

N° 1903573

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

DEPARTEMENT DU X

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Laurent Boutot
Rapporteur

Le tribunal administratif de Strasbourg

(2^{ème} chambre)

Mme Anne Dulmet
Rapporteuse publique

Audience du 18 mars 2021
Décision du 7 avril 2021

14-05-02
C+

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés les 9 mai 2019, 18 décembre 2019 et 18 juin 2020, le département du X, aux droits duquel vient la collectivité européenne d'Alsace, représenté par Me Marcantoni, demande au tribunal :

- 1°) de condamner solidairement les sociétés Autocars Mügler, Mügler Finances, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer et Royer Holding, Staub Voyages, Etablissements René Antoni, Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer, à lui verser une indemnité de 4 494 147, 80 euros, assortie des intérêts au taux légal ;
- 2°) subsidiairement, de condamner les sociétés Autocar Mügler, Mügler Finances, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer et Royer Holding, Staub Voyages, Etablissements René Antoni, Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer, à lui verser chacune une indemnité correspondant à 30% du prix des commandes qui leur ont été attribuées au titre des marchés de transport scolaire passés en 2010, 2011 et 2012 ;
- 3°) à titre encore plus subsidiaire, de solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence en application de l'article R. 775-3 du code de justice administrative, à défaut, d'ordonner une expertise avant-dire droit aux fins de chiffrer le quantum de ses préjudices ;
- 4°) de mettre à la charge de chacune des sociétés requises une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

Sur la prescription :

- la prescription telle que définie à l'article 2224 du code civil n'est pas acquise ;
- il n'a eu connaissance du rapport du 26 février 2013 de la DIRECCTE qu'en 2018, à la suite d'une demande officielle effectuée en ce sens ;
- la circonstance qu'un agent du département ait été auditionné en tant que témoin lors de l'enquête administrative, en 2012, ne permet pas d'établir la connaissance certaine qu'il aurait eu du dommage et de son étendue ;
- aux termes de la jurisprudence, la connaissance suffisamment certaine du dommage subi par la personne publique est acquise à compter de la publication de la décision de l'Autorité de la concurrence ;
- au demeurant, l'infraction a été continue jusqu'au 2 juillet 2016, date à compter de laquelle a couru la prescription, en application de l'article L. 482-1 du code de commerce ;
- la prescription a été interrompue par l'enquête menée par la DIRECCTE, conformément à l'article L. 462-7 du code de commerce ;

Sur le bien-fondé de la demande :

- les constatations de l'Autorité de la concurrence valent présomption de preuve ;
- le département est en mesure de s'appuyer sur les éléments circonstanciés établis par le rapport d'enquête de la brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence (BIEC) et par la décision de l'Autorité de la concurrence, confirmée par la Cour d'appel de Paris ;
- les sociétés mises en cause ne contestent pas ces éléments ;
- l'évaluation du dommage correspond au surcoût induit par les pratiques anticoncurrentielles dont il a été victime et que le rapport d'enquête a évalué entre 25 et 30% du montant des marchés attribués au titre de la zone Nord du département;
- l'évaluation du préjudice par l'autorité de la concurrence s'est faite à partir de pièces contractuelles qui sont nécessairement en possession des sociétés défenderesses ;
- subsidiairement, il y aurait lieu d'ordonner une expertise avant dire droit.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 5 novembre 2019 et 6 avril 2020, les sociétés Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer, représentés par Me Gaudemet, demandent au tribunal de rejeter la requête et de mettre à la charge de la collectivité européenne d'Alsace une somme de 10 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

Sur la prescription :

- il convient d'appliquer l'article 2224 du code civil ;
- le département, qui a participé dès 2012 aux investigations menées par la DIRECCTE, disposait dès cette époque des éléments lui permettant de connaître les faits lui permettant d'exercer une action indemnitaire ;
- le délai de prescription a commencé à courir à compter du 26 février 2013, date d'établissement du rapport de la DIRECCTE ; le département est donc prescrit depuis le 26 février 2018 ;

- le département « surinterprète » l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre 2019, qui n'a pas fixé comme règle que la connaissance du dommage courait à compter de la décision de l'Autorité de la concurrence ;

Sur le fond :

- le département ne saurait fonder son action sur les dispositions de l'ordonnance du 9 mars 2017, inapplicables au litige, notamment en ce qui concerne l'introduction d'une présomption irréfragable ;
- le département ne démontre pas la faute individuelle des sociétés Striebig et Eschenlauer ;
- la solidarité est exclue en matière de réparations des pratiques anticoncurrentielles ;
- en ne procédant pas à la résiliation des marchés en cause et en s'abstenant de toute intervention, le département a commis une faute de nature à exonérer les sociétés mises en cause de leur responsabilité ;
- l'application d'un taux de 30% du prix des marchés est arbitraire ; l'Autorité de la concurrence a seulement mentionné un surcoût de 13% ;
- le département ne produit aucune pièce relative aux marchés ;
- le lien de causalité entre la faute et le préjudice n'est pas rapporté.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 28 novembre 2019 et 23 juin 2020, les sociétés Autocar Mügler, Staub Voyages et Mügler Finance, représentées par Me Neveu, demandent au tribunal :

- 1°) à titre principal, de rejeter la requête et de mettre à la charge de la collectivité européenne d'Alsace une somme de 5 000 euros à verser à chacune d'entre elles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- 2°) subsidiairement et, avant-dire droit, de déclarer la société Mügler Finance hors de cause et d'ordonner une expertise judiciaire.

Elles soutiennent que :

- le département ne saurait se fonder sur les articles L. 481-1 et L. 481-7 du code de commerce, inapplicables au litige ;
- l'Autorité de la concurrence a sous-estimé les pratiques prédatrices de certains concurrents ;
- la constitution du groupement se justifiait au regard des contraintes et spécificités des appels d'offres, des caractéristiques techniques et des durées des marchés ;
- il n'y a pas eu d'assèchement effectif de la concurrence ni d'accord illégal des volontés ;
- le lien de causalité entre la faute alléguée et les conséquences tarifaires n'est pas établi ;
- l'Autorité de la concurrence a sous-estimé le potentiel concurrentiel entre les membres du groupement ;
- le montant du préjudice demandé est sans rapport avec les marges réellement réalisées ;
- la société Mügler Finance n'a été attributaire d'aucun marché et doit être mise hors de cause ;
- il y a lieu, avant-dire droit, d'ordonner une expertise.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 28 novembre 2019 et 23 juin 2020, les sociétés Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer et Royer Holding, représentées par Me Neveu, demandent au tribunal :

- 1°) à titre principal, de rejeter la requête et de mettre à la charge de la collectivité européenne d'Alsace une somme de 5 000 euros à verser à chacune d'entre elles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- 2°) subsidiairement et avant-dire droit, de déclarer la société Royer Holding hors de cause et d'ordonner une expertise judiciaire.

Elles soutiennent que :

- le département ne saurait se fonder sur les articles L. 481-1 et L. 481-7 du code de commerce, inapplicables au litige ;
- l'Autorité de la concurrence a sous-estimé les pratiques prédatrices de certains concurrents ;
- la constitution du groupement se justifiait au regard des contraintes et spécificités des appels d'offres, des caractéristiques techniques et des durées des marchés ;
- il n'y a pas eu d'assèchement effectif de la concurrence ni d'accord illégal des volontés ;
- le lien de causalité entre la faute alléguée et les conséquences tarifaires n'est pas établi ;
- l'Autorité de la concurrence a sous-estimé le potentiel concurrentiel entre les membres du groupement ;
- le montant du préjudice demandé est sans rapport avec les marges réellement réalisées ;
- la société Royer Holding n'a été attributaire d'aucun marché et doit être mise hors de cause ;
- il y a lieu, avant-dire droit, d'ordonner une expertise.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 29 novembre 2019 et 23 juin 2020, la société René Antoni, représentée par Me Neveux, demande au tribunal :

- 1°) à titre principal, de rejeter la requête ;
- 2°) subsidiairement, d'enjoindre au département du X de communiquer les pièces afférentes à la passation et l'exécution des marchés attribués en 2010, 2011 et 2012 ;
- 3°) de mettre à la charge de la collectivité européenne d'Alsace une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi que les dépens de l'instance.

Elle soutient que :

Sur la prescription :

- il convient d'appliquer l'article 2224 du code civil ;
- le département retient à tort comme point de départ du délai de la prescription la date de la décision de l'autorité de la concurrence ;

- en effet, il ressort des déclarations du représentant du département devant la BIEC que celui-ci avait connaissance des faits d'entente et de leurs conséquences sur le prix des marchés ;
- le rapport du 26 février 2013 conclut clairement à l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ;
- rien n'interdit de penser que les pratiques litigieuses auraient été révélées pendant les années d'exécution du marché ;
- la BIEC a été saisie le 6 juillet 2012 à la suite de la transmission d'un indice de dysfonctionnements de concurrence ;
- la saisine de la BIEC a fait suite à la dernière séance de la commission d'appel d'offres ;
- ces éléments tendent à montrer la connaissance qu'avait le département des pratiques anticoncurrentielles en cause ;
- dès lors, la prescription a couru, au plus tard, à compter du 26 février 2013 ; la requête est dès lors prescrite ;
- le département ne saurait opposer les règles de prescription issues de l'ordonnance du 9 mars 2017 ;
- la décision du Conseil d'Etat du 22 novembre 2019 n'a pas fixé comme règle que la connaissance du dommage résulterait de la décision de l'autorité de la concurrence ;
- les dispositions de l'article L. 467-2 relatives à l'interruption de prescription sont inopposables ;

Sur le fond :

- le département fonde son argumentation sur des pièces non soumises au contradictoire ;
- le département n'a pas donné de suite favorable à sa demande de communication de documents administratifs ;
- elle est, par suite, fondée à solliciter une mesure avant dire droit en ce sens ;
- le département ne saurait se fonder sur le régime de responsabilité issu de l'ordonnance du 9 mars 2017 qui n'était pas entré en vigueur au moment de la commission des faits litigieux ;
- le département ne démontre pas la volonté des transporteurs de l'induire en erreur sur la réalité des prix des prestations, ni l'imputabilité de la faute à la société Antoni en particulier ;
- le préjudice, tel qu'évalué par le département, ne repose que sur une simple estimation de la DIRECCTE et n'est, dès lors, pas établi.

Un mémoire, présenté pour le compte du département du Bas-Rhin, a été enregistré le 11 mars 2021.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code civil ;
- le code de commerce ;
- la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;
- l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Boutot,
- les conclusions de Mme Dulmet, rapporteure publique,
- et les observations de :
 - Me Marcantoni pour la collectivité européenne d'Alsace, venant aux droits du département du X ;
 - Me Gaudemet, pour les sociétés Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer ;
 - Me Neveux, pour la société Etablissements René Antoni.

Considérant ce qui suit :

1. En 2010, 2011 et 2012, le département du X a attribué à un groupement dénommé « Avenir Transports » et composé des sociétés Autocars Mügler, Mügler Finances, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer, société Royer Holding, Staub Voyages, Etablissements René Antoni, Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer, plusieurs marchés publics de transport scolaire de la zone « Nord » du département. Alertée sur la possibilité d'une situation anticoncurrentielle, une enquête a été confiée à la brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence (BIEC), service relevant de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), qui a rendu un rapport préliminaire, en date du 26 février 2013, et conclu à l'existence de pratiques anticoncurrentielles imputables aux sociétés membres du groupement précité. Sur proposition du ministre chargé de l'économie et conformément à la procédure prévue à l'article L. 464-9 du code de commerce, les sociétés Striebig, Eschenlauer et Etablissements René Antoni acceptèrent de transiger. Les sociétés Autocars Mügler & Cie, Mügler Finance, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer, Royer Holding et Staub Voyages se sont vues infliger, par une décision du 27 janvier 2016 de l'Autorité de la concurrence, une sanction pécuniaire en réparation du dommage ainsi causé à l'économie. Le département du Bas-Rhin, aux droits duquel vient la collectivité européenne d'Alsace depuis le 1^{er} janvier 2021, demande de condamner les sociétés membres du groupement « Avenir Transport » à lui verser une indemnité de 4 494 147, 80 euros en réparation du préjudice subi.

Sur la prescription :

2. Aux termes de l'article 2224 du code civil résultant de la loi du 17 juin 2008 : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Par ailleurs, aux termes de l'article L. 481-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : « *Toute personne physique ou morale formant une entreprise (...) est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle (...)* ». Aux termes de l'article L. 482-1 du même code : « *L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : / 1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ;/ 2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ;/ 3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique / Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé. (...)* ». Aux termes de l'article 12 de cette ordonnance : « *I. Les dispositions de la présente*

ordonnance entrent en vigueur le lendemain de sa publication (...). II. Les dispositions de la présente ordonnance qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé ». Il résulte de ces dispositions qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles étaient régies par les dispositions de l'article 2224 du code civil. S'appliquent en revanche, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce.

3. En premier lieu, les sociétés défenderesses soutiennent que l'action indemnitaire du département du X est prescrite en faisant valoir que celui-ci disposait, dès l'année 2013, des éléments lui permettant d'exercer, en toute connaissance de cause, une action indemnitaire. Elles font tout d'abord valoir que le rapport d'enquête de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) du 26 février 2013 analysait avec précision les pratiques anticoncurrentielles en cause et concluait que le département s'en était trouvé injustement lésé. Toutefois, il est constant que le département du X n'était pas directement concerné par cette enquête. Il résulte par ailleurs de l'instruction que le département n'a été destinataire de ce rapport, sur demande officielle, qu'à la date du 22 juin 2018. Il ne peut, dès lors, être présumé que le département du X aurait eu, avant cette date, connaissance des analyses et conclusions de ce rapport d'étape, lequel, au demeurant, ne permettait pas, à lui seul et à ce stade, d'établir avec une certitude suffisante l'existence non plus que l'ampleur des pratiques anticoncurrentielles investiguées. Le moyen doit, dès lors, être écarté.

4. En deuxième lieu, les sociétés défenderesses soutiennent qu'il résulte du rapport précité du 26 février 2013 que le directeur Mobilités du département du X, entendu en qualité de témoin, a déclaré lors de son audition que le département avait choisi de ne pas résilier les marchés en cause en raison de la nécessité d'assurer la continuité du service public et qu'il se déduisait nécessairement de telles déclarations que le département connaissait le dommage qu'il subissait. Toutefois, ces seules déclarations d'un agent faisant partie du personnel d'encadrement des services du département, qui ne font référence à aucun élément factuel précis et ne contiennent aucune analyse des faits en cause, demeurent trop générales et dépourvues des précisions nécessaires pour en déduire que les autorités décisionnaires du département du X auraient eu, dès cette époque, une connaissance suffisamment certaine de l'ampleur des pratiques anticoncurrentielles du groupement « Avenir Transport ». Le moyen doit, par suite, être écarté.

5. En troisième et dernier lieu, si la société René Antoni soutient que « rien n'interdit de penser » que des pratiques incriminées auraient pu être révélées au cours des années d'exécution des marchés et consignées dans les procès-verbaux des commissions d'appel d'offres, ces déclarations demeurent de pure conjecture. Le fait que la brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence (BIEC) a été saisie à la suite de la transmission d'un « indice » de la part du directeur régional de la concurrence est sans emport dès lors que la BIEC est, en tout état de cause, saisie sur la base de suspicions de pratiques illégales. Enfin, la seule circonstance que la saisine de la BIEC a été consécutive à la dernière séance de la commission d'appel d'offres du département ne saurait déboucher, sans autres précisions, que sur de pures conjectures. L'ensemble de ces éléments permet tout au plus de faire regarder comme vraisemblable l'existence de suspicions de la part des services du département, mais nullement d'établir, en toute hypothèse, la connaissance que celui-ci aurait eu de l'étendue du dommage qu'il subissait.

6. Dans ces conditions, il résulte de l'instruction que le département du X doit être regardé comme ayant disposé de la connaissance suffisamment certaine de l'ampleur du dommage subi seulement à compter de la publication, le 28 janvier 2016, de la décision du 27 janvier 2016 de l'Autorité de la concurrence, date à compter de laquelle a couru le délai de prescription. Par suite, la requête du département du Bas-Rhin, introduite le 9 mai 2019, n'est pas prescrite.

Sur la responsabilité quasi-délictuelle :

En ce qui concerne la faute :

7. Une personne publique victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, d'une entente anti-concurrentielle peut choisir d'engager soit une action en contestation de la validité du marché devant le juge du contrat, soit une action quasi-délictuelle en réparation, soit les deux actions simultanément. En l'espèce, le département du X recherche la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés membres du groupement « Avenir Transport ».

8. En premier lieu, aux termes de l'article L. 481-1 du code de la concurrence : « *Une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours* ». Il résulte de l'article 12 de l'ordonnance du 9 mars 2017, qui fixe l'entrée en vigueur de ces dispositions au lendemain de la publication de cette ordonnance, que seule l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence a pour effet d'interrompre le délai de prescription jusqu'à ce que la décision de la juridiction compétente, saisie sur recours, soit devenue définitive. Or, à la date de l'entrée en vigueur de ces dispositions, l'Autorité de la concurrence avait rendu sa décision le 27 janvier 2016. Il suit de là que le département du X ne saurait utilement s'en prévaloir dans le cadre de la présente instance.

9. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction, et notamment des paragraphes 94 à 146 de la décision de l'Autorité de la concurrence du 27 janvier 2016, que « *l'objet anticoncurrentiel du groupement Avenir Transport pour les appels d'offres de service de transport scolaire lancés par le conseil général du Bas-Rhin en 2010, 2011 et 2012 est établi* ». Contrairement à ce que soutiennent les sociétés Striebig et Antoni, le département du Bas-Rhin, qui doit être regardé comme s'étant approprié les conclusions de cette décision, à laquelle il se réfère précisément, apporte les éléments exigibles et probants de nature à établir précisément la nature et l'ampleur de la faute commise par les sociétés membres du groupement Avenir Transport, laquelle résulte suffisamment de l'instruction.

10. En troisième lieu, contrairement à ce que soutiennent les sociétés Striebig, Eschenlauer et Antoni, dès lors qu'il est constant que ces sociétés étaient membres du groupement solidaire Avenir Transport, le département du Bas-Rhin n'a pas à établir l'existence d'une faute individuelle de leur part. S'agissant en effet d'un préjudice lié à la constitution d'une entente illégale, la simple participation à cette cause, commune à l'ensemble des sociétés qui l'ont fait naître, suffit à caractériser la faute et à faire naître un préjudice.

11. En quatrième lieu, les sociétés Mügler, Cars des Rohans et Transports Royer se bornent à reprendre, sans apporter d'éléments nouveaux, la contestation de la décision du 27 janvier 2016 de l'Autorité de la concurrence déjà produite devant la Cour d'appel de Paris, qui a rejeté leur recours par un arrêt du 21 décembre 2017 devenu définitif, de sorte que la

matérialité des faits doit être regardée comme établie. Par suite, les moyens tirés de ce que la constitution du groupement aurait été justifiée au regard des contraintes et spécificités des marchés en cause et de ce que la constitution de l'entente n'aurait eu ni pour objet ni pour effet « d'assécher la concurrence » ne peuvent qu'être rejetés.

12. En cinquième lieu, les sociétés Mügler Finance et Royer Holding demandent leur mise hors de cause au motif qu'elles n'ont pas passé de marché avec le département du X.

13. 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 dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire.

14. Il résulte de l'instruction que les sociétés Autocars Mügler et Cars des Rohans appartiennent respectivement à hauteur de 99,96% et 100% à la holding Mügler Finance et que la société Transports Royer est détenue à 100% par la société Royer Holding. Dans ces conditions, l'implication des sociétés Mügler Finance et Royer Holding dans l'entente illégale ayant affecté la passation des marchés attribués au groupement Avenir Transport, dont elles faisaient d'ailleurs partie, doit être regardée comme établie. Dès lors, le département du X est fondé à demander l'engagement de leur responsabilité solidaire.

15. En sixième lieu, il résulte de ce qui a été dit au point 6 qu'en l'absence de connaissance suffisamment certaine du préjudice qu'il subissait, le département du X ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir procédé à la résiliation des contrats en cause, ni même de ne pas être intervenu pour obtenir la modification des prix à la baisse en cours d'exécution.

16. Il résulte de ce qui précède que le département du X est fondé à rechercher l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés Autocars Mügler, Mügler Finances, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer et Royer Holding, Staub Voyages, Etablissements René Antoni, Autocars Striebig et Autocars Eschenlauer.

En ce qui concerne le préjudice indemnisable :

17. Le département du X demande de condamner les sociétés membres du groupement Avenir Transport à lui verser une indemnité correspondant à 30% du montant des marchés qui leur ont été attribués au titre de la période en cause. Il résulte de l'instruction que ce chiffre se fonde sur les conclusions du rapport de la BIEC qui a estimé que les prix journaliers remis par le groupement Avenir Transport sur les lots de la zone Nord étaient supérieurs, de l'ordre de 25% à 30%, à ceux des lots de la zone Sud.

18. Il ressort toutefois de la décision de l'Autorité de la concurrence du 27 janvier 2016 que, pour apprécier le préjudice subi par le département du X, l'Autorité a proposé trois méthodes de comparaison. La première, qui correspond à celle employée par la BIEC et sur laquelle entend se fonder le département, repose sur la comparaison entre les forfaits journaliers des zones Nord et Sud. L'Autorité de la concurrence a cependant estimé que cette méthode, qui n'avait pas pris en compte d'autres facteurs explicatifs et s'était notamment référée à des prix pratiqués par une entreprise de la zone Sud en difficulté, donc peu représentatifs, ne pouvait être retenue. Ces éléments ne sont pas contestés.

19. Par suite, la détermination du préjudice subi par le département du X par application d'un taux de 30% au montant des marchés subis ne saurait être retenue en l'état.

20. Pour évaluer l'ampleur du préjudice subi par une personne publique au titre du surcoût lié à des pratiques anticoncurrentielles, il convient en effet de se fonder sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente 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 sur celle-ci.

21. A partir de la comparaison entre les prix pratiqués et les estimations préalables de l'administration, l'Autorité de la concurrence a estimé, en l'espèce, que les prix proposés dans la zone Nord étaient, en moyenne, supérieurs de 13% aux estimations du pouvoir adjudicateur concernant cette même zone.

22. Cette méthode de comparaison ne permet pas, néanmoins, de déterminer le préjudice subi par le département du X selon la méthode décrite au point 20, laquelle consiste à comparer les prix pratiqués, au sein de la même zone, par le groupement Avenir Transport entre 2010 et 2016 et les prix pratiqués ultérieurement tout en tenant compte d'éventuels effets exogènes susceptibles d'expliquer la chute des prix. En outre, il est constant que l'Autorité de la concurrence n'a pas pris en compte les marchés attribués aux sociétés Striebig, Eschenlauer et René Antoni, qui avaient accepté de transiger.

23. Il résulte de ce qui précède que l'état du dossier ne permet pas au tribunal de statuer, en toute connaissance de cause, sur les conclusions du département du X tendant à la détermination du montant du préjudice subi.

Sur la mesure avant-dire droit :

24. Aux termes de l'article R. 775-3 nouveau, relevant du chapitre V du code de justice administrative relatif au contentieux indemnitaire du fait des pratiques anticoncurrentielles : « *Le président de la formation de jugement peut, après avoir recueilli les observations des parties, solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation. / L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au juge. A défaut de réponse dans ce délai, l'instance est poursuivie* ».

25. Le département du X a, dans son mémoire en réplique du 18 juin 2020, présenté des conclusions subsidiaires tendant à ce que le tribunal sollicite, avant-dire droit, l'avis de l'Autorité de la concurrence en application des dispositions précitées aux fins d'évaluer son préjudice si le tribunal ne faisait pas droit à ses conclusions principales. Ce mémoire a été communiqué à l'ensemble des parties, leur permettant ainsi de présenter utilement des observations sur cette demande, ce que d'ailleurs la plupart d'entre elles ont fait avant clôture de l'instruction, dans le cadre du débat contradictoire, en reconnaissant l'utilité d'une mesure avant dire droit. Dès lors, les observations des parties ayant pu être régulièrement et utilement recueillies au cours de l'instruction s'agissant de l'intérêt d'une telle mesure et compte tenu, par ailleurs, de ce qui vient d'être exposé aux points 17 à 22, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, avant de pouvoir statuer sur les conclusions indemnitaires présentées par le département du X, de recueillir l'avis de l'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante, sur l'évaluation du préjudice dont le département du X demande réparation à raison de l'entente anti-concurrentielle des membres du groupement Avenir Transport. Les observations de l'Autorité de la concurrence seront recueillies dans les conditions précisément définies à l'article R. 775-3 précité du code de justice administrative. L'Autorité de la concurrence, qui dispose d'un délai de deux mois à

compter de la notification du présent jugement pour communiquer ses observations au Tribunal, est invitée à proposer, notamment, une évaluation du préjudice dont il est demandé réparation en se fondant sur la méthode établie par le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 mars 2020, rendue sous

le n° 420491, Société Signalisation France, et telle qu'elle a été rappelée au point 20.

D E C I D E :

Article 1 : Il sera, avant de statuer sur les conclusions à fin d'indemnisation présentées par le département du X, aux droits duquel vient la collectivité européenne d'Alsace, procédé au recueil de l'avis de l'Autorité de la concurrence sur l'évaluation du préjudice subi par le département du fait de l'entente anti-concurrentielle des membres du groupement « Avenir Transport », dans les conditions prévues à l'article R.775-3 du code de justice administrative. En particulier, l'Autorité de la concurrence, qui dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au Tribunal, est invitée à proposer une évaluation de ce préjudice en se fondant notamment sur la méthode définie par le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 mars 2020 sous le n° 420491.

Article 2 : Tous droits et moyens des parties sur lesquels il n'est pas expressément statué par le présent jugement sont réservés jusqu'à la fin de l'instance

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la collectivité européenne d'Alsace, aux sociétés Autocars Mügler & Cie, Mügler Finances, Cars des Rohans, Autocars et Transports Royer, Royer Holding, Staub Voyages, Etablissements René Antoni, Autocars Striebig, Autocars Eschenlauer et à l'Autorité de la concurrence.

Délibéré après l'audience du 18 mars 2021, à laquelle siégeaient :

M. Sorin, président,
M. Boutot, premier conseiller,
Mme Merri, première conseillère,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 7 avril 2021.

Le rapporteur,

Le président,

L. BOUTOT

T. SORIN

La greffière,

M.-C. SCHMIDT

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de la relance et à la préfète du Bas-Rhin, chacun en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
P/o La greffière,

Patricia KIEFFER