

N°440348

Société Lacroix City Saint-Herblain

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 avril 2021

Lecture du 27 avril 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Le cartel de la signalisation routière ne vous est pas inconnu. Vous avez déjà eu à connaître des conséquences de cette entente anti-concurrentielle, il y a un an, avec vos décisions du 27 mars 2020¹ et du 10 juillet 2020².

1. Pour mémoire, cette entente de portée nationale a été démultipliée dans les départements et a engendré différents contentieux. Huit entreprises se sont, en effet, entendues sur la répartition et le prix des marchés publics de signalisation routière verticale (fourniture et pose des panneaux) entre 1997 et 2006. Par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a infligé à ces sociétés des sanctions pécuniaires. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 29 mars 2012, a confirmé cette décision tout en diminuant le montant des sanctions prononcées. Le pourvoi en cassation formé contre cet arrêt par certaines des sociétés concernées a été rejeté par la Cour de cassation. Ce cartel conduisait à une répartition des marchés publics entre ses membres avec la fixation de tarifs de référence pour tous les types de marchés, ainsi que des compensations et pénalités à appliquer en cas de non-respect de ces règles.

Les affaires jugées le 27 mars 2020 vous ont permis d'apporter des réponses importantes s'agissant de l'action en réparation quasi-délictuelle, en retenant notamment le principe d'une condamnation solidaire des membres de l'entente. Avec celle du 10 juillet 2020, vous avez précisé les conséquences financières d'une action en contestation de la validité du contrat.

2. Cette nouvelle affaire vous conduit vers la Loire-Atlantique. La société Lacroix Signalisation s'y est vue attribuer cinq marchés par le département, conclus entre 1998 et

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

² N° 420045 -Société Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime

2005, en vue de l'équipement des routes départementales, pour un montant d'environ 15 millions d'euros HT.

A la suite de la décision de l'Autorité de la concurrence précitée, le département de la Loire-Atlantique a saisi, en 2015, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'une demande tendant à la désignation d'un expert, afin de quantifier le préjudice qu'il estimait avoir subi du fait du surcoût affectant les cinq marchés conclus avec la société Lacroix signalisation pendant la période où celle-ci était membre de l'entente. L'expert a conclu à l'existence pour le département d'un préjudice financier estimé à 5 millions d'euros.

Saisi d'une action en réparation quasi-délictuelle par le département, le tribunal administratif de Nantes a condamné la société Lacroix Signalisation à lui verser une somme de 3,7 millions d'euros, que la cour administrative d'appel de Nantes a porté, par l'arrêt attaqué, à 4,1 millions d'euros.

2. Avant d'entrer dans le vif du sujet, un premier moyen relatif à la procédure mise en œuvre par l'expert vous permettra de préciser quelles sont ses obligations.

Il est reproché à l'expert de ne pas avoir tenu de réunion entre les parties avant la remise de son rapport.

L'article R. 621-7 du code de justice administrative prévoit que « *Les parties sont averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée. / Les observations faites par les parties, dans le cours des opérations, sont consignées dans le rapport. »*

Nulle trace d'une obligation de réunion n'en résulte. Il est vrai que la rédaction de l'article R. 532-3 peut laisser penser qu'une réunion serait nécessairement prévue, puisque cet article indique que « *Le juge des référés peut, à la demande de l'une des parties formée dans le délai de deux mois qui suit la première réunion d'expertise, (...) étendre l'expertise (...) »*. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse être lu comme imposant, en toutes circonstances, la tenue d'une réunion, même s'il ne s'en déduit pas très facilement quel est le délai dans lequel les parties peuvent demander une extension de l'expertise si aucune réunion n'est organisée.

Vous n'avez pas eu à vous prononcer sur le point précis de l'obligation ou non de tenir une réunion. En revanche, vous avez déjà précisé quelles étaient les exigences en termes de procédure contradictoire. Le respect du caractère contradictoire de la procédure d'expertise implique que les parties soient mises à même de discuter devant l'expert des éléments de nature à exercer une influence sur la réponse aux questions posées par la juridiction saisie du litige. Lorsqu'une expertise est entachée d'une méconnaissance de ce principe ou lorsqu'elle a été ordonnée dans le cadre d'un litige distinct, ses éléments peuvent néanmoins, s'ils sont soumis au débat contradictoire en cours d'instance, être régulièrement pris en compte par le juge, soit lorsqu'ils ont le caractère d'éléments de pur fait non contestés par les parties, soit à titre d'éléments d'information dès lors qu'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier (23 octobre 2019, *Centre hospitalier Bretagne-Atlantique*, n° 419274, aux Tables).

Autrement dit, les parties doivent pouvoir connaître les éléments sur lesquels l'expert est susceptible de se fonder et lui faire part de leurs observations. Mais cela n'impose ni une réunion, ni même que le projet de rapport final soit soumis au contradictoire. Il nous semble, à cet égard, nécessaire que, dans le respect des garanties que vous avez explicitées, l'expert dispose d'une marge de manœuvre importante pour organiser son travail et notamment apprécier la nécessité ou non d'une réunion avec les parties. L'intérêt de celle-ci sera assez évident lorsque l'expertise porte sur des travaux ou des dommages par exemple. Elle s'impose sans doute moins lorsque l'expertise concerne non pas des lieux mais des documents, par exemple comptables ou financiers, sur lesquels une analyse doit être élaborée.

En l'espèce, l'expert a été vertueux, puisqu'il a même soumis aux parties son pré-rapport avant d'envoyer son rapport final au tribunal administratif, ce qui ne s'imposait pas mais était pertinent en l'espèce au regard de la technicité des méthodes de calcul et des éléments comptables pris en compte.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en retenant qu'il ne résultait pas des textes que l'expert avait l'obligation de réunir les parties et elle n'était même pas, pour ce faire, tenue de relever l'ensemble des éléments présents dans la motivation de son arrêt.

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

Et vous l'avez confirmé s'agissant précisément du préjudice subi du fait des suites d'une entente anti-concurrentielle par votre décision du 27 mars 2020 précitée.

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

Le sujet a donné lieu à un guide pratique établi par la Commission européenne, qui a défini plusieurs grandes méthodes d'évaluation, (notamment la comparaison dans le temps, la comparaison avec un autre marché, des méthodes fondées sur les coûts, etc.)³. Deux grandes catégories en ressortent : d'une part, des méthodes dites comparatives, consistant à « estimer ce qui se serait produit en l'absence d'infraction, en s'intéressant aux périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction ou en s'intéressant à d'autres marchés non concernés par l'infraction », d'autre part, des méthodes fondées sur des simulations (ce qui aurait pu exister sur le marché en l'absence d'infraction). Ce guide souligne toutefois que son énumération n'est pas exhaustive et que d'autres méthodes pourraient être élaborées dans la pratique.

³ Voir étude précitée à l'AJDA, se référant elle-même à : S. Carval et J-F Laborde, *L'évaluation du surcoût causé par une entente anti-concurrentielle : l'expérience française*, Gaz Pal 2016, n° 34

La méthode de la comparaison dans le temps, établissant le surcoût par le prix constaté pendant et après la fin de l'entente est la plus couramment utilisée, en particulier par les juridictions administratives.

Par votre décision du 27 mars 2020, vous avez – implicitement en l'absence d'erreur de droit soulevée – validé le raisonnement d'une cour administrative d'appel qui s'était fondée, pour évaluer l'ampleur du préjudice subi, sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente (sous-entendu les prix appliqués à ces marchés) et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente, en prenant notamment en compte la chute des prix postérieure à son démantèlement ainsi que les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence.

Contrairement à ce que pourrait laisser croire une lecture isolée du seul fichage de cette décision, vous n'avez pas pour autant jugé que cette seule méthode pouvait permettre d'évaluer le préjudice subi du fait d'une entente. L'estimation des prix en est une, la comparaison des taux de marges aussi, notamment. Dans tous les cas, l'idée est de comparer des données pertinentes et de veiller à écarter des facteurs exogènes expliquant une variation des prix ou des marges indépendamment de l'impact de l'entente. Cette nouvelle décision sera donc l'occasion de préciser qu'une diversité de méthodes est utilisable afin d'atteindre cet objectif.

L'expert doit ainsi pouvoir recourir à une diversité de méthodes telles que celles préconisées par le guide de la commission européenne et les juges du fond procèdent, comme nous l'avons dit, à une appréciation souveraine de l'évaluation en résultant.

La difficulté d'établir une sorte de fiction – ce qui se serait passé en l'absence d'entente toutes choses égales par ailleurs – conduit d'ailleurs les experts, notamment en l'espèce, à recourir, pour le même litige, à plusieurs méthodes et à vérifier ainsi la robustesse de leurs hypothèses par un contrôle de cohérence.

C'est ce que la cour a exposé de façon très motivée dans notre affaire, en évoquant les trois méthodes analysées par l'expert, en rappelant l'évaluation retenue par le tribunal administratif sur le fondement des deux premières méthodes et en écartant la troisième, et en reprenant à son tour une analyse précise, vérifiant la pertinence de la première méthode et confrontant son résultat avec celui de la deuxième méthode. Elle n'a en cela commis aucune erreur de droit.

Les moyens soulevés visent à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond sur deux points, portant l'un sur la première méthode (méthode des taux de marge), l'autre sur la deuxième méthode (méthode de comparaison des prix).

Le premier concerne le chiffre de 40 % retenu par la cour pour évaluer la part des produits de signalisation routière verticale dans le chiffre d'affaires réalisé par la société requérante, en moyenne sur la période litigieuse.

En première approche, on peut être surpris que la société requérante souhaite qu'une part supérieure des activités concernées par l'entente soit reconnue (78%), mais ce paradoxe seulement apparent s'explique parfaitement. Plus la part des activités litigieuses dans le chiffre d'affaires de la société est faible, plus le taux de marge litigieux est important et plus le surcoût à rembourser est élevé. Autrement dit, plus l'assiette des activités litigieuses est réduite, plus le taux de marge doit être élevé pour obtenir un fort taux de marge global pour la société. Ceci étant précisé, il est vrai qu'une discussion est possible sur la période de référence prise en compte pour déterminer cette part du chiffre d'affaires (sur une année ou sur une période). Toutefois, nous ne vous proposons pas de censurer l'appréciation souveraine de la cour, qui d'une part s'est fondée sur la décision de l'Autorité de la concurrence retenant un taux de 40 % et d'autre part a précisé que la société requérante ne justifiait pas, par les documents comptables produits, en quoi un autre taux aurait dû être retenu.

Le second point factuel litigieux porte sur la mention de l'arrêt relative à la condamnation de la société pour les activités de signalisation dite plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique), activités pour lesquelles la société conteste avoir été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence. Les écritures des parties sont développées sur ce point, tant sur le point de savoir si ce moyen est opérant que s'il est fondé.

Il ne nous semble pas tout à fait évident de le regarder comme inopérant parce qu'il serait dirigé contre un motif surabondant de l'arrêt.

La cour a, en effet, détaillé les deux méthodes d'évaluation retenues par le tribunal administratif. La troisième méthode de l'expert a quant à elle écarté par le celui-ci, conduisant à juste titre la cour à regarder comme inopérants les moyens dirigés contre cette 3^{ème} méthode.

En revanche, s'agissant des deux autres méthodes, il ressort de l'arrêt que la première est utilisée à titre principal pour chiffrer le surcoût, la cour précisant que la deuxième n'était que « subsidiaire » et « uniquement destinée à vérifier la cohérence » du prix résultant de la première méthode. Elle a ajouté que la deuxième méthode conduisait d'ailleurs à un surcoût supérieur à celui résultant de la première méthode, retenue par le tribunal administratif.

Peut-on vraiment affirmer que si le résultat issu de cette deuxième méthode avait donné lieu à un résultat très différent, l'évaluation finale du surcoût aurait été la même ? Même si la première méthode apparaît décisive dans le raisonnement de la cour et même si elle n'était pas obligatoirement tenue, contrairement à ce qui est soutenu - bien que cela apparaisse pertinent - de recourir à plusieurs méthodes, il n'en demeure pas moins que cette vérification via la deuxième méthode a une place dans l'arrêt, qui ne nous paraît pas pouvoir être véritablement assimilée à un motif surabondant.

Nous relevons en ce sens – sans que cela soit déterminant en droit au regard de son caractère indicatif - que le guide de la Commission évoque l'intérêt possible de l'usage de plusieurs méthodes et précise que lorsqu'elles débouchent sur des résultats analogues, la valeur probante de l'évaluation des dommages est supérieure et peut permettre de déterminer une

borne inférieure. Elle déconseille seulement, en cas de résultats contradictoires, d'effectuer une simple moyenne et invite à en rechercher les causes.

Autrement dit, selon nous, en l'espèce, l'usage de la seconde méthode mentionnée dans l'arrêt ne constitue pas un motif qui se cumule purement et simplement avec un autre, mais plutôt un motif qui vise à valider la solution résultant d'un premier motif, avec l'idée que ce contrôle de cohérence est nécessaire au raisonnement final.

Les juges du fond ne sont pas tenus d'utiliser plusieurs méthodes, mais dès lors qu'ils effectuent un tel contrôle de cohérence, il nous semble difficile de considérer qu'une part de leur raisonnement serait surabondante, même si l'usage de la seconde méthode permettant la vérification a, il est vrai, une portée moindre.

Si vous regardez ainsi ce moyen comme opérant, comme nous le pensons plutôt, il ne nous paraît pas pour autant fondé. Les activités plastiques sont bien distinctes, mais l'Autorité de la concurrence a précisé dans quelle mesure le raisonnement tenu concernait soit ces seules activités (comme c'est le cas s'agissant de l'abus de position dominante dont une autre société a été reconnue coupable), soit l'ensemble des activités de signalisation routière, c'est-à-dire permanente et temporaire (panneaux métalliques) et plastique. Dans ces circonstances, la cour n'a pas dénaturé les faits en citant ces activités comme elle l'a fait, en se fondant sur la sanction prononcée par l'Autorité pour les activités de signalisation routière « au sens large ».

Les autres moyens ne vous retiendront pas :

- La cour a bien répondu à l'ensemble des moyens invoqués par la société requérante, sans se méprendre sur la portée de ses écritures.
- Elle n'a pas commis d'erreur de droit en regardant comme recevable l'appel incident présenté par le président du conseil départemental de la Loire-Atlantique, qui disposait d'une habilitation sur l'affaire litigieuse, quand bien même celle-ci n'évoquait que le rejet de la requête de la société Lacroix. Nous pensons qu'elle l'habilitait ainsi à défendre globalement les intérêts du département dans cette affaire, y compris à former un appel incident, mais, en tout état de cause, le président du conseil départemental disposait aussi d'une habilitation permanente le lui permettant.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la société Lacroix City Saint-Herblain verse au département de la Loire-Atlantique une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.