

Conclusions de Bertrand Savouré,
rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

Partie 1

Entente signalisation

Les huit affaires qui vous sont soumises concernent la partie traitée par le TA de Dijon de l'abondant contentieux relatif au cartel de la signalisation routière.

Rappelons que huit entreprises se sont entendues sur la répartition et le prix des Marchés publics de signalisation routière verticale entre 1997 et 2006. La signalisation verticale se réfère, pour l'essentiel, aux panneaux de signalisation et aux équipements de sécurité et de balisage, par opposition à la signalisation horizontale qui correspond en substance au tracé des voies.

Alertée par des articles de presse, le Conseil de la concurrence, devenu depuis autorité de la concurrence, s'est saisie d'office de la question. Par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a infligé à ces sociétés des sanctions pécuniaires. Cette décision a été confirmée pour l'essentiel par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 mars 2012, laquelle a néanmoins diminué le montant des sanctions prononcées. Cet arrêt est devenu définitif à la suite du rejet du pourvoi en cassation dont il était frappé.

Ce cartel fonctionnait sous la forme de réunions régulières, tenues tous les quatre mois, en vue d'une répartition des marchés entre ses membres et d'une

fixation en commun des remises consenties aux acheteurs selon des règles préétablies.

Etaient ainsi prévues la couverture systématique et complète du territoire national, 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, et la répartition des marchés entre les membres de l'entente.

Durant cette période, la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (AP2R) a conclu des contrats de fourniture et pose de panneaux de signalisation verticale avec six de ces sociétés, la société FCS, la société Signaux Girod, la société Signalisation France, la société Lacroix Signalisation, la société SES et la société Laporte service route.

La société APRR a saisi le TA de Dijon en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi du fait du surprix versé, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle contre les 4 premières entreprises citées, les sociétés SES et Laporte Service Route ayant été placées en liquidation judiciaire en 2011.

Par quatre jugements avant dire droit du 30 juillet 2015, le TA de Dijon a retenu ce fondement de responsabilité et a ordonné une expertise afin de déterminer le montant du préjudice économique subi par APRR pour chacun des marchés concernés.

L'expert a remis ses quatre rapports en juillet 2017.

En cours d'instruction, APRR a toutefois modifié le fondement de sa demande indemnitaire et formé, à titre principal, une action en contestation de la validité des contrats sur le fondement de la jurisprudence Béziers I, accompagnée d'une

demande de remboursement de toutes les sommes versées aux sociétés concernées en application de ces contrats nuls.

Par quatre jugements du 16 juillet 2018, le TA de Dijon a rejeté la demande présentée à titre principale comme étant prescrite sur le fondement de l'article 2224 du code civil. La société était en effet informée avec certitude de l'existence d'un cartel depuis la décision de l'Autorité de la concurrence de décembre 2010. En revanche, le tribunal a fait droit à ses conclusions subsidiaires et condamné, sur le fondement de la responsabilité délictuelle les sociétés FCS, Signalisation France, Signaux Girod et Lacroix Signalisation à verser à la société APRR les sommes respectives de 513 848, 358 303, 227 581 et 118 787 euros.

Par ailleurs, par un jugement du même jour, le TA de Dijon a rejeté comme prescrite la demande de la société APRR tendant à ce que les quatre sociétés dont la condamnation est recherchée soient condamnées in solidum du fait des préjudices subis en raison des contrats passés avec les deux sociétés placées en liquidation judiciaire.

La société APRR interjette appel de ces jugements en tant qu'ils lui sont défavorables. Par voie d'appel principal et/ou incident, les quatre sociétés condamnées contestent quant à elles les condamnations dont elles ont fait l'objet.

Un mot d'abord de la compétence pour vous rappeler que si, en 2015, le tribunal des conflits, abandonnant la jurisprudence entreprise Peyrot, a jugé que les litiges nés de l'exécution d'un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute ressortissent désormais de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, cette juridiction a néanmoins

maintenu pour le passé sa jurisprudence antérieure. (TC 9 mars 2015 Mme R. c/ société autoroutes du sud de la France). Les contrats en litige datant pour les plus récents de l'année 2006, c'est bien l'ancienne jurisprudence qui s'applique de sorte que le présent litige ressortit bien de la compétence de la juridiction administrative.

Sur le fond, il vous reviendra tout d'abord d'examiner les conclusions présentées à titre principal, tendant à contester la régularité du contrat et à obtenir une indemnité sur le fondement quasi-contractuel.

Ce changement de fondement de responsabilité a des implications financières considérables puisque la société victime de l'entente anticoncurrentielle bénéficie alors, en substance, d'une indemnisation correspondant à la marge bénéficiaire et non plus seulement du surprix, les sociétés fautives n'étant alors en droit de ne réclamer pour rémunération que l'équivalent de l'enrichissement de la victime de l'entente (CE 10 juillet 2020 Société Lacroix Signalisation, n°420045 A)

Le tribunal a néanmoins rejeté ces conclusions comme atteintes par la prescription. Maintenir cette solution pourrait paraître audacieux compte tenu des dernières évolutions jurisprudentielles et c'est pourtant vers cette voie que nous vous proposerons de vous engager.

Par sa décision de Section du 1^{er} juillet 2019, Association pour le musée des Iles Saint-Pierre et Miquelon, (n° 412243, A) , le CE a jugé que « commet une erreur de droit la cour administrative d'appel qui rejette la demande formée par une partie à un contrat administratif, contestant la validité de celui-ci au motif que cette action, présentée pendant la durée d'exécution du contrat, était prescrite par application de la prescription quinquennale prévue par l'article 2224 du code

civil, alors que cette prescription n'était pas applicable à l'action en contestation de validité du contrat introduite par cette partie. »

Pour l'application aux faits de l'espèce de ce considérant de principe, le CE réitère qu'aucune règle de prescription n'était opposable à l'action en contestation de validité de la convention en cause « qui a été exercée pendant la durée d'exécution de ce contrat ».

La solution est donc très claire pour le cas, de loin le plus fréquent, où l'action en contestation est présentée en cours de validité du contrat. Mais cette décision du Conseil d'Etat ne tranche pas le cas où l'action est introduite postérieurement à la fin de l'exécution du contrat.

Selon le rapporteur public Alexandre Lallet, c'est la nature même de l'action « Béziers I » qui justifie que cette action n'entre pas dans le champ d'application de l'article 2224 du code civil. Il explique que cette action incorpore par elle-même l'exigence de sécurité juridique, sous-jacente dans les règles de prescription. En effet :

- Elle limite les moyens invocables au nom de l'exigence de loyauté des relations contractuelles
- Elle ordonne les pouvoirs du juge autour de l'objectif de stabilité des relations contractuelles puisqu'il doit privilégier la voie de la régularisation à celle de la résiliation ou de l'annulation
- La résiliation ou l'annulation ne peut être prononcée que s'il n'en résulte pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

En d'autres termes, l'esprit qui préside à l'action en contestation de validité du contrat public est désormais de favoriser l'exécution du contrat et de limiter au maximum les cas d'anéantissement de celui-ci, au prix éventuellement de

mesures de régularisation. La contrepartie de cette moindre efficacité du recours, c'est qu'il peut être exercé pendant toute la durée du contrat, sans qu'aucune règle de prescription ne puisse y être opposée.

Alexandre Lallet expose ainsi que « les parties doivent pouvoir disposer d'une action en régulation des relations contractuelles tout au long de la vie du contrat, sous l'égide d'un juge-arbitre qui dispose de tous les moyens d'assurer la résilience du contrat autant qu'il le mérite et ne peut prononcer l'annulation que dans les cas les plus graves (...) en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ».

Cette analyse ne pose aucune difficulté dans la plupart des cas mais nous nous trouvons, en l'espèce, dans les interstices de l'édifice jurisprudentiel :

D'une part, comme nous l'avons dit, nous sommes clairement dans une situation où le vice est d'une particulière gravité justifiant la nullité du contrat. D'autre part, la contestation de la validité du contrat est invoquée postérieurement à son entière exécution.

Dans ces mêmes conclusions, Alexandre Lallet que nous citons encore évoquait l'éventualité d'un recours contre le contrat introduit postérieurement à son terme et entaché d'un vice d'une particulière gravité justifiant son annulation. Il concédait qu'il serait alors « conceptuellement difficile » d'admettre que l'annulation d'un contrat puisse être recherchée et obtenue indéfiniment après son terme.

Il envisageait alors la possibilité d'une « purge contractuelle » qui pourrait passer soit par un délai de prescription de cinq ans à compter du terme du contrat, par analogie avec l'action en nullité de laquelle cette action en

annulation se rapprocherait soit, et cette solution avait sa préférence, par un délai de forclusion, qui pourrait être de deux mois, comme en matière de résiliation, ou éventuellement d'un an, comme le délai Czabaj.

Nous souscrivons évidemment à l'idée qu'il est difficilement admissible de reconnaître une action perpétuelle en contestation de la validité du contrat.

Mais il nous semble que se contenter de la mise en œuvre d'un simple délai de forclusion risque de fermer très rapidement la porte du contentieux alors que notre espèce démontre bien que la connaissance de la cause de nullité peut être tardive. Pour remédier à cet inconvénient, il faudrait alors faire jouer à plein la possibilité de se prévaloir de circonstances particulières permettant de déroger au délai de principe, comme le prévoit la jurisprudence Czabaj. Mais nous serions alors dans une situation où ces circonstances particulières pourraient être trop facilement invoquées, ce qui reviendrait à le mettre en échec trop facilement, ce qui montre d'ailleurs peut-être que la logique de forclusion n'est pas la bonne.

M. Lallet, comme Mme Le Corre dans ses conclusions sur l'arrêt CE 22 novembre 2019, SNCF mobilité, n° 418645 B, envisagent ainsi également de fixer un délai de prescription prétorien qui pourrait être de cinq ans sans s'appuyer sur un texte de prescription. Cette solution a pour elle les charmes de la cohérence intellectuelle puisqu'elle permet d'écarter en toute hypothèse l'application d'un délai de prescription dont la décision du 1^{er} juillet 2019 a rejeté l'application pour le cas général.

Nous avons néanmoins pour notre part une préférence pour la survivance, pour les situations telles que celle qui nous occupe, d'un délai de prescription.

En dépit des propositions d'une partie de la doctrine favorable à l'autonomie du droit administratif¹, le juge administratif a une tendance nette à continuer à appliquer directement les délais de prescription du code civil sans se référer aux « principes dont [ils] s'inspirent », même depuis l'abrogation en 2008 de l'ancien article 2227 du code civil qui disposait qu'en « matière de prescription, L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les opposer » et qui paraissait fonder l'application directe des textes du code civil en matière de prescription par le juge administratif.

Ainsi, dans un avis récent, le Conseil d'Etat a maintenu une application directe du code civil pour un délai de prescription (article 2224 du code civil) tout en admettant, « en l'absence de toute autre disposition applicable », que les causes d'interruption et de suspension de la prescription biennale instituée par les dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 sont régies par les principes dont s'inspirent les dispositions du titre XX du livre III du code civil. (CE, avis, 31 mars 2017, n° 405797 A)

On peut donc en déduire que l'utilisation des « principes inspirants » en matière de prescription demeure l'exception et qu'ils n'ont ici été appliqués que pour un texte qui ne disposait pas d'un mécanisme propre de suspension ou d'interruption.

En outre, une action telle qu'elle est introduite par les requérants en l'espèce s'apparente en fin de compte à une action en nullité classique « à l'ancienne » puisqu'en cas de succès, elle aboutit à son anéantissement rétroactif pur et simple.

¹ B. Plessix, La réforme de la prescription en matière civile et le droit administratif, RFDA 2008, p. 1219.

Nous vous proposons donc d'appliquer directement le délai de prescription quinquennale prévu par le code civil, ce qui revient à valider en substance la position du TA.

Précisons néanmoins, même si cela n'a pas de conséquence pratique, que ce n'est pas l'article 2224 du code civil qu'il faut appliquer mais l'article 1304 de ce même code, dans sa rédaction alors applicable et maintenu en vigueur pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016.

Cet article disposait « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. / Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts. (...) ».

Précisons également que, pour ce qui est du volet contractuel du litige, l'article L. 482-1 du code de commerce qui instaure un délai de prescription de cinq ans en matière l'action en dommage et intérêts fondée sur une pratique anticoncurrentielle ne nous paraît pas non plus applicable dès lors que cette action se rattache de toute évidence exclusivement à un fondement délictuel ou quasi-délictuel. En effet, il se réfère directement à la faute que constitue la pratique anticoncurrentielle et l'article L. 481-3 définit les préjudices indemnifiables comme le surcoût, le gain manqué, la perte de chance et le préjudice moral.

Le caractère quasi-délictuel de cette action est affirmé par la décision du CE n° 420491 du 27 mars 2020 Société Signalisation France, même si elle n'exclut pas explicitement son application en matière contractuelle.

Nous vous proposons donc de vous en tenir à l'article 1304 du code civil dans sa rédaction alors applicable. Précisons pour finir que si le fondement que nous vous proposons de retenir n'est plus en vigueur aujourd'hui, cela ne confèrera pas pour autant un caractère archéologique à votre décision puisqu'une règle similaire peut aujourd'hui être tirée de la combinaison des articles 1144 et 2224 du même code dans leur rédaction aujourd'hui applicable.

La société APRR conteste l'application de cette règle de prescription avec essentiellement deux arguments :

- Elle estime qu'elle ne peut être regardée comme ayant eu une connaissance suffisante du dol tant que la Cour de cassation ou à tout le moins la Cour d'appel n'avait pas rendu un arrêt définitif sur le recours introduit contre la décision de l'autorité de la concurrence, soit le 29 mars 2012 ou le 28 mai 2013 suivant les cas, de sorte que la demande introduite le 29 mars 2017 ne serait pas prescrite.
- Dans un second temps, elle estime qu'en tout état de cause, le délai a été interrompu par application de l'article L. 462-7 du code de commerce.

Vous écarterez facilement le premier argument. Certes, il est jugé de longue date par la Cour de cassation que le simple « soupçon » de dol est en soi insuffisant pour emporter connaissance du dol (Civ. 1re, 31 mai 1972, Bull. civ. I, n° 142, au sujet de l'authenticité d'un tableau).

Toutefois, lorsque l'autorité de la concurrence a rendu une décision estimant que la société requérante avait été victime d'une pratique anticoncurrentielle, on a alors plus que largement dépassé le stade du soupçon, quand bien-même un recours avait été intenté contre cette décision. La pratique anticoncurrentielle

était alors connue de la requérante et la simple existence préalable d'un recours en responsabilité sur le fondement délictuel suffit à le démontrer.

Et si la société AP2R fait valoir que cette décision ne lui a pas été notifiée, il n'en demeure pas moins qu'elle a été publiée et qu'il est totalement invraisemblable qu'elle l'ait ignoré. Pour tout dire, il est d'ailleurs tout aussi peu vraisemblable qu'elle n'ait appris l'existence de l'entente qu'à cette occasion, le stade du simple soupçon pouvant déjà être regardé comme ayant été dépassé lorsque les documents relatifs à cette entente ont été perquisitionnés dans le cadre d'une commission rogatoire en 2006, ce qu'elle n'a probablement pas manqué d'apprendre très rapidement.

Quoi qu'il en soit, dans un autre fameux contentieux d'entente anticoncurrentielle, subi cette fois par la SNCF, le Conseil d'Etat a jugé que la victime avait été en mesure de connaître de façon suffisamment certaine l'étendue de ces pratiques au vu de la décision du 21 mars 2006 du Conseil de la concurrence (CE 22 novembre 2019, SNCF mobilité, n° 418645 B précité).

Vous pourrez facilement balayer cette argumentation présentée en défense et affirmer sans crainte que le dol était connu de la requérante au moins lorsque l'avis de l'autorité de la concurrence a été rendu en 2010.

Sur le second argument, précisons que dans sa version issue de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'article L. 462-7 du code de commerce prévoyait que « l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence (...) interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive. »

La société requérante estime donc que, compte tenu de l'article 2222 du code civil qui dispose en substance que la loi qui allonge la durée d'une prescription s'applique lorsque le délai de prescription ou le délai de forclusion n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur, il doit être considéré que la prescription a été interrompue et doit être regardée comme ayant repris au jour où la juridiction compétente a rendu une décision définitive.

Mais pour séduisante qu'elle soit de prime abord, cette argumentation ne nous paraît pas résister à l'analyse. En effet, l'article 2222 porte sur les lois allongeant un délai de prescription. Or l'article L. 462-7 du code de commerce n'allonge pas un délai de prescription mais instaure une cause d'interruption, ce qui est un peu différent. De plus, cette cause d'interruption ne vaut que pour les procédures ouvertes devant l'autorité de la concurrence après l'entrée en vigueur du texte. Il est particulièrement constructif de le transposer, par un « a fortiori » à une procédure déjà ouverte et même déjà fermée et qui a déjà donné lieu à un arrêt de la cour d'appel et de la cour de cassation, en vue de bénéficier uniquement des dispositions relatives à la date de reprise du délai de prescription.

En définitive, il nous semble donc qu'après avoir corrigé le fondement textuel qu'il a utilisé, vous pourrez valider la position adoptée par le TA et rejeter comme prescrites les conclusions présentées sur le fondement de la nullité du contrat.

Nous vous proposons donc d'examiner directement le volet délictuel du litige.

Sur l'existence d'une faute, celle-ci ne fait pas de doute compte tenu des pratiques anticoncurrentielles avérées et reconnues par la CA de Paris confirmée

en cela par la Cour de cassation, dont se sont rendues coupables les entreprises dont la responsabilité est recherchée.

En ce qui concerne plus particulièrement la société FCS, on peut néanmoins s'interroger sur son étendue.

Selon l'avis de l'autorité de la concurrence, elle n'aurait en effet participé à l'entente que pendant une durée de quatre ans. Le TA de Dijon, qui avait fait porter l'expertise sur la période 1998/2004, a néanmoins retenu comme période d'indemnisation la période 2002-2006, conformément aux préconisations de l'expert qui se réfère à « la période indiquée par l'autorité de la concurrence ».

Mais ce n'est pas, a priori, ce qu'a dit l'autorité de la concurrence qui s'est bornée à estimer, compte tenu du caractère intermittent de sa participation au cartel, que le montant de sa sanction devait être évalué sur la base d'une participation sur une période de 4 ans.

La société FDS, qui admet avoir participé de 2002 au 10 mai 2015, date à laquelle, selon elle, elle aurait été écartée du cartel, estime donc que doit être prise en compte seulement la période 2002-2004. On ne sait pas pourquoi le début de l'année 2015 devrait être exclu.

Mais quoi qu'il en soit, ce raisonnement ne peut être validé. Comme l'indique la société AP2R dans ses écritures d'appel, l'Autorité de la concurrence relève que FCS (point 238) était bénéficiaire de certains marchés dès 1999. Et par ailleurs, il ressort du point 95 de l'avis qu'elle n'était qu'en attente de classement sur liste noire et que son dirigeant était présent à la réunion qui s'est tenue dans le restaurant le Pré Catelan à Paris, en mars 2006, le jour de la perquisition à l'origine de la procédure.

Même si la charge de la preuve repose sur la société AP2R, il nous semble que du point de vue de l'administration de la preuve, la participation établie de la société FCS au Cartel est suffisante pour engager la dialectique et qu'il lui revient donc de justifier les périodes au titre desquelles elle n'en aurait pas fait partie, ce qu'elle ne fait pas. Elle doit donc d'après nous être regardée comme engageant sa responsabilité sur l'ensemble de la période. Au demeurant, en admettant même qu'elle l'établisse, il demeurerait le problème tenant à ce qu'elle avait connaissance de l'entente et que même dans les périodes au titre desquelles elles n'y participait pas officiellement, cela pouvait avoir une influence sur son comportement lors des appels d'offre, par exemple dans l'optique de la réintégrer.

Nous vous proposons donc, contrairement à ce qu'a jugé le TA de Dijon, de reconnaître la responsabilité de cette société sur l'ensemble de la période.

Il est aussi soutenu en défense que la société APRR n'aurait pas subi de préjudice dans la mesure où, à l'époque des faits, l'actionnaire majoritaire de cette société était l'Etat alors qu'elle a depuis été privatisée. Mais c'est bien la personne morale AP2R qui a subi le préjudice, peu importe la composition de son actionnariat.

Nous pouvons donc passer à la délicate question de l'évaluation du préjudice.

Précisons à titre liminaire que vous n'êtes pas liés par l'analyse de l'Autorité de la concurrence, qui a estimé le surpris sur le marché entre 5 et 10% a minima, dès lors que cette estimation répond à un autre objectif que le nôtre relatif à l'impact de l'entente sur l'ordre public économique, sans correspondance

immédiate avec le surcoût résultant des pratiques anti-concurrentielles ayant affecté des marchés publics déterminés qui est seul indemnisable.

Comme nous l'avons dit au début de notre exposé, le TA de Dijon a ordonné une expertise pour évaluer le préjudice, ce qui n'est pas aisé puisqu'il faut estimer, en substance, la différence entre le montant effectivement payé et le montant qui aurait dû être payé en l'absence de pratique anticoncurrentielle.

Sans entrer dans les détails, l'expert se réfère à un document élaboré par la Commission européenne, qui prend la forme d'un guide pratique proposant plusieurs méthodes permettant d'évaluer ce type de préjudice :

D'après le guide, les méthodes les plus couramment utilisées, qualifiées de comparatives, consistent 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 à d'autres marchés non concernés par l'entente, éventuellement affinées par le recours à des techniques économétriques.

D'autres méthodes se fondent sur des modèles économiques adaptés au marché réel afin de simuler ce qui aurait pu exister sur le marché en l'absence d'entente anticoncurrentielle. Parmi ces autres méthodes figurent celles qui sont fondées sur les coûts de production auxquelles on ajoute un marge bénéficiaire « raisonnable » ou encore celles qui sont basées sur des méthodes financières prenant pour point de départ les résultats financiers du demandeur ou du défendeur.

L'expert a choisi de retenir une méthode par comparaison en comparant, pour un échantillon de produits, la moyenne des prix réellement pratiqués par l'ensemble

des membres du cartel pendant l'entente avec un échantillon représentatif des prix remis par des acteurs commercialisant des produits similaires et opérant sur le même marché.

Pour les éléments concrets d'évaluation du préjudice, l'expert s'est basé sur un rapport d'évaluation fourni par un cabinet commandité par la société AP2R.

L'expert a cependant demandé l'établissement de notes complémentaires, a procédé à des vérifications en particulier sur les éléments chiffrés fournies par la société APRR, a étudié les contre-propositions faites par les sociétés concernées.

Compte tenu de ce que l'entente a couvert la quasi-totalité du marché national, contaminant ainsi une bonne partie des points de comparaison potentiels, l'expert a décidé de comparer les prix effectivement pratiqués pendant la période d'entente avec ceux qui ont été pratiqués pendant la période du 15 mars 2006, soit le lendemain de la période d'entente, au 1^{er} janvier 2012. Les prix ont été actualisés pour être fixés en euro constant à une date déterminée.

Les prix comparés ont subi un abattement de 30 % pour tenir compte de la composante génie civil des marchés, laquelle n'est pas impactée par l'entente.

En définitive, le cabinet commandité par la société AP2R qui aboutissait à un surpris de 38 %, tout en retenant finalement un surpris moyen de 30 %, qualifiée d'hypothèse « conservatrice ». Autrement dit, la société AP2R a pratiqué un abattement sur le résultat de sa propre méthode afin de rendre ses résultats incontestables. L'expert s'est approprié ce résultat.

Cette méthode était séduisante même si, comme il est relevé en défense, elle souffre naturellement d'approximations et ne permet pas une « individualisation

» du préjudice pour chaque marché et chaque société. Cette individualisation est de toute façon impossible, tout comme le calcul au centime près le préjudice subi. Mais vous êtes familier de ce genre de situation et si l'exacte appréciation du préjudice est impossible comme en l'espèce, il vous revient alors classiquement d'en faire une appréciation la plus juste possible, avec un degré d'approximation raisonnable.

Mais pour séduisante qu'elle soit, elle souffrait de défauts et en particulier, parmi les nombreuses critiques faites par les sociétés de signalisation contre cette expertise, deux nous paraissent poser des difficultés majeures.

En premier lieu, sur le fond, les sociétés critiquent l'absence de répercussion du surpris ainsi calculé sur les usagers d'autoroute. Lors des opérations d'expertise, certaines sociétés dans leurs dires ont clairement demandé que cette répercussion soit pratiquée par l'expert.

Ce dernier s'est borné à répondre que cette prise en compte des répercussions de prix, nommée suivant l'anglicisme de « passing on defence », est « contestée par certains économistes et la position du juge sera primordiale dans ce type d'affaire ».

Il est regrettable que l'expert ait ainsi botté en touche car, contrairement à ce qu'il affirme, l'évaluation intégrale du préjudice économique subi ressortissait bien de sa mission. Certes, il revient au juge de décider si ce surpris doit être inclus dans le préjudice mais cela ne le dispensait pas d'étudier l'hypothèse où le juge tiendrait compte de ce paramètre dans l'évaluation de son préjudice.

Or, il nous semble clair que cet élément doit être pris en compte. En effet, dans son livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles

communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008, la commission européenne a estimé que les auteurs d'infractions [doivent] être autorisés à invoquer la possibilité que le surcoût ait été répercuté [sur les clients de la victime]. Elle se justifie en expliquant que la négation de ce moyen de défense pourrait entraîner l'enrichissement sans cause des acheteurs qui ont répercuté le surcoût et une réparation multiple injustifiée, par le défendeur, pour les surcoûts illégaux imposés.

Postérieurement à ce livre blanc, une directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 a été édictée et transposée par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017, relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 481-4 issu de cette ordonnance précise que « L'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur auteur de la pratique anticoncurrentielle. »

Ce texte n'était pas applicable à notre espèce mais il nous semble que vous pouvez vous approprier les préconisations du livre blanc de la commission et donc intégrer de manière prétorienne la répercussion du surpris dans votre évaluation.

Or, comme l'a relevé l'autorité de la concurrence dans un avis du 17 septembre 2014, lorsqu'un contrat de plan a été signé avec l'État (ce qui est le cas en l'espèce), les tarifs des péages sont fixés par la société concessionnaire selon des modalités définies par ce contrat. En pratique, l'entreprise bénéficie d'une hausse garantie plus avantageuse (80 ou 85 % de l'inflation) à laquelle s'ajoute une hausse supplémentaire correspondant à la compensation des investissements mis à la charge des SCA par le concédant dans le cadre du contrat de plan.

Dans ces conditions, il est difficile de soutenir que le surpris n'a pas été répercuté, au moins en partie, sur les paysages.

En résumé, il nous semble que vous devez juger que ce surpris doit être pris en compte et que seule une expertise permettrait de l'évaluer. Par conséquent, le résultat de l'expertise nous paraît incomplet.

En second lieu, sur la forme, l'expertise est contestable du point de vue du contradictoire, dans la mesure où elle se fonde essentiellement, comme nous venons de le dire, sur une étude faite par un cabinet mandaté par la société AP2R mais dont une grande partie des éléments n'ont pas été communiqués car couverts par le secret des affaires.

En effet, alors que l'étude était basée sur une comparaison des prix avant et après l'entente, la société AP2R a refusé de communiquer les prix après entente au motif que ces informations étaient susceptibles de divulguer la stratégie des entreprises concurrentes.

L'expert avait fait part de cette difficulté au président du TA de Dijon qui avait validé la proposition de l'AP2R de communiquer l'ensemble des données relatives aux prix des marchés conclus pendant l'entente et les « prix de référence » résultant du calcul basé sur les prix pratiqués après la fin de l'entente, sans communiquer le détail de tels prix.

Mais pour ce qui nous concerne, nous avons du mal à cerner en quoi consiste ce « prix de référence ». En tout cas, nous ne sommes pas parvenus à déterminer ce qui avait été réellement communiqué à l'issue de ce courrier et rien ne permet d'affirmer que l'expert ait exclu les données couvertes par le secret

professionnel. Tout porte même à croire le contraire, dès lors qu'il a manifestement repris les données fournies dès le départ par le cabinet mandaté par AP2R.

Ce qui paraît clair, c'est que les parties n'ont pas pu discuter utilement des prix post entente.

Par ailleurs, la circonstance que des éléments soient couverts par le secret des affaires, ce qui est évidemment bien le cas ici, ne permet pas de s'affranchir des règles du débat contradictoire. Ainsi, il est de jurisprudence constante en ce qui concerne le débat contradictoire devant le juge, que les règles générales de la procédure contentieuse interdisent au juge de se fonder sur des pièces qui n'auraient pas été soumises au débat contradictoire, en particulier dans le cas où cette absence de communication tient à ce que les documents sont couverts par un secret garanti par la loi (v. en ce sens, CE, Ass. 6 novembre 2002, n° 194295 ou, plus récemment CE 23 décembre 2016 section française de l'observatoire international des prisons n° 405791).

Cette solution est évidemment transposable pour le débat devant l'expert, étant précisé que le jugement qui se fonde sur une expertise non contradictoire est en principe entaché d'irrégularité (CE, 10 juillet 1987, Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage, n° 67421, B). Et si le juge peut utiliser un rapport d'expertise non contradictoire s'il résulte de l'instruction que le défaut de contradictoire est resté sans influence sur la réponse donnée par l'expert aux questions qui lui sont posées. (CE, 15 octobre 2018, n° 413937, B), il est évident en l'espèce que l'absence de contradictoire a eu une influence puisqu'il porte sur les éléments d'évaluation de la méthode, laquelle résulte en réalité quasi-intégralement de l'évaluation faite par le cabinet mandaté par la société AP2R.

Il nous semble que si une méthode ne permet pas de respecter le principe du contradictoire en raison du secret des affaires, alors il faut trouver une autre méthode d'évaluation ou, au pire, constater son échec à finaliser l'expertise et fournir au juge les éléments en sa possession. Mais cette extrémité ne pouvait de toute évidence pas se produire en l'espèce puisque l'expert a relevé lui-même qu'il existait plusieurs méthodes d'évaluation possibles.

Nous ferons l'économie d'évoquer les autres critiques de la méthode dès lors que, si vous nous suivez, vous devrez ordonner une nouvelle expertise qui devra évaluer le préjudice suivant une autre méthode.

En ce qui concerne les incidences concrètes de ces irrégularités, vous pourrez prononcer, comme c'est demandé, l'annulation du jugement dans les dossiers 18LY03518, 18LY03566 18LY03562 et 18LY03581. Dans les dossiers dans lesquels l'annulation n'est pas demandée, vous ne pourrez pas vous substituer aux parties dans la mesure où il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public. Ceci n'aura cependant pas d'incidence concrète majeure dans la mesure où cela ne fait pas obstacle à ce que vous demandiez un complément d'expertise dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel.

Enfin, s'il est demandé l'actualisation de la somme à mettre à la charge de la société Lacroix Signalisation correspondant au surpris qu'elle dit avoir supporté lors de la conclusion du contrat pendant la période d'entente anticoncurrentielle, elle est seulement fondée à ce titre, le cas échéant, à obtenir l'application des intérêts au taux légal, lesquels suffisent, en l'absence de démonstration d'un préjudice distinct, à réparer pour le créancier d'une somme d'argent le préjudice né de l'indisponibilité de cette somme.

Enfin, s'agissant de la requête n° 18LY03551 tendant à condamner les défenderesse in solidum pour les préjudices causés par les sociétés SES et Laporte service Route, aujourd'hui en liquidation judiciaire, celle-ci a été introduite le 29 mars 2017 et est atteinte par la prescription quinquennale, qui est également le délai applicable en matière quasi-délictuelle (v. en ce sens, CE 27 mars 2020 société signalisation France n° 420491 précité). Nous vous renvoyons sur ce point à nos développements précédents sur le volet quasi-contractuel du litige.

Par ces motifs, nous concluons

- Au rejet de la requête n° 18LY03551
- A l'annulation des jugements dans les dossiers 18LY03518, 18LY03566 18LY03562 et 18LY03581
- A ce qu'une nouvelle expertise soit réalisée et permettant, dans le respect du contradictoire, de prendre en compte une éventuelle répercussion du surpris sur les usagers
- au rejet du surplus des conclusions tendant à la contestation de la validité des contrats.