

Abus de position dominante dans les marchés publics : état des lieux

REVUE COMPLEMENT CONTRATS PUBLICS - N° 218 - Mars 2021

[Plus d'informations](#)

Dossier - La commande publique face aux pratiques anticoncurrentielles

Ana Nuytten

Avocate à la Cour

Marion Terraux

Avocate à la Cour

Les pouvoirs adjudicateurs ont un rôle majeur à jouer dans la lutte contre les abus de position dominante en marchés publics. Dès lors, il est important qu'ils appréhendent cette pratique pour pouvoir lutter efficacement contre celle-ci.

La mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution d'un contrat de la commande publique, marché public ou convention de délégation de service, devrait exclure, en théorie, la survenance d'une pratique telle que l'abus de position dominante. Mais cette affirmation n'est que théorique. En pratique, en effet, les pratiques anticoncurrentielles sont régulièrement relevées en matière de commande publique. Et s'il est vrai que l'abus de position dominante plus souvent observée en matière de concession, cette pratique n'est pas inexistante en matière de marché public. Il est donc nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs en connaissent les rouages pour pouvoir l'appréhender, voire s'assurer qu'ils n'en favorisent pas la survenance.

Présentation de la notion d'abus de position dominante

À l'échelon européen ⁽¹⁾-comme national ⁽²⁾-, la notion d'abus de position dominante est définie par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que le Code de commerce comme le fait, par une entreprise ou un groupe d'entreprises, d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Détermination d'un marché pertinent

Le marché pertinent constitue le périmètre homogène à l'intérieur duquel il convient de rechercher l'existence d'un éventuel abus de position dominante.

C'est ainsi que la jurisprudence en cette matière commence par caractériser précisément les marchés pertinents avant de déterminer, le cas échéant, si l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause se trouve dans une situation de position dominante, dont elle aurait usé de façon abusive ⁽³⁾-.

Lorsque celui-ci peut être défini donc, le marché pertinent est déterminé en fonction de l'homogénéité de ses conditions de concurrence ⁽⁴⁾-.

C'est une fois ce ou ces marchés définis, qu'il est possible de déterminer si l'entreprise se trouve en situation de position dominante.

Existence d'une position dominante

La position dominante peut être définie de la façon suivante : une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui offre le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement, des consommateurs ⁽⁵⁾-.

Une telle situation de puissance économique de l'entreprise en cause peut être appréciée à l'aune de nombreux critères, parmi lesquels figurent notamment la situation de monopole dans laquelle se trouve cette dernière ⁽⁶⁾, qui ne saurait toutefois suffire à elle seule à caractériser un abus de position dominante.

En ce sens, le Sénat, interprétant les dispositions de l'article 102 du TFUE précité, a très récemment rappelé qu'il « n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché ».

Partant, « tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence » au sens de ces dispositions, un tel effet pouvant par exemple conduire à la disparition du marché d'un concurrent moins efficace en termes de prix proposé au consommateur, de qualité du produit ou d'innovation, sans être constitutif d'un abus de position dominante ⁽⁷⁾.

Ainsi, il est nécessaire, enfin, de démontrer l'exploitation abusive de cette position dominante.

Matérialisation d'un abus de position dominante

Afin d'être considérées comme abusives, les pratiques tendant à exploiter la position dominante ainsi caractérisées, doivent s'inscrire dans une volonté d'éviction de marché, c'est-à-dire être conçues dans un plan anticoncurrentiel ⁽⁸⁾.

Autrement dit, comme le précise un récent rapport du Sénat, « une pratique semblant constituer une exploitation abusive d'une position dominante n'est plus condamnable de plein droit dès lors que l'entreprise concernée démontre, preuves à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de produire les effets d'éviction reprochés. Une pratique n'est donc plus « par nature » condamnable : sa capacité à porter atteinte à la concurrence doit être démontrée » ⁽⁹⁾.

Aussi, les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de la consommation donnent quelques exemples d'actions pouvant être considérées comme telles : limitation de la production, de débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement...

Lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre des contrats de la commande publique, plus précisément des marchés publics, ces pratiques anti-concurrentielles présentent certaines particularités.

Application aux marchés publics

La notion de marché pertinent dans les marchés publics

En principe, en matière de contrats de la commande publique, qu'il s'agisse de marchés ou de concessions, le marché pertinent est celui qui fait l'objet de la procédure de publicité et de mise en concurrence.

Toutefois, dès lors que ces marchés sont éphémères, l'analyse du marché pertinent dans le cadre de ce type de contrats pourra également s'étendre à des marchés connexes, tels que par exemple les marchés conclus par le même pouvoir adjudicateur ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, par exemple, le marché de vente ou de location de chariots assurant le transport de déchets hospitalier est connexe du marché portant sur le traitement des déchets hospitalier ⁽¹¹⁾.

De la position dominante à l'abus de position dominante dans les marchés publics

Dans le cadre des marchés publics, comme dans le régime général, le simple fait qu'une entreprise soit en situation de position dominante n'implique pas nécessairement que l'abus de position dominante soit qualifié.

Ainsi, le candidat sortant à un marché est en situation de position dominante sur le marché connexe, c'est-à-dire le marché faisant l'objet de la procédure de renouvellement. Cependant, cette situation de position dominante n'implique pas nécessairement un abus. Ainsi, comme l'indique le Conseil de la concurrence, « les avantages tirés habituellement de la qualité de sortant, comme une meilleure connaissance des conditions de la prestation [...], sont en principe insuffisants au regard des autres atouts dont peuvent

disposer les offreurs concurrents pour qu'un comportement du sortant visant à tirer parti de son antériorité puisse être considéré comme un abus de la position qu'il détient » ⁽¹²⁾.

En revanche, il pourra y avoir une situation d'abus de position dominante si, par exemple, les conditions de reprise du personnel lui sont plus favorables ou si le candidat sortant d'un marché de mobilier urbain en maintenant l'exploitation de mobilier urbain postérieurement l'échéance du contrat et en offrant la gratuité de l'affichage sur des panneaux ⁽¹³⁾.

De même, l'entreprise titulaire d'un marché portant sur l'incinération des déchets provenant d'un centre hospitalier universitaire abuse de sa position dominante lors de la passation d'un marché portant sur la location de chariots en refusant que des chariots autres que ceux dont le titulaire est le propriétaire puissent circuler dans ses installations d'incinération ⁽¹⁴⁾.

Une autre situation devra appeler l'attention du pouvoir adjudicateur. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une entreprise en situation de monopole sur un marché décide de soumissionner à un marché connexe. En tant que telle, cette situation ne constitue pas un abus de position dominante. Cependant, dès lors qu'elle est, par définition, en situation de position dominante sur un marché, le risque sera plus important qu'elle puisse se trouver en abus de position dominante sur le marché connexe, en particulier si elle utilise les ressources dont elle dispose du fait de son monopole pour subventionner une activité concurrentielle et ainsi, pratiquer des prix prédateurs. Tel a particulièrement pu être le cas de la société EDF qui avait permis à sa filiale de pratiquer des prix prédateurs sur le marché de l'éclairage ⁽¹⁵⁾.

De même, l'entreprise pourrait se placer en situation dominante en utilisant, dans le cadre d'une activité concurrentielle, l'image de marque et la notoriété de l'opérateur détenant un monopole légal sur un marché connexe ⁽¹⁶⁾.

Et ainsi, l'Autorité de la Concurrence a récemment été amenée à se prononcer sur les risques éventuels d'abus de position dominante que pourraient exercer la RATP et la SNCF s'agissant de l'ouverture à la concurrence des réseaux de bus en Ile de France ⁽¹⁷⁾ en considérant que la RATP et la SNCF pouvaient se trouver en situation de position dominante et qu'il convient d'éviter qu'elles se trouvent en situation d'abus.

Se prononçant sur un contrat portant sur la mise à disposition à titre gratuit d'un logiciel par une personne publique à une autre personne publique, l'Avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona a précisé que : « L'auto-provisionnement des entités publiques, que ce soit sous la forme d'une coopération « in house » ou « horizontale », n'est pas sans risque pour la libre circulation des biens et des services. Les doutes quant à ses effets sur la libre concurrence sont légitimes [...] Une utilisation inappropriée de ces mécanismes de collaboration pourrait effectivement conduire à un « rétrécissement » du marché du côté de la demande et à une réduction du nombre de fournisseurs que ce marché pourrait soutenir. Un abus de la position dominante (collective) que les pouvoirs adjudicateurs pourraient obtenir est également envisageable en théorie ».

Autrement dit, il convient d'être vigilant quant à la mise en œuvre des mécanismes de coopération public-public afin d'éviter tout risque d'abus de position dominante à ce titre. Et ce risque devra également être évalué au titre de la mise en œuvre des mécanismes de mutualisation.

Comment la personne publique peut-elle prévenir les risques de d'abus de position dominante dans les marchés publics ?

Comme cela a déjà été indiqué ci-avant, en principe, les règles de publicité et de mise en concurrence devraient permettre de limiter les risques d'abus de position dominante.

Ainsi, l'acheteur devra veiller à limiter la durée des marchés pour éviter de mettre le candidat titulaire en situation de position dominante sur des marchés connexes notamment. Il devra également limiter les spécifications techniques à ce qui est strictement nécessaire et favoriser l'allotissement et l'accès des marchés publics aux petites et moyennes entreprises.

De même, le pouvoir adjudicateur devra être particulièrement vigilant dans la détermination des critères de sélection. En particulier, un critère prix trop élevé pourrait risquer de mettre le candidat sortant dans la possibilité d'abuser de sa position dominante.

Le pouvoir adjudicateur devra également être particulièrement vigilant dans la prévention des risques de position dominante en n'imposant pas des spécifications techniques qui pourraient être de nature à privilégier un candidat.

Il conviendra aussi de s'assurer que les candidats sont mis en situation d'égalité. En particulier, il conviendra de s'assurer que le candidat sortant n'est pas mis en situation de position dominante dont il pourrait abuser. Cela recoupe d'ailleurs les principes applicables en droit de la commande publique. En effet, il est de jurisprudence constante que tous les candidats soient « mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante » ⁽¹⁸⁾. En particulier, la personne publique devra s'interroger sur les documents et informations qui sont nécessaires à l'établissement des offres afin de les demander au candidat sortant et de les transmettre à tous les candidats et ainsi, assurer l'égalité entre les candidats ⁽¹⁹⁾.

À ce titre, l'avis précité de l'Autorité de la concurrence s'agissant de l'ouverture à la concurrence du transport par bus sur la région Ile-de-France est particulièrement éclairant. Ainsi, par les conseils et avis émis dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence a conseillé de procéder par allotissement et de ne pas multiplier les lots pouvant être attribués en même temps. Elle a formulé un certain nombre de conseils quant aux transferts de ressources entre les sortants et les nouveaux candidats. Et elle a également conseillé de proposer un accès en open data aux informations de marché suivantes concernant les différents lots : publicité des lots ouverts à la concurrence incluant des données de volumétrie ; calendrier prévisionnel à six mois.

Abus de position dominante dans les marchés publics, quelles sont les mesures de répression ?

Afin de réprimer les abus de position dominante dans les marchés publics, cohabitent des mesures préventives et sanctions prononcées par les autorités en charge de la concurrence ainsi que des actions contentieuses en réparation introduites devant le juge administratif.

Mesures préventives et sanctions devant les autorités en charge de la concurrence

Ainsi que le prévoient les articles L. 464-9 et R. 464-9-1 du Code de commerce, le ministre chargé de l'Économie, par la voie de la DGCCRF et la DIRECCTE peut, sous certaines conditions prévues par ces dispositions, prononcer des injonctions de mettre un terme à l'abus de position dominante aux entreprises en cause ou leur proposer de transiger.

On constate à cet égard que si des décisions ont récemment été rendues par ces directions s'agissant d'ententes dans le cadre de marchés publics ⁽²⁰⁾, à notre connaissance, tel n'est pas le cas en matière d'abus de position dominante.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence peut intervenir pour apprécier les pratiques anti-concurrentielles constatées à l'occasion d'appels d'offres et, à ce titre, ordonner à l'auteur de l'abus de position dominante d'y mettre fin et lui infliger une sanction pécuniaire dans les conditions prévues par l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Cette sanction pécuniaire, sans pouvoir excéder certains plafonds prévus par ledit article, doit être proportionnelle à la gravité des faits reprochés, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'opérateur en cause et l'éventuelle réitération des pratiques. On notera que dans le cadre de cette évaluation, l'Autorité range les pratiques anticoncurrentielles portant sur un appel d'offres, de par leur nature même, parmi les infractions les plus graves aux règles de la concurrence ⁽²¹⁾.

Quelle place pour le juge administratif ?

Le juge administratif sera compétent pour se prononcer sur la question de savoir si un acte relève de la notion d'abus de position dominante dans deux hypothèses.

Tout d'abord, il aura à connaître des décisions par lesquelles des personnes publiques assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique. En outre, il devra apprécier la légalité de ces décisions et, le cas échéant, statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques ⁽²²⁾.

Ensuite, si l'Autorité de la concurrence est compétente pour sanctionner les abus de position dominante dans le cadre des marchés publics, en dehors de l'hypothèse précitée, il appartiendra au juge administratif de connaître des recours tendant à la l'indemnisation des préjudices subis du fait même de la pratique

anticoncurrentielle mais également des recours en annulation du contrat ⁽²³⁾. Notons, enfin, que les moyens tirés de l'abus de position dominante d'un candidat ne sont pas des moyens susceptibles d'être soulevés dans le cadre d'un recours en référé précontractuel ⁽²⁴⁾.

- 1) Article 102 du Traité sur le Fonctionnement de L'Union Européenne (ci-après TFUE).
- 2) Code de commerce, art. L. 420-2.
- 3) CA Paris 26 septembre 2013, Société Roland Vlaemynck Tisseur, n° 2012/08948. Pour une illustration plus récente voir notamment CA Paris 12 mai 2016, Société Brandalley, n° 2015/00301.
- 4) Cass. com. 30 mai 2018, TDF, n° 16-24.792.
- 5) CJCE 14 février 1978, United Brands, aff. C-27/76 repris dans la communication de la Commission du 24 février 2009 n° 2009/C45/02 relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.
- 6) Cass. com. 30 mai 2018, TDF, n° 16-24.792.
- 7) Rapport d'information du Sénat du 8 janvier 2020 intitulé « Moderniser la politique européenne de la concurrence ».
- 8) Conseil de la concurrence 14 novembre 2002, Société Boa AG, n° 02-D-68.
- 9) Rapport d'information du Sénat, « Moderniser la politique européenne de la concurrence », 8 janvier 2020.
- 10) Conseil de la concurrence, décision n° 08-D-24 du 22 octobre 2008.
- 11) Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-61 du 17 décembre 2003.
- 12) *ibid*
- 13) Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-32 du 8 juillet 2004.
- 14) Conseil de la concurrence, décision n° 03-D-61 du 17 décembre 2003.
- 15) Décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public.
- 16) Décision n° 17-D-06 du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture du gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques (paragraphe n° 128).
- 17) Avis n° 20-A-08 du 16 septembre 2020 relatif à une saisine d'Ile-de-France Mobilités concernant l'ouverture à la concurrence du secteur du transport public de personnes par autobus en Ile-de-France.
- 18) CE 13 mars 1998, Société Transport Galiero, req. n° 165238.
- 19) Conclusions C. Bergeal sous CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'amour, req. n° 209319.
- 20) Voir notamment la décision de la DIRECCTE en date du 15 juillet 2020 relative aux pratiques relevées dans le secteur des prestations d'accompagnement vers l'emploi dans le département de la Loire.
- 21) Point 67 du Communiqué du 16 mai 2011 sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaire l'Autorité de la concurrence.
- 22) TC 18 octobre 1999, n° 03174,
- 23) Pour une application récente, CAA Paris 5 février 2021, req. n° 20PA00908.
- 24) CJA, art. L. 551-1 ; CE 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 236293 ; CE 21 septembre 2016, Cté urbaine du Grand Dijon, req. n° 399656.

Mes annotations (0)
