

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

Partie 2

Entente signalisation Lyon

Nous pouvons maintenant examiner les trois dossiers d'entente relatifs aux marchés de signalisation autoroutière, qui concerne cette fois les marchés passés par la société AREA, filiale de la société AP2R et qui est concessionnaire d'une partie du réseau d'autoroute, correspondant pour l'essentiel à la zone située dans le quart sud-est de l'agglomération lyonnaise.

Cette société a été victime de l'entente, en particulier en ce qui concerne les contrats passés avec les sociétés Signature SA, devenue depuis Signalisation France, SES et Laporte service route. La société SES étant placée en liquidation judiciaire, elle n'a pas fait l'objet d'un recours.

La société AREA a en revanche introduit une requête en réparation du préjudice subi du fait de l'entente à l'encontre des deux autres sociétés. Par deux jugements avant dire droit du 13 juillet 2016, le TA de Lyon a reconnu la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés de signalisation routière et a ordonné des expertises pour l'évaluation du montant des préjudices subis par AREA.

Par une ordonnance du 13 octobre 2016, il a été donné acte à la société AREA du désistement de sa demande dirigée contre la société Laporte Service Route, placée en liquidation judiciaire.

La procédure s'est donc poursuivie contre la seule société Signalisation France, avec laquelle elle a conclu 7 contrats au cours de la période courant entre 2000 et 2004.

Cette dernière a fait appel du jugement ADD du 13 juillet 2016 mais sa requête a été rejetée par un arrêt du 5 octobre 2017.

L'expert, qui était le même que dans les dossiers jugés par le TA de Dijon, a rendu son rapport le 29 janvier 2018 en appliquant les mêmes méthodes. Il a évalué le préjudice à 907 288 euros.

De même, comme la société AP2R, la société AREA a modifié en cours d'instance ses conclusions pour contester en principal la validité du contrat, dans l'espoir d'obtenir une indemnisation plus forte sur le fondement quasi-contractuel (enrichissement sans cause).

C'est là que les contentieux divergent car, contrairement au TA de Dijon qui a entériné le rapport de l'expert, le TA de Lyon a rendu un nouveau jugement avant dire droit, par lequel il a constaté que

l'expertise était entachée des mêmes défauts que ceux que nous avons mentionné dans les précédents dossiers et il a par conséquent ordonné une nouvelle expertise. En revanche, comme le TA de Dijon, il a rejeté les conclusions présentées sur le fondement quasi-contractuel comme étant prescrites.

Par sa requête n° 18LY03524, la société AREA interjette appel de ce jugement avant dire droit.

Le nouvel expert a rendu un nouveau rapport le 24 avril 2019 et a abouti à une forte réduction du montant du préjudice, désormais évalué à 353 500 euros.

Par un jugement du 22 juillet 2019, le TA de Lyon a, pour l'essentiel, fait siennes les conclusions du second expert et a condamné la société Signalisation France à verser à AREA la somme de 350 000 euros, assortie des intérêts à compter du 17 juin 2013 et de leur capitalisation l'année suivante, sur le fondement quasi-délictuel. Les premiers juges ont aussi mis à la charge de la société Signalisation France les frais des deux expertises.

Par sa requête enregistrée sous le n° 19LY03627, la société AREA interjette appel de ce second jugement.

La société Signalisation France conclut au rejet de la requête et présente à titre incident des conclusions tendant à la réduction du montant de sa condamnation.

Enfin, comme dans les affaires devant le TA de Dijon, la société AREA a demandé, en mars 2017, la condamnation de la société Signalisation France à l'indemniser des préjudices subis du fait de la conclusion de contrats avec les sociétés Laporte Service Route et SES, au titre de son obligation in solidum envers les autres membres de l'entente.

Par sa troisième requête, présentée sous le n° 19LY03655, la société AREA interjette appel du jugement par lequel le TA de Lyon a rejeté cette demande comme prescrite.

Nous passerons rapidement sur cette troisième requête, que vous pourrez également rejeter en confirmant le TA, pour les mêmes motifs que ceux que nous avons évoqué dans le dossier équivalent concernant la société AP2R.

De même, vous pourrez rejeter les conclusions présentées sur le fondement quasi-contractuel dans le cadre d'une contestation de la validité du contrat en faisant application de la prescription quinquennale, pour les mêmes raisons que dans les dossiers AP2R.

Vous pourrez donc vous borner à examiner la responsabilité quasi-délictuelle.

Précisons au préalable que vous pourrez écarter le moyen tiré de l'insuffisance de motivation du jugement. Celui-ci se réfère clairement au montant évalué par le second expert, même si les premiers juges ont fait le choix d'arrondir le montant de l'indemnité à 350 000 euros dans le cadre d'une « juste appréciation » du préjudice.

La société AREA, qui est insatisfaite de la nouvelle expertise, soutient ensuite que la méthode contrefactuelle utilisée par le premier expert judiciaire était la plus appropriée et il reproche au TA d'avoir conféré une portée absolue au principe du contradictoire au mépris des motifs d'ordre public impérieux justifiant la protection du secret des affaires.

Mais comme nous l'avons dit dans les dossiers précédents, le TA a au contraire eu raison de donner une portée absolue au principe du contradictoire. Il était tenu de faire procéder à une nouvelle expertise, d'autant qu'il fallait également, comme nous l'avons dit, inclure dans l'évaluation la prise en compte de la répercussion du surprix sur les usagers.

Reste à savoir si la nouvelle méthode proposée est appropriée, ce que conteste la société AREA.

Le nouvel expert a tout d'abord défini sur quels marchés allait porter l'évaluation du préjudice. Sept marchés sont potentiellement concernés mais après avoir constaté que trois d'entre eux posaient difficulté, il en a finalement retenu six.

Il a ensuite décidé de faire la moyenne des résultats de deux méthodes :

- Une première méthode qui est similaire à celle de son confrère, consistant à comparer sur ces marchés les prix antérieurs et postérieurs à l'entente et à indemniser de la différence.
- Une seconde méthode consistant à appliquer aux six marchés une réfaction correspondant à l'évolution de la marge brute avant et après l'entente.

La méthode de l'expert est critiquée à plusieurs niveaux.

Tout d'abord, les marchés retenus sont contestés. Comme nous le disions, trois des sept marchés posaient difficulté :

- L'expert a d'abord estimé qu'il fallait purement et simplement écarter le marché n° 745IE02 en faisant valoir qu'il ne portait pas que sur des produits concernés par l'entente mais également sur des panneaux à usage variable.
- Il a ensuite relevé, s'agissant du marché n° 200 2003 que le seul document transmis était une fiche récapitulative, mettant ainsi en doute son existence même. Il a décidé d'évaluer l'éventuel surprix pouvant résulter de ce marché tout en ajoutant qu'il reviendrait à la juridiction d'apprécier s'il convenait de l'inclure ou non dans l'évaluation du préjudice.

- Enfin, il a relevé que le marché n° 0850EX03 était spécifique compte tenu de ce qu'il portait sur de la signalisation provisoire incluant essentiellement des prestations. Il l'a donc écarté de la première méthode qui n'est pas adaptée à un marché constitué essentiellement de prestations mais pas de la seconde, basée sur la marge brute. En ce qui concerne ce marché, l'évaluation ne résulte donc pas d'une moyenne des deux méthodes mais de la seule application de la seconde méthode.

Les requérants débattent donc du choix d'inclure ou non ces marchés.

Sur le marché n° 745IE02, il nous semble que vous pourrez confirmer le TA qui a refusé de le prendre en compte au motif qu'il ne portait pas uniquement sur des produits concernés par l'entente et qu'il a été attribué à la société Traffic Systems. Si on peut s'interroger sur le fait de mettre en avant le fait qu'il ne « porte pas uniquement sur des produits concernés par l'entente », puisque cela implique en creux qu'une partie au moins porte sur ces produits, il n'est pas contesté que cette société intervient exclusivement dans la signalisation dynamique qui n'était pas concernée par l'entente. Dans ces conditions, vous ne pourrez qu'écarter les pures allégations de la société Area suivant lesquelles 30 % du marché portait sur des produits soumis à l'entente. Dès lors, et même s'il n'est pas non plus contesté que la société Traffic Systems est une filiale à 100 % de la société Signalisation France, vous pourrez écarter ce marché de l'évaluation du préjudice, comme l'a fait l'expert.

Sur le marché 2002003, le TA a estimé « qu'en l'absence de contestation du montant payé par la société AREA (...), la société requérante est fondée à demander la réparation du préjudice résultant du surcoût payé au titre de ce marché. »

La société Signalisation France fait valoir que l'expert n'a pas pu procéder à une analyse complète de ce marché, mais il lui revenait dans ce cas de fournir des éléments plus précis et ce reproche fait à l'expert revient, nous semble-t-il, à alléguer de sa propre turpitude. Certes, la charge de la preuve repose sur la société Area, mais il vous revient aussi de tirer les conséquences de l'abstention de la société signalisation France à fournir des éléments en sa possession, alors que l'existence de ce marché est établie. Nous vous proposons de tenir compte de ce marché pour l'évaluation du préjudice.

Enfin, sur le marché 0850EX03 portant sur la signalisation provisoire de chantier, rien ne permet d'affirmer que ces prestations étaient exclues de l'entente et comme le fait valoir soutient AREA, ce marché impliquait la fabrication de panneaux et ne pouvait être exécuté que par des acteurs de la signalisation routière. La société Signalisation France soutient que ce marché a été attribuée à la société Farcor mais cette société était une filiale à 100 % de Signature SA (devenue Signalisation France) et l'expert relève qu'elle bénéficiait, à ce titre, d'un « prix de protection ».

Les parties discutent ensuite des méthodes d'évaluation :

Sur la première méthode, c'est-à-dire la méthode par comparaison, l'expert a fait feu de tout bois pour éviter l'obstacle du secret des affaires. Mais toutes ses démarches, que ce soit auprès des autres sociétés concessionnaires d'autoroute, de la direction Centre Est de Lyon, de la Direction Régionale Grand Est de Strasbourg, des fournisseurs de panneaux et même de la CADA se sont soldées par des échecs.

Il explique cependant au bout de l'exposé de ses démarches que « compte tenu des quelques informations disponibles, il a été néanmoins possible d'établir deux analyses différentes permettant de définir un surcoût ». Nous sommes dubitatifs car nous ne voyons pas quels éléments l'expert a bien pu prendre en compte pour définir les prix postérieurs à l'entente.

Néanmoins, les deux parties semblent se satisfaire de cette situation et, en particulier, la société Signalisation France se satisfait de ce que le second expert s'est référé directement aux prix pratiqués par elle pendant l'entente sans faire de moyenne avec les prix pratiqués par les concurrents, comme cela avait été fait dans la première expertise. Elle estime donc que cette fois, les prix sont suffisamment individualisés. Vous n'aurez donc pas à examiner la régularité de cette seconde expertise.

M. Etiévent valide comme son prédécesseur la méthode proposée par le cabinet Nera tout en modifiant un peu le calcul, qui avait abouti à un surpris de 38,6 % tout en retenant finalement une hypothèse « conservatrice » de 30 %. Il a néanmoins estimé que la partie Génie civil, représentant 30 % du marché, n'était pas impactée par l'entente et a fait une réfaction sur le surpris de 30 % aboutissant à réduire le surpris à 21 %, alors que le premier expert pratiquait cet abattement directement sur le montant du marché.

Sur cette première méthode, si nous comprenons bien, la seconde expertise aboutit donc à un taux de surpris moindre mais portant sur des montants plus élevés. Cette modification est néanmoins moins favorable à la défenderesse puisqu'elle aboutit à diminuer assez fortement l'évaluation du surpris.

Sur la seconde méthode, il a été constaté que le taux de marge brute variait de 39 % à 33 % entre en 2000 et 2003) alors qu'à partir de 2007, après l'entente, il chutait à 22 %

L'expert a néanmoins dû reconnaître que sur les années 2004 et 2005 également incluses dans l'entente, le taux de marge brute était de « seulement » 23 et 25 % soit un taux proche de celui qui a été constaté après l'entente. L'expert propose cependant d'écarter ces taux et de retenir celui de 2003 en estimant que cette baisse du taux de marge brute s'expliquerait par une « forte réorganisation ayant abouti à une restructuration significative de la société »

La société Signalisation France conteste cette approche et fait valoir que la baisse du taux de marge brute n'est pas la conséquence de la restructuration mais en est la cause, la conduisant à mettre en place un plan social.

Mais sur ce point, nous n'avons pas plus d'élément à notre disposition que l'expert et vous ne pourrez donc que valider ses observations.

En application de cette seconde méthode, le surpris est de 17 % en 2000 et 2001, 14 % en 2002 et 11% en 2003. Ce taux de 11 % a donc été appliqué aussi aux années 2004 et 2005 au titre desquels la faible différence de marge brute a été considérée comme ne pouvant pas être prise en compte. Pour rappel, ces taux peuvent donc être comparés avec le surpris de 21 % résultant de l'application de la première méthode.

L'expert a calculé le montant du préjudice selon ces deux méthodes et en a fait la moyenne, à l'exception du marché n° 0850EX03 sur lequel il n'a pu appliquer que la méthode de la marge brute, comme nous l'avons dit plus haut. Il aboutit à un surcoût global de 207 682 euros.

Pour être tout à fait honnête, cette expertise ne nous paraît pas vraiment satisfaisante. Il demeure un écart substantiel entre les pourcentages surpris résultant des deux méthodes alors même que tous les paramètres maniés par l'expert ont pour opportun effet d'en faire converger les résultats, sans qu'on puisse affirmer avec certitude si ce constat procède d'une volonté de ce dernier ou d'une coïncidence... On peut s'étonner, par exemple, qu'après avoir effectué de savants calculs pour aboutir à un surpris de plus de 38 %, on applique une réfaction de 30 % pour le génie civil, non sur ce pourcentage mais sur celui de 30 %, qui avait été fixé arbitrairement et présenté comme une concession « conservatrice » par le cabinet originellement mandaté par AREA.

Or en dépit de cet effet de convergence des différents paramètres maniés par l'expert, il n'en demeure pas moins que sur les années où la méthode de la marge brute n'aboutit qu'à un surpris de 11 %, on atteint alors une différence qui est presque du simple au double entre les deux méthodes.

Néanmoins, il ressort aussi clairement de ce litige qu'une évaluation suivant la seule méthode par comparaison est quasiment impossible sans méconnaître le secret des affaires. Nous avons le sentiment que la méthode par application de la marge brute aboutit à une sous-évaluation mais c'est la seule qui peut être dressée sans méconnaître le principe du contradictoire et c'est aussi la seule qui permet d'évaluer le préjudice résultant du surpris dans le marché 0850EX03. Par conséquent, faire la moyenne de ces deux méthodes permet de compenser la sous-évaluation de la méthode de la marge brute sans se référer à la seule première méthode qui souffre d'un défaut de procédure contradictoire insurmontable, que les deux parties ont cependant le bon goût de ne pas soulever dans leurs écritures. En définitive, cette méthode a donc tout d'une cote mal taillée mais il faut bien trancher ce

litige et vous n'aurez jamais de méthode pleinement satisfaisante. En dépit de ces imperfections assez importantes, nous vous proposons donc de la valider.

L'expert a ensuite évalué la répercussion de ce surpris sur les usagers. Comme nous l'avons dit dans les dossiers relatifs à la société AP2R, il nous paraît certain qu'une telle répercussion a eu lieu. La méthode qui a permis à l'expert d'estimer cette répercussion n'est pas sérieusement contestée. Elle aboutit à ce que ce dernier limite l'évaluation du préjudice à 194 528 euros.

L'expert a ensuite majoré son évaluation de 85 278 euros, aboutissant à un préjudice de 279 806 euros, pour indemniser le préjudice tenant à ce que la société AREA a du recourir à l'emprunt pour financer ces investissements et qu'une partie de ces emprunts a servi à financer le surpris.

La société Signalisation France estime que la société AREA n'apporte pas la preuve qu'elle a dû recourir à l'emprunt pour financer les marchés litigieux. Toutefois, l'expert a relevé qu'AREA a systématiquement recouru aux emprunts pour ces investissements et aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause cette appréciation. Et si la société Signalisation affirme que le recours à l'emprunt est un choix financier cet argument n'est pas entendable dès lors que ce préjudice financier est en lien direct avec son comportement fautif. Et si ces emprunts ont selon toute vraisemblance permis à AREA de réduire sa note fiscale via des déductions de charges, nous ne pensons pas que les conséquences fiscales bénéfiques d'une charge indemnisée doivent être prise en compte dans votre évaluation, dans la mesure où les indemnités allouées pour des préjudices se rattachant aux opérations commerciales ou industrielles et, d'une façon plus générale, à la gestion de l'entreprise constituent des profits imposables.

En ce sens, vous pourrez voir, par analogie, un arrêt jugeant que l'indemnité obtenue par un candidat irrégulièrement évincé à l'attribution d'un marché étant destinée à compenser une perte de recettes commerciales, elle doit donc être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés. Par suite, commet une erreur de droit la cour administrative d'appel qui évalue le manque à gagner du candidat évincé à partir du résultat d'exploitation après déduction de l'impôt sur les sociétés. (CE 19 janvier 2015 société SPIE Est n° 384653).

On le voit donc, ce que le Trésor donne d'une main en permettant la déduction de la charge résultant des intérêts payés, il le reprendra de l'autre en imposant l'indemnité venant réparer cette charge qui n'aurait pas dû être engagée. Vous écarterez cette argumentation.

Enfin, la méthode d'actualisation du préjudice, qui lui permet d'aboutir à un préjudice total de 353 500 euros n'est pas contestée.

Compte tenu des incertitudes pesant sur l'ensemble de ces méthodes, il nous semble que le choix du TA de ne pas s'approprier à l'euro près le préjudice défini par l'expert nous paraît de bon sens. Vous pourrez valider le montant de préjudice fixé par les premiers juges à 350 000 euros dans le cadre d'une « juste appréciation ».

Par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.