

L'action civile en réparation des personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique

L'acheteur public victime d'une pratique anticoncurrentielle à l'occasion de la passation d'une commande publique peut obtenir réparation du préjudice subi. La pratique anticoncurrentielle contraint généralement le pouvoir adjudicateur à s'acquitter d'un prix de marché qui a été artificiellement surévalué, au détriment du budget de la collectivité. Comment alors procéder pour récupérer les sommes indûment payées au cocontractant bénéficiaire de la pratique anticoncurrentielle ?

Quelles sont les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle pour l'acheteur public ?

En droit national, les pratiques anticoncurrentielles sont définies aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Elles consistent en des ententes entre entreprises ou des abus de position dominante. Lors de la passation d'une commande publique, la pratique anticoncurrentielle la plus fréquemment constatée est l'entente entre entreprises intéressées par l'appel à la concurrence. Préalablement à la remise des offres, les entreprises s'entendent sur le choix du ou des cocontractants du pouvoir adjudicateur. La stratégie concurrentielle de l'ensemble des membres de l'entente est définie à cette occasion. L'action occulte des membres de l'entente permet d'organiser une concurrence artificielle qui est destinée à tromper la vigilance de l'acheteur public. Cette pratique contribue généralement à renchérir le coût des prestations pour celui-ci en faisant obstacle à la libre détermination du prix par le jeu normal de la concurrence.

Comment savoir qu'une commande publique a été conclue suite à une pratique anticoncurrentielle ?

Les stratégies développées par certaines entreprises peuvent rendre de plus en plus difficile l'identification des pratiques en cause. L'acheteur public a la possibilité lorsqu'il présume l'existence d'une pratique anticoncurrentielle d'éliminer les offres illicites des entreprises soupçonnées. Mais tant que la preuve de la pratique anticoncurrentielle n'est pas apportée, les candidats bénéficient d'une présomption de comportement licite. Hormis quelques cas où la pratique anticoncurrentielle peut paraître évidente dès le stade de la remise des offres, le pouvoir adjudicateur devra attendre la décision des juges ou de l'autorité de concurrence qui pourront sanctionner la pratique anticoncurrentielle. Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont publiées au BOCCRF et sur son site Internet. L'existence de pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique et les marchés qui ont été affectés sont ainsi connus.

Pourquoi agir en justice ?

L'action en justice est primordiale car l'autorité de la concurrence, lorsqu'elle constate des pratiques anticoncurrentielles peut prononcer des sanctions

pécuniaires (amende) mais ne peut pas indemniser l'acheteur public victime de ces pratiques. Les conséquences financières de ces pratiques sont supportées directement par le budget de la collectivité et donc par le contribuable. Il faut donc que la collectivité locale engage une action en réparation contre les auteurs de ces pratiques illicites. Les sommes en jeu sont significatives. La majoration illicite des prix dans la commande publique à l'occasion des pratiques anticoncurrentielles constatées et sanctionnées par l'autorité de la concurrence peut être estimée entre 15 et 30 %.

À défaut d'action de la personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles, un contribuable a la possibilité d'agir en justice à sa place afin d'obtenir réparation du dommage occasionné à la collectivité. Cette action qui est appelée « procédure de l'autorisation de plaider » est subordonnée à certaines conditions. Tout d'abord le contribuable doit adresser une demande d'agir à l'autorité exécutive ou à l'assemblée de la collectivité. Par ailleurs, il faut que la collectivité ait refusé ou négligé d'exercer elle-même l'action envisagée par le contribuable. Si l'action du contribuable aboutit, les sommes indûment perçues par le cocontractant bénéficiaire de l'entente devront être remboursées à la personne publique. Le contribuable quant à lui aura droit au remboursement des frais de justice engagés.

À défaut d'agir pour le compte de la collectivité, certains contribuables pourraient être tentés de faire sanctionner par le juge administratif une carence de l'initiative publique. En effet, l'inaction d'une collectivité publique acheteuse, victime de pratiques anticoncurrentielles, porte préjudice à tout contribuable

Quel est le juge compétent ?

Les marchés publics et les contrats de partenariat sont des contrats administratifs en vertu de la loi, les litiges les concernant sont donc de la compétence du juge administratif. Les litiges portant sur les délégations de service public sont de la compétence du juge administratif puisqu'elles sont conclues par une personne publique dans le but de déléguer l'exécution d'un service public à un tiers. L'action en réparation entreprise par le pouvoir adjudicateur à l'encontre du cocontractant bénéficiaire de la pratique anticoncurrentielle devra être engagée devant le juge administratif, conformément à la décision du tribunal

des conflits ([TC 16/11/2015, C4035- Préfet de la région Ile de France](#)).

A quel tribunal administratif s'adresser ?

Le Tribunal administratif territorialement compétent est celui du lieu où le marché est exécuté. Pour exercer un recours il faut déposer la requête au greffe du Tribunal administratif territorialement compétent ou l'envoyer par courrier avec accusé de réception.

Quel type d'action engager ?

L'acheteur public victime d'une pratique anticoncurrentielle peut agir au choix sur trois fondements :

- ▶ **Il peut demander au juge des dommages et intérêts sur le fondement du dol. (le dol est une manœuvre destinée à tromper une personne et à l'amener à conclure un contrat à des conditions désavantageuses)**

Le dol dans la conclusion d'un contrat est défini par l'article 1109 du code civil qui dispose « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.* »

La pratique anticoncurrentielle constitue un dol puisqu'elle a trompé l'acheteur sur la réalité de la concurrence. La pratique anticoncurrentielle a conduit l'acheteur à accepter le contrat à des conditions plus onéreuses. Il pourra donc agir en réparation contre son cocontractant pour obtenir des dommages et intérêts. L'acheteur public devra évaluer ou faire évaluer les sommes litigieuses, versées abusivement au cocontractant.

- ▶ **Il peut demander au juge du contrat de constater la nullité de celui-ci.**

Cette action est à privilégier car elle est plus simple à mettre en œuvre pour l'acheteur public.

Cependant, il est conseillé de ne recourir à cette procédure que lorsque le contrat a été entièrement exécuté.

En effet, le contrat déclaré nul ne pourra plus faire naître d'obligation à la charge des parties. En conséquence, les parties ne seront pas tenues d'en faire application et ne pourront plus en demander l'exécution. S'il s'agit de travaux, la déclaration de nullité avant l'achèvement total de la prestation aura de lourdes conséquences.

Ce recours se fonde sur l'article L.420-3 du Code de commerce qui dispose que tout contrat conclu à l'issue d'une pratique anticoncurrentielle est nul. Le juge administratif a déjà fait application de ces dispositions par un jugement du Tribunal administratif de Bastia du 6 février 2003 SARL Autocars Mariani C/ Département de la Haute Corse. Le juge administratif dispose que l'attribution d'un marché en méconnaissance des dispositions du Code de commerce entache d'illégalité la procédure de passation du marché.

Si à la suite du recours le juge administratif annule le contrat, la personne publique doit obtenir le remboursement total de toutes les sommes déboursées pour l'exécution du contrat. Le règlement financier intervient alors selon un régime indemnitaire particulier en dehors de toute base contractuelle. Le cocontractant quant à lui pourra demander une indemnisation basée sur la théorie de l'enrichissement sans cause. L'indemnité de l'ex cocontractant au titre de l'enrichissement sans cause est soumise à l'existence de deux conditions :

- l'accord de la personne publique sur les prestations réalisées,
 - l'utilité des prestations fournies pour la personne publique qui devra être démontrée par l'ancien cocontractant.
- ▶ **Il peut demander au juge du contrat la réparation du préjudice subi par le versement de dommages-intérêts.**

En application des textes de transposition 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 ([Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017](#) et [Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017](#) relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles), l'action en réparation est prononcée par le juge administratif.

A quel moment faut-il engager l'action ?

Pour agir en justice à la suite d'une décision de l'autorité de concurrence, l'acheteur public doit attendre qu'elle soit définitive, c'est à dire qu'elle ne soit plus susceptible de recours. En effet, les décisions du Conseil de la concurrence sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris et enfin de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation.

Dans quel délai ?

Le délai de prescription pour agir en justice est celui de droit commun soit 30 ans à compter de la signature du contrat. Il est toutefois conseillé d'agir dès que la décision de l'autorité de la concurrence est devenue définitive ou dès que l'acheteur public dispose d'informations lui permettant d'engager une action en nullité devant le juge administratif.

Contre qui ?

L'action doit être engagée contre le cocontractant. Celui-ci doit être l'un des auteurs de la pratique anticoncurrentielle constatée. Si le cocontractant est un groupement, il faut agir contre toutes les entreprises membres de celui-ci.

Que peut-on demander au juge ?

Selon l'action engagée les prétentions à faire valoir devant le juge seront différentes.

Si l'acheteur public agit sur le fondement du dol, il devra demander des dommages-intérêts et chiffrer sa demande. Il devra aussi fournir des explications détaillées sur les préjudices dont il demande réparation et fournir tous justificatifs. Il est également possible de demander le paiement d'intérêts pour la somme qui sera éventuellement mise à la charge du cocontractant, calculés à partir des dates de paiement du marché.

Si l'acheteur public choisit d'agir sur le fondement de la nullité du contrat, la charge de la preuve afin d'évaluer le juste paiement du marché pèse sur le cocontractant auteur de la pratique anticoncurrentielle. L'acheteur public demande le remboursement de toutes les sommes versées au cocontractant fautif. En revanche, ce dernier devra évaluer les sommes qu'il aura déboursées afin de fournir les prestations à la personne publique. Le remboursement des sommes versées dans le cadre du marché s'accompagnera d'un paiement des intérêts.

Quelles preuves faut-il apporter à l'appui du recours ?

Il faut tout d'abord établir l'existence de la pratique anticoncurrentielle. Lorsque la pratique dont a été victime l'acheteur public a été sanctionnée par le Conseil de la concurrence, il n'y aura pas de difficulté à prouver la faute de son cocontractant. En effet, l'acheteur public peut s'appuyer sur la décision du Conseil de la concurrence si elle est définitive ou sur les décisions de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation.

Cependant, des pratiques anticoncurrentielles de portée limitée peuvent ne pas donner lieu à une décision de l'autorité de concurrence mais à une simple procédure de rappel à la réglementation adressé aux entreprises fautives. L'acheteur public est toutefois informé de la pratique reprochée à son cocontractant afin de pouvoir faire valoir ses droits de victime. Ce dernier pourra ensuite accéder aux informations utiles permettant d'établir son préjudice, après avoir demandé au juge la communication des rapports d'enquête permettant de prouver la pratique anticoncurrentielle.

L'acheteur public doit ensuite établir le prix du marché qu'il aurait payé en l'absence de pratiques anticoncurrentielles s'il agit sur la base du dol. En cas d'action en nullité du contrat, les preuves à apporter se limitent à la qualification de la pratique anticoncurrentielle.

Si l'acheteur public estime que les éléments en sa possession sont insuffisants, il pourra demander au juge de prononcer une mesure d'instruction qui

permettra l'intervention d'experts afin de chiffrer le surcoût pour la collectivité.

En outre, il est possible dans le cadre d'un référé-instruction, de demander au président du tribunal administratif qu'il ordonne toutes mesures utiles d'expertise ou d'instruction afin d'apporter des éclaircissements sur les faits propres au litige. Cette demande doit être présentée soit avant le dépôt de la demande principale (demande en nullité du contrat ou en réparation du dommage) devant le juge administratif, soit pendant l'instruction de la demande principale. La demande doit préciser si elle porte sur une instruction ou une expertise et doit établir son utilité pour la solution du litige. La mesure demandée ne doit pas avoir pour effet de faire juger tout ou partie du litige par le président du tribunal.

Faut-il faire appel à un avocat ?

Le recours à l'avocat est obligatoire à partir du moment où la demande tend au paiement d'une somme d'argent (article R. 431-2 du code de justice administrative). L'acheteur public devra donc recourir à un avocat pour engager son action devant le juge administratif. Le juge administratif pourra condamner l'adversaire à rembourser les frais d'avocat. Cette demande doit être chiffrée.

Comment se déroule la procédure devant le juge administratif ?

La procédure devant le juge administratif est écrite. Cela signifie que l'échange des arguments entre les parties se fait par écrit au moyen de mémoires.

La procédure est contradictoire. Le juge reçoit les arguments de toutes les parties. Il s'assure de la communication des pièces entre les parties.

Lorsqu'une collectivité agit en justice elle doit être représentée par son autorité exécutive (maire, président, ...). Celle-ci doit être autorisée à agir en justice par une délibération de l'assemblée locale.

La possibilité de transiger

La transaction a pour objet de mettre fin à un litige actuel ou à venir par le biais de concessions réciproques. Ce mode de règlement des litiges peut présenter un intérêt pour l'acheteur public dès lors que le cocontractant reconnaît sa responsabilité et souhaite par cette démarche éviter de supporter les frais d'avocat des deux parties. De son côté, l'acheteur public peut espérer un versement plus rapide des sommes qui lui reviennent.

Les collectivités locales peuvent transiger librement. L'assemblée délibérante doit autoriser la conclusion d'une transaction par l'exécutif. La transaction nécessite un contrat qui détaillera l'accord entre les parties aux litiges. La transaction n'a d'effet qu'entre les parties signataires et n'est pas opposable aux tiers. La transaction n'a pas besoin d'être homologuée par le juge.

Ce guide est le résultat des travaux menés par Eugénie Derycke, étudiante en master 2 "Juriste conseil des collectivités territoriales" dans le cadre d'un partenariat entre la DGCCRF et l'université de Paris II Panthéon-Assas, mis à jour en juin 2017 par le bureau 3B.