective de la personne publique.

⁷ Voir en ce sens : CE 8 juin 1994, *M. M.*, n° 141026, C ; CE 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302, T. pp. 694-700, ccl. G. Pellissier

Il faut, d'autre part, que les représentants de la personne morale aient eux-mêmes été en capacité de mesurer la portée des pratiques illicites et aient eu conscience de leur illicéité, ce qui pourra s'apprécier à l'aune de différents constats : soit – c'est le cas le plus simple – parce qu'ils auront eux-mêmes pris une part active dans la conception ou la mise en œuvre de pratiques dont ils connaissaient l'illégalité, soit parce que – même si ce sera plus difficile à établir –, connaissant l'illicéité d'un comportement, ils se seront abstenus d'y mettre fin.

Ainsi, l'élément moral ici, ce n'est pas tant l'intention de participer à une pratique illicite – puisqu'un tel critère ne dit rien, en lui-même de la « connaissance » de ces pratiques par la personne morale elle-même – mais c'est la conscience d'engager la collectivité dans des agissements de cette nature. Il s'agit ici de caractériser le volet subjectif de la connaissance de la part de la personne publique.

5. En appliquant la grille d'analyse que nous venons de vous exposer, le juge du fond pourra souverainement déterminer si la personne morale peut elle-même être regardée comme ayant connaissance des pratiques illicites, à raison notamment de la propre connaissance qu'en auront eu ses instances dirigeantes.

Disant cela, nous sommes conscients, comme nous le laissions déjà entendre à vos chambres réunies lors du premier examen de l'affaire, que l'office du juge ne sera pas nécessairement épuisé.

C'est une chose, en effet, que d'admettre que la personne publique « connaisse » une pratique illicite... et donc que la prescription puisse normalement commencer à courir. Toutefois, lorsque cette connaissance résulte d'agissements eux-mêmes illicites de ses propres dirigeants, ç'en est une autre que d'en déduire que la prescription court dans tous les cas de figure depuis ce moment.

Il nous apparaît en effet – et le passage devant votre formation de jugement fournit l'occasion de se prononcer plus avant sur ce point – qu'il convient de réserver le cas où une collectivité publique se trouverait empêchée d'agir durant le cours de la prescription du fait même de la différence entre ses intérêts et ceux de ses dirigeants seuls susceptibles d'engager une action en son nom.

Le cas d'école auquel nous songeons serait celui où un exécutif local peu scrupuleux se livrerait à des malversations diverses mais où, pour des raisons aisément compréhensibles, il refuserait de rechercher au nom de la collectivité qu'il représente la réparation de dommages subis par la personne publique. Or, au gré des fortunes électorales, il peut se passer bien du temps avant qu'un changement de majorité ne permette de révéler certaines pratiques... De ce point de vue, le nouveau délai de prescription quinquennale, qui est donc désormais inférieur à la durée de la plupart des mandats locaux, pourrait d'ailleurs inciter aux pires excès...

Or, dans cette hypothèse et pour les raisons que nous venons de vous exposer, il serait délicat de nier que la personne morale ne « connaît » pas les faits dommageables.

Il nous paraît donc utile que votre décision puisse expliciter ce que peut être l'office du juge pour remédier à ce type de situations, car il nous semble que le droit public n'est pas dépourvu d'outils pour prévenir les risques d'impunité temporelle que nous venons d'évoquer.

5.1. Selon nous, il convient alors de convoquer le principe bien connu qui veut que la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir (que les amateurs de droit canonique⁸ connaissent mieux sous l'intitulé « *contra non valentem agere non currit prescriptio* »). Comme le relève le professeur Klein, « souvent classée parmi les causes de suspension de la prescription, la maxime influence également la fixation de son point de départ puisqu'elle peut *de facto* aboutir à reporter le point de départ de la prescription au jour où l'impossibilité d'agir aura pris fin »⁹.

Cet adage a été qualifié de « principe général du droit »¹⁰ par la Cour de cassation qui, alors même qu'il ne figurait volontairement pas dans le code civil de 1804¹¹, l'a réintroduit par voie jurisprudentielle et le vise explicitement dans ses arrêts (voir, par exemple, Cass. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1972, Bull. I, n° 251 ; Com., 26 mai 1971, Bull. IV, n° 149).

⁸ Pour l'historique, voir : H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, Litec, p. 109 et s.

⁹ Julie Klein, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013, p. 280

¹⁰ Cass. Com., 15 janvier 2002, *Société Fournier industrie et santé*, n° 00-16.255, Bull. IV, n° 14 ; la Cour de cassation semble même avoir fait de la recevabilité d'une action en relevé de forclusion exercée par le créancier placé dans l'impossibilité d'agir une garantie du droit à un recours juridictionnel effectif (Cass. Com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034, Bull. IV, n° 127).

¹¹ Son article 2251 se bornant à n'envisager, pour limiter le cours de la prescription, que « *quelque exception établie par une loi* ».

Pareillement, vous avez, en 2012, écarté un moyen tiré de la méconnaissance du principe général du droit tiré de ce que la prescription ne peut courir contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure (CE 19 décembre 2012, *SNC Kimberly Clark*, n° 327166, inédit).

Il est vrai que vous pourriez vous interroger un instant sur la portée exacte de ce principe¹² car il a finalement été partiellement réintroduit dans le code civil à l'occasion de la réforme de la prescription civile de 2008, au sein de l'article 2234 qui, même s'il n'est pas applicable au présent litige, dispose : « *La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

Le législateur semble donc avoir restreint les cas d'empêchement en ne visant expressément que trois causes le justifiant (loi, convention ou force majeure). Toutefois, comme à une bonne partie de la doctrine¹³, cette limitation textuelle ne nous paraît pas forcément en être une : non seulement les travaux parlementaires sur la loi de 2008 ne témoignent pas d'une volonté particulière d'encadrer la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'ils tendent plutôt à consacrer, mais en outre, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence antérieure après la réforme de 2008 sans toujours se référer explicitement aux trois cas d'empêchement mentionnés par l'article 2234 (Cass. Com. 5 septembre 2013, n° 13-40.034, Bull. IV, n° 127 ; Civ. 2^{ème} 8 septembre 2016, n° 15-23.041, Bull. II, n° 202 ; Soc. 13 janvier 2021, n° 19-16.564, Bull. V).

Ajoutons à cela que l'adage est loin d'être dépourvu de fondement en droit public puisque l'article 3 de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics dispose que : « *La prescription ne court ni contre le créancier qui ne peut agir, soit par lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant légal, soit pour une cause de force majeure, ni contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance ou de la créance de celui qu'il représente légalement* ».

Comme vous le voyez, les cas d'empêchement d'agir sont plus ouverts dans la loi de

¹² Dont il faut reconnaître que la portée n'a jamais été parfaitement claire, y compris aux yeux des civilistes : « L'adage ne prend vie qu'au travers des situations concrètes qu'il est appelé à régir, rendant vain tout exercice de systématisation ou d'anticipation » (J. Klein, *op. préc.*, p. 289)

¹³ A. Hontebeyrie, *Prescription extinctive*, Répertoire de droit civil Dalloz, n° 310 et suivants ; J.-J. Taisne, *Art. 2233 à 2239, Prescription extinctive - Suspension de la prescription*, J.-Cl. Civ., n° 92 et s.

1968 : ils incluent en particulier – ce qui paraît au demeurant être une pure question de logique – le cas où le créancier ne peut agir par l’intermédiaire de son représentant légal, ce qui nous paraît notamment inclure l’hypothèse où les intérêts personnels divergents de ce dernier y font obstacle.

Nous déduisons de ce rapide panorama qu’en tant que principe général du droit applicable également en droit public, le principe « *contra non valentem* » conserve une autonomie et peut être invoqué, le cas échéant – puisqu’il ne s’agit pas, en revanche, d’un moyen d’ordre public –, par toute personne publique.

Au reste, vous savez que, contrairement à une idée répandue¹⁴, vous vous reconnaissez la faculté, y compris en matière de prescription, d’adapter ou de laisser inappliquées certaines règles du code civil (Assemblée 8 juillet 2005, *Société Aluisuisse-Lonza-France*, n° 247976, p. 311 ; CE 12 avril 2013, *SCI « Chalet des Aulnes »*, n° 363282, T. pp. 415-712) ou, en tout cas, de ne vous en remettre qu’aux « principes dont s’inspirent les dispositions du titre XX du livre III du code civil » (CE, avis, 31 mars 2017, *Mmes D... et H...*, n° 405797, p. 104, les conclusions partiellement contraires de G. Pellissier sur ce point témoignant bien de votre volonté de conserver une marge d’autonomie sur ces questions¹⁵).

Nous ne voyons donc que des motifs sérieux à ce que vous fassiez un usage autonome de ce principe général.

Si vous nous suivez sur ce point, votre décision pourra ainsi prendre soin d’indiquer que le délai de prescription en matière de pratiques anticoncurrentielles ne peut commencer à courir avant la date à laquelle la personne publique a eu ou aurait dû avoir connaissance de manière suffisamment certaine de l’étendue de ces pratiques, mais sous réserve qu’elle ne soit pas dans l’impossibilité d’agir.

5.2. A cet égard, il nous paraît important de souligner que le juge devra apprécier *in concreto* si le comportement des représentants de la collectivité, et tout particulièrement de ceux qui sont habilités à agir en justice en son nom, aura été de nature à empêcher la personne

¹⁴ Voir, pour une étude magistrale de ces questions, la thèse du professeur Charles Froger, *La prescription extinctive des obligations endroit public interne*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015, vol. 145

¹⁵ Voir aussi, postérieurement : CE 1^{er} juillet 2021, *Ministre de l’éducation nationale et de la jeunesse c/ Mme V...*, n° 434665, A

publique d'assurer la défense de ses intérêts.

La conséquence de l'empêchement d'agir sera indifféremment la suspension ou le report du point de départ du délai de prescription si l'empêchement coïncide exactement avec la date où la personne publique est réputée connaître les faits dommageables.

5.3. La dernière question à trancher à cet égard est celle de la cessation de l'empêchement. L'on songe en particulier à l'hypothèse, qui pourrait être la plus fréquente dans l'exemple que nous donnions, où, à des dirigeants indéliçables succède une nouvelle équipe ignorante des faits passés (ou, en tout cas, n'ayant pas une connaissance *suffisante* des pratiques illicites).

Dans un tel cas, il n'est pas douteux que l'empêchement de la personne publique cesse du fait-même du changement de dirigeants.

Quid toutefois de la « connaissance » de la personne morale à cette date : faut-il considérer qu'elle reste ce qu'elle a été ou, au contraire, faut-il la « réinitialiser » ? – Trois thèses peuvent logiquement s'affronter.

Dans la première, qui insiste sur la **continuité de la personnalité morale**, l'empêchement se limite à une cause de suspension : dès lors qu'il cesse, la personne morale recouvre la mémoire qu'elle n'avait pas perdue. Le délai de prescription se remet donc à courir sans que les nouveaux dirigeants ne jouissent d'un délai de grâce. C'est la solution la plus orthodoxe¹⁶ ; il faut observer que, lorsque l'empêchement aura été concomitant aux pratiques illicites, cela signifiera concrètement que la nouvelle équipe aura cinq ans pour agir (correspondant au nouveau délai de prescription quinquennal), ce qui n'est pas rien.

Dans la seconde, qui nous paraît peut-être plus réaliste même si elle tord davantage les principes, il appartiendrait au juge de déterminer à quelle date exactement la nouvelle équipe dispose à son tour d'une connaissance suffisante des faits pour que la personne publique soit elle-même regardée comme jouissant d'une telle connaissance. En d'autres termes, la personne morale bénéficierait d'une « **mémoire à éclipses** » : elle sait tout ce que savent ses dirigeants mais lorsque ceux-ci ne savent rien, elle est réputée ne plus rien savoir. Cette seconde

¹⁶ Elle peut aussi se réclamer de la jurisprudence judiciaire, y compris après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 – cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, pourvoi n° 17-50.053, Bull. I, n° 235

conception, assez protectrice pour la personne publique, est cohérente avec ce que nous avons dit quant à la façon dont une personne morale acquiert une « connaissance » – au sens où elle admet qu'elle peut aussi la perdre – et offre davantage de souplesse à de nouveaux exécutifs pour agir. En revanche, elle rompt avec les canons de la prescription, qui font de l'empêchement d'agir une simple cause de suspension ou de report du point de départ.

Enfin, une troisième solution est envisageable et aurait à la réflexion notre préférence. Vous pourriez considérer que constitue une cause d'empêchement d'agir de la personne morale non seulement le comportement de ses dirigeants auteurs ou complices de pratiques illicites à son détriment, tant qu'ils sont en fonction, mais également, après leur départ, le fait pour leurs successeurs **d'ignorer, de manière légitime et raisonnable, la naissance du droit de la personne morale.**

Cette façon de raisonner peut se réclamer de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁷ dans des cas où le point de départ de la prescription n'est pas la connaissance du fait générateur de la responsabilité mais la survenance d'un événement défini par un texte spécial. La Cour considère alors que la prescription « ne court pas à l'encontre de celui qui était dans l'impossibilité d'agir pour avoir, de manière légitime et raisonnable, ignoré la naissance de son droit » (voir notamment Cass. com., 13 avril 1999, n° 97-16.632, Bull. IV, n° 89 ; et sous l'empire de la loi de 2008 et du nouvel article 2234 du code civil : Cass. com. 8 février 2023, n° 20-22.496, à publier au Bulletin). On trouve aussi un écho de cette idée dans votre décision *Mme V...* précitée, où il est fait état d'une fraude « ayant pour effet de maintenir la personne publique ou l'agent public titulaire d'un droit à paiement ou à restitution dans l'ignorance de celui-ci et de le priver de la possibilité de l'exercer ».

Dans cette logique, l'ignorance des nouveaux dirigeants ne se confond pas avec l'ignorance de la personne morale mais elle devient une cause d'empêchement d'agir pour cette dernière, dès lors qu'elle constitue un tel empêchement pour ses dirigeants.

Ainsi, les conséquences pratiques de cette solution seraient sensiblement les mêmes que celles de la seconde thèse mais elle nous paraît plus respectueuse du principe de permanence de la personne morale, qui ne saurait « oublier » des faits dont elle a eu connaissance par le biais de ses dirigeants.

¹⁷ Et plus largement d'une acception traditionnelle de l'adage *contra non valentem*, dont les auteurs rappellent qu'il visait aussi les situations d'ignorance de l'existence d'un droit – cf. *Adages du droit français* précité, p. 111-112

6. Appliquons maintenant cette grille de lecture à la présente affaire.

Nous avons déjà envisagé l'idée d'une censure sur le terrain de la contradiction de motifs.

En effet, après avoir, dans un premier temps, estimé que la région ne connaissait pas l'étendue des pratiques anticoncurrentielles, les deux arrêts attaqués relèvent eux-mêmes que les personnels de la région ont favorisé l'entente, participé aux réunions au cours desquelles la répartition des marchés entre entreprises a été évoquée, encouragé une telle répartition, et veillé au fonctionnement de l'entente mise en place notamment en assurant le respect de la règle de répartition (« règle de K... ») et en mettant en place un groupe de travail officieux chargé d'établir, hors du contrôle de la commission d'appel d'offres, la liste des candidats admis à présenter une offre pour chaque marché (« commission Chevance »).

Il est vrai toutefois que ces constatations interviennent dans les parties des arrêts où la cour traite des fautes de la région Ile-de-France, dont elle reconnaît qu'« étant non détachables du service », elles doivent exonérer partiellement les entreprises parties à l'entente. La contradiction porte donc plus sur des motifs de fait que sur des motifs de droit car l'absence de connaissance des pratiques n'exclut pas en soi que la région soit par ailleurs reconnue responsable au titre de fautes de service commises par ses agents.

Dès lors, plus fondamentalement, il nous paraît plus adéquat de relever que la cour a doublement erré, d'abord sur le plan du droit en faisant une différence entre, d'une part, la connaissance des faits par la région et, d'autre part, la connaissance des faits par ses élus ou agents, et, en second lieu, sur le plan des faits en dénaturant les pièces du dossier dont elle a retenu une vision particulièrement édulcorée.

La cour administrative d'appel de Paris a en effet écarté la connaissance de la collectivité au motif que « si des élus et agents de la région ne pouvaient ignorer l'existence de l'entente et ont d'ailleurs été condamnés par le juge pénal pour ces faits, [ni cette circonstance] (...), ni aucune des autres circonstances dont les intimés font état, ne sont de nature à établir que la région aurait eu, avant la décision du Conseil de la concurrence du 9 mai 2007, connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a été

victime de la part des titulaires des marchés. »

Or, il ressortait pourtant clairement des faits de l'espèce que les trois critères, organique, matériel et moral, que nous évoquions en amont sont remplis :

- en premier lieu, c'est au plus haut niveau, à savoir celui du président de région et de ses plus éminents collaborateurs qu'a été conçu le système incriminé : le critère organique est donc rempli et il nous paraît à cet égard particulièrement inexact de la part de la cour de parler « des élus et des agents » de manière totalement indéfinie, alors que la qualité desdits élus et agents est naturellement centrale dans l'appréciation à porter sur la connaissance des faits par la personne morale elle-même ;

- en second lieu, il y a eu une volonté délibérée des dirigeants de la collectivité d'engager la collectivité elle-même dans l'entreprise frauduleuse, ce qui s'est traduit très concrètement par l'attribution de marchés publics passés en son nom ;

- enfin, il n'y avait guère de doute quant au fait que les représentants de la collectivité connaissaient le caractère illicite du système mis en place et ses effets anticoncurrentiels.

Il en résulte que la région elle-même doit être regardée comme ayant eu connaissance de manière suffisante des pratiques anticoncurrentielles et ce, en l'espèce, dès leur commencement.

Vous accueillerez donc les moyens d'erreur de droit et dénaturation, ce qui vous conduira à **annuler chaque arrêt**.

En conséquence, vous direz qu'il n'y a **pas lieu de statuer sur les pourvois incidents** formés par la région Ile-de-France, étant au surplus entendu que ces conclusions incidentes sont irrecevables puisqu'elles sont dirigées contre les arrêts attaqués en tant qu'ils statuent sur le partage de responsabilité. Or, s'agissant de décisions avant dire droit, leurs motifs sur ce point ne constituent pas le soutien nécessaire du dispositif adopté et ne sont donc pas revêtus de l'autorité de la chose jugée : le dispositif des arrêts attaqués ne fait donc pas grief à la région à ce stade (cf. CE 10 octobre 2018, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau*, n° 402975, T. pp. 836-864-869).

7. Précisons tout de même, si vous ne nous suiviez pas, qu'aucun des autres moyens des pourvois ne nous paraît fondé : ceux d'insuffisance de motivation et de dénaturation quant à la prescription de l'action indemnitaire ou à l'application des principes de l'estoppel et de la loyauté des débats ne sont guère sérieux ; la cour n'a pas commis l'erreur de droit de considérer que la connaissance de l'entente ne pouvait résulter que de la décision du Conseil de la concurrence ; l'autorité de la chose jugée au pénal n'avait pas d'incidence quant à la détermination du point de départ de la prescription ; il n'y a ni insuffisance de motivation ni erreur de droit à avoir estimé que la région Ile-de-France avait intérêt à agir dans la présente espèce ; la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier en rejetant la demande de mise hors de cause de la société SPIE Opérations ; la cour n'a pas inexactly qualifié les faits ni dénaturé les pièces du dossier en retenant que les fautes reprochées aux personnes physiques et morales en cause présentaient un lien direct avec l'éventuel surcoût supporté par la région ; enfin, les moyens d'erreur de qualification juridique et de dénaturation quant à l'existence d'une faute des agents de la région et au partage des responsabilités est inopérant et de toute façon manifestement infondé au vu de la nature de votre contrôle.

8. En revanche, contrairement à ce qui était notre mouvement initial, nous ne vous invitons pas à régler l'affaire au fond mais à **renvoyer l'affaire** devant la cour administrative d'appel de Paris.

Plusieurs raisons nous y poussent : même si nous n'avons pas de doutes quant au fait que la région avait initialement connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles au plus tard en 1997, année au cours de laquelle ces pratiques ont cessé, il reste que, d'une part, ce que nous vous avons dit sur l'empêchement d'agir, qui n'a pas été véritablement discuté devant les juges du fond, mérite indubitablement un débat contentieux devant eux. Il appartiendra à ceux-ci d'apprécier concrètement, dans les circonstances très particulières de l'espèce, où une certaine collusion a pu régner entre les différents partis politiques, à quelle date les nouveaux dirigeants de la région (et donc la collectivité elle-même) doivent être regardés comme ayant eu une connaissance suffisante des pratiques illicites.

En second lieu, il nous semble également que les parties pourront avoir un débat utile sur les éventuelles causes d'interruption de la prescription survenues durant les différentes procédures engagées, notamment au vu des différentes actions engagées par la région au cours

des années.

Enfin, nous ne sommes pas non plus insensible au fait que, selon les cas, les solutions pourraient être différentes d'un marché public à l'autre, selon les informations détenues par les différents acteurs ou celles mises sur la place publique.

9. Enfin, dans les circonstances de l'espèce, nous vous invitons à rejeter l'ensemble des conclusions des parties présentées au titre des frais d'instance.

Tel est le sens de nos conclusions.