

# Commande publique et sanction des pratiques anticoncurrentielles

L'analyse de la jurisprudence révèle une certaine verticalité du droit de la concurrence appliquée aux contrats de la commande publique. En effet, la compétence juridictionnelle administrative est comprise de façon extensive, et le régime de prescription semble favorable à la victime. En outre, le principe de solidarité des mis en cause est inscrit dans la loi. Enfin la méthode d'évaluation du préjudice emprunte des raccourcis parfois contestables.

Le thème de la rencontre du droit de la commande publique et de la répression des pratiques anticoncurrentielles n'est pas nouveau. D'ailleurs, le seul rappel à l'article L. 3 du Code de la commande publique des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, que le Conseil constitutionnel en son temps a déclaré découler de la Déclaration des droits de 1789, emporte par lui-même tout un corpus de textes et de jurisprudences, internes et européens, considérablement augmenté au rythme des contentieux, tant la mise en œuvre de ces principes se révèle complexe, variable et détaillé.

Figure désormais au cœur de tout cela l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 *relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles*<sup>(1)</sup>, largement commentée et qui, pour en résumer l'ambition, vise à faciliter la réparation des préjudices subis par les victimes de ces pratiques en déplaçant, ou en relayant plus exactement, leur sanction sur le terrain de la responsabilité civile<sup>(2)</sup>.

Sur ce thème, de savants commentaires se succèdent et s'épuisent parfois à suivre au plus près la démarche casuelle d'une jurisprudence inédite par son volume. Les analyses autorisées sont ainsi nombreuses au premier rang desquelles des conclusions de rapporteurs

(1) Qui découle directement de la 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'Union Européenne*.

(2) Régime favorable de présomption irréfragable, mécanisme de solidarité automatique des auteurs auxquels sont reprochés les pratiques anticoncurrentielles, quel que soit leur degré d'implication dans celle-ci, prescription abrégée avec un point de départ retardé...

## Auteur

**Mathieu Gaudemet**  
Avocat à la Cour  
Joffe & Associés

publics, dont on sait la qualité de synthèse et le caractère pédagogique<sup>(3)</sup>. Qui eût dit qu'en quelques décennies, au *Recueil Lebon* réduit à quelques pages de la rubrique « marchés et contrats » et portant essentiellement sur la qualification et l'exécution des contrats, succéderait – portant d'ailleurs davantage (et pour cause) sur la passation des contrats – autant d'ouvrages, de chroniques, de commentaires consacrés aux désormais contrats de la commande publique ? Tout ceci est fait, écrit et bien écrit ; il serait prétentieux de vouloir y ajouter.

Plus modestement et dans les limites de cet article, on voudrait évoquer une évolution qui, comme toujours en droit administratif, lie le fond et la compétence et qui a conduit à faire glisser la sanction des règles de concurrence applicables aux contrats de la commande publique, de l'Autorité (d'abord Conseil) de la concurrence sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, aux acheteurs publics sous le contrôle du juge administratif ; ce que vient encore de confirmer une récente décision de l'Autorité de la concurrence s'alignant sur la jurisprudence de la CJUE<sup>(4)</sup>.

Au rebours ainsi de ce qui justifiait la compétence de la cour d'appel de Paris, c'est-à-dire l'existence d'un bloc de compétence judiciaire reconnu et validé comme tel par le Conseil constitutionnel<sup>(5)</sup>, le juge administratif a en effet récupéré une complète compétence pour connaître de l'application du droit de la concurrence aux contrats de la commande publique et en tirer les conséquences indemnitaires, au-delà mais sur la base de la sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence.

Du point de vue du praticien, cette évolution complique la défense pourtant légitime des droits des entreprises mises en cause. En pratique, le mouvement est tel dans son automaticité qu'il aboutit en effet quasi-irremédiablement à une sanction indemnitaire, s'ajoutant à la pénalité infligée par l'Autorité de la concurrence, sans autre véritable attention à en moduler l'effet où l'impact en considération des circonstances de fait de chaque espèce. Par ailleurs, la complexité des procédures et le report du point de départ de la prescription sont à l'origine de procès interminables, sur parfois plus de vingt

ou trente ans, dont la compatibilité d'ailleurs avec le principe de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à un procès soldé dans un délai raisonnable est loin d'être évidente.

Il n'est donc pas illégitime de s'inquiéter d'une évolution qui éloigne ainsi de la préoccupation légitime de la préservation de l'équilibre des droits de chaque partie dans le procès. Cette unilatéralité ou, le terme est à la mode, verticalité du droit de la concurrence appliquée aux contrats de la commande publique se révèle par la combinaison d'une compétence juridictionnelle administrative comprise de façon extensive, un régime de prescription favorable à la victime, un principe de solidarité des mis en cause désormais inscrit dans la loi, ou encore une méthode d'évaluation du préjudice (quantum) qui emprunte des raccourcis parfois contestables.

## Un bloc de compétence renforcé autour du contrat administratif

L'analyse des décisions récentes du Conseil d'État et du Tribunal des conflits montre que la compétence juridictionnelle administrative pour réparer les pratiques anticoncurrentielles en matière de commande publique s'affirme au rebours du bloc de compétence qui avait été voulue par la loi en 1987 autour du juge judiciaire.

Cette compétence judiciaire était pourtant clairement affirmée par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987. Une proposition de loi antérieure, ayant le même objet, avait même été débattue au Parlement, dont les travaux faisaient très clairement apparaître que ce transfert avait pour objet d'unifier l'ensemble du contentieux de la concurrence sous l'égide du juge judiciaire<sup>(6)</sup>.

La compétence judiciaire avait encore été consacrée par le Conseil constitutionnel qui n'admettait la conformité de la loi de 1987 à la Constitution qu'après avoir constaté que, « si le Conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers, le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence »<sup>(7)</sup>.

Trente ans plus tard, l'attractivité du contrat administratif, entraînant l'application du régime administratif et la

(3) Pour un ex. récent, F. Lichère, « Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs », *Contrats et Marchés Publics* n° 11, nov. 2020. Voir aussi l'ensemble des conclusions de M. Le Corre sous les décisions CE 27 mars 2020, SNCF Mobilités, req. n° 418645 ; CE 27 mars 2020, Sté Signalisation France c/ Départ. de la Manche – Sté Lacroix Signalisation c/ Départ. de l'Orne – Sté Signaux Girod c/ Départ. de l'Orne [ccls communes n° 420491 – 421758 – 421833] ; CE 10 juillet 2020, Sté Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime, req. n° 420045 ; CE 10 juillet 2020, Cne de la Guérinière, req. n° 434353 – 434355 et CE 12 octobre 2020, Sté Mersen, req. n° 432981 – 433423 – 433563 – 433564.

(4) Autorité de la concurrence 25 novembre 2020 décision n° 2-D-19, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer, licéité de réponses coordonnées à un appel d'offres par des filiales d'un même groupe.

(5) Cons. const. 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC.

(6) Sénat, Rapport au nom de la Commission des lois, J. Thyraud, Annexe au PV séance du 19 décembre 1986.

(7) Cons. const. 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, préc.

compétence du juge administratif, s'affirme au contraire de ces principes.

Le Tribunal des conflits a ainsi retenu dans une décision *Département de la Savoie* de 2005, que les litiges opposant un acheteur public à un opérateur ayant répondu à un appel d'offres pour l'attribution d'un marché, « nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation (du marché) » relevaient, « comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché », du juge administratif<sup>(8)</sup>.

La décision du Conseil d'État *Campenon Bernard* de 2007 ajoute que cette compétence couvre les litiges qui ont pour objet d'engager la responsabilité à raison d'agissements dolosifs « susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elle à des conditions de prix désavantageuses », allant ainsi au-delà de la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même<sup>(9)</sup>.

On citera encore, rendu au visa de la loi dite Murcef<sup>(10)</sup> qui prévoyait que « les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrat administratif », la décision du Tribunal des conflits *Société éditions Jean-Paul Gisserot* de 2009, selon laquelle, « en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat, résultant de la loi Murcef, ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondées sur la violation des pratiques anticoncurrentielles »<sup>(11)</sup>. À ce stade, la compétence administrative pouvait encore s'entendre comme limitée aux seuls litiges de nature contractuelle, à l'exclusion de tous les autres portant notamment sur la responsabilité délictuelle de l'auteur d'une pratique interdite<sup>(12)</sup>.

Toutefois et sur conclusions contraires de son rapporteur, le Tribunal des conflits a considéré dans une décision *Région Île-de-France* de 2015, que relevaient pareillement de la juridiction administrative les litiges ayant pour objet d'engager « la responsabilité de personnes auxquelles sont imputées des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières [...] et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat »<sup>(13)</sup>.

Les décisions suivantes du Conseil d'État, relatives aux cartels de la signalisation routière, rendues en mars 2020 (*Société Signalisation France* ; *Société Lacroix signalisation* ; *Société signaux Girod*<sup>(14)</sup>) avalisent cette solution, prenant d'ailleurs appui sur la même préoccupation de

cohérence et d'unité de traitement que la loi et le Conseil constitutionnel avaient mises en avant en 1987, mais pour aboutir à la solution diamétralement opposée : le juge administratif est celui des pratiques anticoncurrentielles, lorsqu'elles sont reprochées au titre de marchés publics ou, plus largement, de contrats administratifs.

Enfin, dans sa décision *Sté Mersen* d'octobre 2020 et se référant à la jurisprudence classique de la clause exorbitante du droit commun caractérisant le contrat administratif, le Conseil d'État confirme enfin que, lorsqu'à l'occasion de la passation d'un marché public une personne publique est victime de pratiques anticoncurrentielles, le juge administratif est compétent pour en connaître et pour réparer le préjudice, alors même que l'auteur du dommage est une personne privée<sup>(15)</sup>. Le Tribunal des conflits vient d'ailleurs de le rejoindre, dans une décision toute récente de février 2021<sup>(16)</sup>.

L'élargissement de la sphère de compétence du juge administratif est donc maximal dès qu'apparaît la notion de contrat administratif ou de procédure de sélection relevant du droit de la commande publique. Peu importe la pratique anticoncurrentielle constatée. Peu importe la nature juridique des liens qui unissent les protagonistes. Peu importe encore que le débiteur de responsabilité recherché soit une personne privée. La jurisprudence a désormais établi (rétabli ?) un bloc de compétence administrative, confiant au juge administratif la connaissance de toutes les actions indemnitaires liées à un contrat de la commande publique, quelles que soient les responsabilités mises en cause et à quel moment de la procédure conduisant au contrat qu'elles se situent.

## Un régime de prescription favorable à la victime, généralement l'acheteur public

Essentiellement lié aux actions indemnitaires mettant en cause la responsabilité quasi-délictuelle des entreprises, le régime de prescription et les règles de fond correspondantes sont désormais clairs. Ils découlent de l'ordonnance de 2017 précitée et des nouvelles dispositions de l'article L. 482-1 du Code de commerce.

Ce n'est d'ailleurs pas tant la question du délai de prescription qui soulève une difficulté, dans la mesure où son alignement sur la prescription quinquennale commune du droit civil n'est guère critiquable. Ce sont plutôt les conditions de son déclenchement, c'est-à-dire la détermination du départ du délai de prescription qui, dans la jurisprudence administrative récente et de manière quasi systématique, est fixé à une date très tardive par rapport à la commission des faits reprochés et bien souvent, de leur connaissance réelle par l'acheteur public.

(8) TC 23 mai 2005, Département de la Savoie, n° C3450.

(9) CE 19 décembre 2007 Sté Campenon Bernard, req. n° 268918.

(10) Loi n° 2011-1168 du 11 décembre 2011.

(11) TC 4 mai 2009, Sté édition Jean-Paul Gisserot, n° C3714.

(12) TC, Rapp. annuel 2009.

(13) TC 16 novembre 2015, Région IDF, n° C4035.

(14) CE 27 mars 2020, Sté Signalisation France c/ Départ. de la Manche – Sté Lacroix Signalisation c/ Départ. de l'Orne – Sté Signaux Girod c/ Départ. de l'Orne, préc.

(15) CE 12 octobre 2020, Sté Mersen, req. n° 432981.

(16) TC 8 février 2021, SNCF et SNCF Réseau c/ Sté Entropia, n°C4201.

Avant l'ordonnance de 2017, qui sur ce point ne s'applique qu'à des faits générateurs de responsabilité antérieurs au 11 mars 2017, l'article 2270 du Code civil retenait la date de révélation de la manifestation comme point de départ du délai de prescription. Depuis l'ordonnance, trois éléments cumulatifs sont nécessaires à cet effet, avec pour conséquence de retarder le décompte du délai de prescription :

- la connaissance du fait que les actes constituent une pratique anticoncurrentielle ;
- cette pratique doit causer un dommage ;
- l'identité d'au moins un des auteurs de la pratique reprochée.

Ce qui, malgré le rappel régulier du principe d'une vérification *in concreto* de la connaissance des faits et de leur qualification, conduit le juge à fixer, par défaut et de manière quasi systématique, le point de départ du délai de prescription à la date de la décision des autorités de concurrence, nationales ou communautaires, statuant sur les pratiques en cause. Pour le dire autrement, c'est par référence à des décisions, certes incontestables en elles-mêmes, que, par une sorte de raccourci, la jurisprudence administrative se fonde pour décompter le délai de prescription, alors même qu'une consultation attentive des circonstances de fait pourraient démontrer une connaissance antérieure de la victime, de l'existence, de la qualification et de l'ampleur des pratiques reprochées.

Il existe pourtant des exemples provenant des juridictions des deux ordres, qui procèdent à une analyse précise et circonstanciée des faits de l'espèce, de laquelle elles déduisent la connaissance qu'avait ou pas le requérant des faits dont il entend se prévaloir.

C'est la solution retenue par le Tribunal de commerce de Paris, à propos d'un recours de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés qui reprochait un abus de position dominante à SANOFI, précédemment sanctionné par l'Autorité de la concurrence. En l'espèce, le Tribunal a considéré que la CNAMTS avait eu connaissance des pratiques un an et huit mois avant la décision de l'Autorité de la concurrence et juge que « sauf en matière d'action de groupe, ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont entendu fixer le point de départ de la prescription à la date du prononcé de la décision de l'Autorité ». [Qu'en conséquence,] « il appartient ainsi au tribunal de déterminer la date à laquelle la CNAMTS savait ou aurait dû savoir qu'elle avait été victime de l'infraction et connaître la consistance de celle-ci, son imputabilité et le dommage en résultant, autrement dit la date à laquelle la CNAMTS a pris conscience qu'il était possible qu'elle subisse un dommage causé par des pratiques anticoncurrentielles. [...] Attendu qu'il est ainsi démontré qu'à la date du 16 septembre 2011, la CNAMTS avait connaissance des pratiques de SANOFI, leur qualification juridique, leur effet sur l'entrée sur le marché français des génériques concurrents du PLAVIX et le préjudice possible pouvant en résulter »<sup>[17]</sup>.

[17] T. com. Paris 1<sup>er</sup> oct. 2019, CNAMTS c/ Sanofi, n° 2017053369.

La solution est identique dans un arrêt de la Cour d'appel de Fort-de-France, qui confirme la prescription de l'action, dès lors qu'il « ressortait du procès-verbal de la réunion de conciliation du Médiateur du cinéma, en date du 8 octobre 1999, que celui-ci a été saisi de la plainte de M. X Z par courriers des 28 octobre 1998 et 17 juin 1999 et que M. X Z a amplement développé devant lui les distorsions aux règles de la libre concurrence dont il s'estimait victime de la part de la société Filmdis. Ce même comportement anticoncurrentiel a ensuite été dénoncé dans la lettre enregistrée le 9 mars 2000 destinée au Conseil de la concurrence, puis dans les mémoires des 2 mai et 28 juin 2000, détaillant les pratiques de la société Filmdis-Circuit Elizé qu'il estimait anticoncurrentielles »<sup>[18]</sup>.

De même encore à propos d'une demande en réparation sur le fondement d'un abus de position dominante : « les défenderesses soutiennent, avec raison, qu'Orange Réunion a été nécessairement informée des différenciations tarifaires qu'elles avaient mises en œuvre dès son arrivée sur les marchés de la Réunion (2001) et Mayotte (2007), puisque les prix différenciés pour les appels on-net et off-net étaient des prix publics affichés largement sur des supports publicitaires »<sup>[19]</sup>.

La jurisprudence administrative fournit aussi des exemples indiquant « qu'en relevant que, dans les circonstances particulières de l'affaire qui lui était soumise, marquées par des détournements de fonds au détriment de la Commune, auxquels avaient participé certains de ses représentants légaux, le caractère des traitements versés à Mme A..., en l'absence de service fait, à compter de 1970, n'avait été révélé à la Commune qu'au cours de l'enquête préliminaire ordonnée par le Procureur de la République et en estimant que la Commune devait ainsi être regardée comme ayant eu connaissance suffisante des faits au plus tôt par le compte-rendu d'enquête établi le 18 juin 1996 par le commandant de police chargé de l'enquête, puis en déduisant de ces constatations que le délai de la prescription n'avait pu commencer à courir qu'à compter du 18 juin 1996, la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas donné aux faits une qualification juridique erronée »<sup>[20]</sup>.

C'est encore la solution retenue par le tribunal administratif de Bastia, considérant que la connaissance d'une atteinte au libre jeu de la concurrence peut se déduire des dossiers de candidatures, dès le stade de l'analyse des offres<sup>[21]</sup>.

[18] CA Fort-de-France 24 janvier 2017, Médiagestion, n° 15/00486.

[19] T. com. Paris 20 juin 2016, Orange Réunion, n° 2014058853.

[20] CE 22 mai 2013, Cne de Gricourt, req. n° 356276.

[21] TA Bastia 6 février 2003, Département de la Haute-Corse, req. n° 1000231 : « en éliminant pas les offres présentées par lesdites sociétés alors que leurs dossiers de candidature permettaient d'établir qu'elles portaient atteinte au libre jeu de la concurrence et que la société requérante l'avait alerté sur l'existence d'une entente illicite, le département de la Haute-Corse a entaché d'illégalité la procédure de passation du marché en cause ».

Plus récemment, après une décision de la cour administrative d'appel de Paris indiquant que la victime avait « nécessairement eu connaissance des pratiques anticoncurrentielles [...] au plus tard dès le 4 juillet 1997, date à laquelle elle s'est constituée partie civile »<sup>[22]</sup>, une solution inverse a finalement prévalu devant le Conseil d'Etat<sup>[23]</sup> qui, « dans les circonstances de l'espèce », a finalement retenu comme date utile celle de la décision du Conseil de la concurrence. Pourtant, le Rapporteur public de cette affaire avait relevé que « l'étude très intéressante récemment parue à l'*AJDA* sur la réparation du dommage causé par les ententes devant le juge administratif relève que les juridictions administratives retiennent le plus souvent comme point de départ la date de la décision de l'Autorité de la concurrence, mais qu'elles le déterminent in concreto, comme l'exigent les textes de droit civil ou les principes dont il s'inspire. Cette solution s'agissant du point de départ de l'action quasi-délictuelle répond à deux préoccupations. Premièrement, elle est cohérente avec celle de l'action en contestation de la validité du contrat. Le dol qui peut fonder, en droit civil, une action en nullité, est aussi une faute civile ouvrant droit à réparation. Une interprétation non pas unique mais cohérente du point de départ nous semble fondée en droit et opportune. Deuxièmement, elle est en phase avec la jurisprudence judiciaire. Ceci nous semble justifié compte tenu d'une part des textes du Code civil dont il est fait application, d'autre part de la matière concernée – les ententes anticoncurrentielles – qui relève, selon les cas du juge administratif ou du juge judiciaire »<sup>[24]</sup>.

Force est toutefois de constater que, dans ce contentieux comme dans d'autres, on en revient toujours à fixer le point de départ du délai de prescription à la date de la décision de l'Autorité de concurrence.

Ces quelques exemples montrent en tout cas que, dans la pratique, il est parfois difficile d'amener le juge administratif à prendre en considération des éléments de faits même établis comme propres à l'identification d'une connaissance acquise des pratiques répréhensibles bien antérieure à la décision de concurrence. Ceci vaut d'ailleurs même lorsque le juge pénal ou les autorités de concurrence relèvent que, loin d'en être simplement la victime, l'acheteur public a lui-même participé à la mise en place de l'entente et, selon toute logique, en connaissait donc les rouages et l'ampleur dès leur origine.

Il est alors légitime de se demander si ce parti de simplification affiché dans la détermination du point de départ du délai de prescription n'aboutit pas à des solutions qui, en réalité, prépareraient celle mécanique désormais consacrée par l'article L. 481-2 du Code de commerce, d'une présomption légale irréfutable de responsabilité

qui, cette fois et sans ambiguïté, fait directement référence à la décision de l'Autorité de la concurrence

## Une conception extensive de la solidarité

Le même mouvement gouverne désormais le mécanisme de la solidarité des mis en cause au titre de pratiques anticoncurrentielles, en sorte qu'elle englobe tous les participants. Formellement, cette solidarité n'existait pas avant l'ordonnance de 2017. Elle est désormais inscrite à l'article L. 481-9 du Code de commerce mais rejoint en réalité une tendance jurisprudentielle antérieure qui, à l'examen des situations individuelles, préfère un système de solidarité quasi-automatique.

Ainsi, dans les décisions précitées, on trouve ce motif que « lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dont les pratiques ont affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire »<sup>[25]</sup>. Cette solution permet dès lors de rechercher la responsabilité de toutes les entreprises, quel que soit leur degré d'implication dans le marché (y compris si elles n'ont remis aucune offre ou n'ont été attributaires d'aucun marché).

Encore peut-on ajouter, et ce sera sans doute la prochaine étape jurisprudentielle, que c'est à l'entreprise membre d'un cartel qu'il appartiendra de démontrer qu'à l'époque des faits reprochés, elle en était sortie où n'y participait plus de manière active. C'est en tout cas ce que suggèrent les conclusions sur l'affaire *Mersen* précitée<sup>[26]</sup>, la solution étant inspirée de la jurisprudence communautaire sur l'effet d'ombrelle, notamment illustrée par la décision *Kone AG*<sup>[27]</sup> de 2014 de la CJUE et la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 qui précise que « le droit à réparation est reconnu à toute personne physique ou morale, indépendamment de l'existence d'une relation contractuelle directe avec l'entreprise qui a commis l'infraction ».

À l'inverse, on peut simplement mentionner que la toute récente décision de l'Autorité de la concurrence du 25 novembre 2020 qui reconnaît que les filiales d'un même groupe, même si elles répondent séparément à un appel d'offres, constituent néanmoins une seule entreprise au sens du droit européen de la concurrence, de sorte qu'il n'est plus possible de qualifier leur comportement d'entente, même si elles agissent de façon

[22] CAA Paris 29 décembre 2017, SNCF Mobilités, Sté Bouygues et Sté Bouygues Construction, req. n° 16PA02417 – 16PA02473 – 16PA02476.

[23] CE 22 novembre 2019, SNCF Mobilités, req. n° 418645.

[24] Concl. Mireille Le Corre sur CE 22 novembre 2019, SNCF Mobilités, req. n° 418645.

[25] CE 12 octobre 2020, Sté Mersen, req. n° 432981, préc.

[26] Concl. Mireille Le Corre sur CE 12 octobre 2020, Sté Mersen, req. n° 432981 préc.

[27] CJUE 5 juin 2014, aff. C-557/12.

coordonnée<sup>[28]</sup>. Cette importante décision, qui constitue un revirement de la pratique décisionnelle de l'Autorité, se trouve elle-aussi directement inspirée par la CJUE<sup>[29]</sup>.

## L'évaluation du préjudice

Finalement, il ne reste guère que le terrain de la détermination du quantum du préjudice sur lequel il semble que l'équilibre des positions soit *a priori* préservé. Sur cette question, le juge administratif renvoie en effet volontiers à l'expertise ou à la médiation<sup>[30]</sup>, pour déterminer la condamnation pécuniaire encourue.

Certes, les dispositions de l'ordonnance de 2017 et notamment l'article L. 481-3 du Code de commerce, permettent une indemnisation maximale de la victime, la perte (c'est-à-dire le surcoût indûment supporté), le gain manqué, la perte de chance et enfin le préjudice moral étant, dit désormais la loi, intégralement indemnisables.

[28] Autorité de la concurrence 25 novembre 2020, décision n° 2-D-19 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer, préc.

[29] CJUE 17 mai 2018, Eco service, aff. C-531/16.

[30] Les deux pouvant se conjuguer sous l'égide du juge administratif (CJA, art. R. 621-1).

Demeure toutefois la nécessité juridique d'argumenter et de justifier suffisamment ces postes. C'est sans doute là le dernier élément du triptyque classique de la responsabilité pour faute qui demeure. On a vu en revanche le sort réservé au dommage et au lien de causalité, relevant tous deux de constatations largement automatisées.

Toutefois, un certain nombre de victimes se bornent en pratique, devant le juge mais aussi en expertise, à n'asseoir le bien-fondé de leur créance de responsabilité civile que par référence à l'estimation qu'ont pu faire les autorités de concurrence du dommage causé à l'économie. On sait pourtant que ce raccourci ne se justifie pas, parce que l'amende concurrentielle vise à réparer le préjudice porté à l'économie, cependant que l'indemnisation du préjudice civil vise différemment à réparer le préjudice subi, à titre personnel, par la victime. La vigilance s'impose donc aussi sur ce terrain d'imposer aux requérants d'établir exactement leur préjudice, notamment lorsque (comme dans la plupart des affaires) leur propos est d'être indemnisé d'un surcoût indûment perçu pour l'exécution des marchés litigieux.

Qu'on ne se trompe enfin pas à la lecture des lignes qui précèdent : il y a évidemment là aucun plaidoyer pour légitimer des pratiques anticoncurrentielles dont les dégâts, notamment sur les comptes publics, ne sont ni méconnus, ni minimisés. Mais simplement l'espoir d'un rééquilibrage des forces en présence qui soit plus respectueux des droits d'une défense devenue extrêmement délicate en l'état d'un système désormais très automatisé, dont les raccourcis s'accommodent mal des principes essentiels d'un procès qui doit demeurer équitable.