



LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Par Alice Larmet, avocate au Cabinet Seban & Associés

■ Qu'est-ce qu'une entente anticoncurrentielle ?

Il s'agit d'un accord ou d'une action concertée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché déterminé. Elle peut se concrétiser par la limitation de l'accès au marché ou du libre exercice de la concurrence, l'obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, ou par la répartition des marchés entre opérateurs économiques. À ce titre, l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises ou toutes pratiques concertées affectant le commerce entre les pays de l'UE qui pourraient empêcher, restreindre ou fausser la concurrence. Les ententes n'ayant pas d'effet anticoncurrentiel sont, à l'inverse, admises.

■ Quelles sont les actions matérialisant la constitution et le fonctionnement d'une entente anticoncurrentielle ?

Les pratiques mises en œuvre par les membres d'un « cartel » peuvent être variées. L'entente peut se matérialiser par des échanges d'informations entre entreprises, en vue d'aboutir à une entente sur les prix et/ou au dépôt d'offres de couverture par certains membres. Ces offres ont pour but de donner l'illusion à l'acheteur public d'un marché concurrentiel, en faveur de l'offre d'une entreprise préalablement désignée, apparaissant comme la plus compétitive.

Cette pratique peut également permettre au cartel de procéder à une répartition des marchés. La satisfaction de l'ensemble des membres est alors assurée et pérennisée. L'Autorité de la concurrence a récemment eu l'occasion d'en connaître dans le secteur de la collecte et de la gestion des déchets en Haute-Savoie (AC,

3 mars 2022, n° 22-D-08).

L'entente peut aussi consister en l'absence concertée de réponse de certaines entreprises, comme cela a pu être constaté dans le secteur de la commercialisation des défibrillateurs cardiaques (AC, 19 décembre 2007, n° 07-D-49) par exemple.

■ L'existence d'une entente anticoncurrentielle peut-elle être reconnue entre les entreprises d'un même groupe ?

Non. Le juge européen considère que l'article 101 du TFUE ne s'applique pas lorsque les accords ou pratiques sont mis en œuvre par des entreprises formant une « unité économique » (CJUE, 17 mai 2018, « Ecoservice projektai » UAB, aff. C 531/16). Dans la droite ligne de cette décision, l'Autorité de la concurrence a estimé que les filiales d'un même groupe qui se sont coordonnées pour formuler des réponses distinctes à un même appel d'offres constituent une seule et même « entreprise » au sens du droit européen de la concurrence, écartant ainsi l'entente anticoncurrentielle (AC, 25 novembre 2020, n° 20-D-19).

Pour autant, de telles relations peuvent être sanctionnées sur le fondement du droit de la commande publique, au regard du principe d'égalité de traitement en cas d'offres coordonnées ou concertées susceptibles de procurer aux entreprises concernées des avantages injustifiés (CE, 8 décembre 2020, req. n° 436532).

■ La commande publique comporte-t-elle un risque anticoncurrentiel particulier en matière d'ententes ?

Oui, en raison de certaines de ses caractéristiques. D'abord, le formalisme imposé lors de la procédure de passation peut permettre au cartel de tromper l'acheteur public par une légalité de façade.

Ensuite, l'obligation d'allotir, prévue à l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique (CCP), peut être un levier pour le cartel, en vue de la répartition des marchés publics entre ses membres.

Aussi, l'obligation de transparence peut également contribuer au fonctionnement des ententes, en ce sens que le droit à la communication de certains documents administratifs peut permettre au cartel de mieux maîtriser le marché en vue du prochain appel d'offres. La transparence des critères de sélection est également de nature à faciliter la rédaction d'offres de couverture, et la répartition des marchés.

Enfin, l'assouplissement de certains aspects de la procédure de passation tels que le recours à la négociation, au sourcing, ou encore aux réunions d'information collectives, peuvent aussi accroître le risque anticoncurrentiel.

■ Lors de la procédure de passation, l'acheteur public peut-il décider de ne pas allotir son marché en raison de l'existence d'un risque anticoncurrentiel ?

Oui. Le Conseil d'État précise que le risque de constitution d'ententes anticoncurrentielles pouvait justifier le non-allotissement d'un marché, en jugeant que n'avait pas manqué à ses obligations de mise en concurrence l'acheteur qui, dérogeant au principe d'allotissement, avait « choisi de recourir à un marché global en vue de limiter les risques d'entente locale entre candidats » (CE, 27 octobre 2011, req. n° 350935).

■ Lors de la procédure de mise en concurrence, l'acheteur public peut-il exclure les opérateurs économiques à l'égard desquels il existe une suspicion d'entente anticoncurrentielle ?

Oui. À cet égard, l'article L. 2141-9 du CCP prévoit que l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

■ Quelle est l'autorité compétente pour infliger une sanction au cartel au regard du dommage qu'il a causé à l'économie ?

C'est à l'Autorité de la concurrence (ADLC) qu'il revient de prévenir et réprimer les pratiques anticoncurrentielles. Elle peut être saisie par une pluralité d'acteurs, et a aussi la possibilité de se saisir d'office. Elle peut infliger une sanction pécuniaire proportionnée à la taille du marché, à la gravité de la pratique et au dommage causé à l'économie, et peut tenir compte de circonstances particulières aggravantes ou atténuantes. La sanction peut être réduite en cas de procédure de transaction, ou lorsque l'entreprise contribue à établir la réalité de la pratique prohibée à laquelle elle a participé et à en identifier les auteurs.

Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris, puis d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation.

■ Un acheteur public victime de la part de son cocontractant de pratiques anticoncurrentielles peut-il obtenir l'annulation du contrat et l'indemnisation de ses préjudices ?

Oui. Saisi de conclusions en ce sens dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle l'ADLC a rendu sa décision (CE,

22 novembre 2019, req. n° 0418645), le juge administratif peut prononcer l'annulation du contrat, sur le fondement de l'existence d'un vice du consentement assimilé au dol (CE, 9 décembre 2007, req. n° 268918). Le cocontractant cartelliste devra alors restituer les sommes versées par la personne publique et pourra, sur le terrain quasi-contractuel, prétendre au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à la personne publique, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire. La détermination de l'utilité des sommes versées peut avoir lieu à l'appui d'une expertise ordonnée par le juge (CE, 17 juin 2022, req. n° 454189). L'acheteur pourra également saisir le Juge de conclusions tendant à l'indemnisation des chefs de préjudices subis, à l'exception du préjudice lié à l'indisponibilité des sommes correspondant au surcoût des marchés (CE, 17 juin 2022, req. n° 454189). Le Juge administratif demeure compétent y compris lorsque l'action en indemnisation est exercée à l'encontre d'entreprises qui ne sont pas titulaires du contrat (CE, 27 novembre 2020, req. n° 421758). ●

Outil consacré par le Conseil d'État

En sus des actions au fond tendant à l'annulation du contrat, et à l'indemnisation de l'acheteur public, le référé-provision, prévu par l'article R. 541-1 du Code de justice administrative, peut être un outil efficace pour la personne publique souhaitant rapidement obtenir la réparation du préjudice subi en raison d'une entente anticoncurrentielle. Cette possibilité a été consacrée par le Conseil d'État (CE, 24 février 2016, req. n° 395194) à la suite d'un revirement jurisprudentiel en 2016. Elle traduit la volonté d'optimiser la réparation du préjudice subi par les victimes d'ententes anticoncurrentielles.