LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES DANS LES MARCHES PUBLICS

SOMMAIREf

INTRODUCTION 5

1. LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE 6
2. POURQUOI LA LIBRE CONCURRENCE EST-ELLE ESSENTIELLE DANS LES MARCHES PUBLICS ? 7
3. POURQUOI EST-CE NECESSAIRE DE REGULER LA LIBRE CONCURRENCE ? 7
4. QU'EST-CE QU'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE ? 9
5. LE DROIT DE LA CONCURRENCE CENTRE SUR LA NOTION D'ENTREPRISE ET D'ACTIVITE ECONOMIQUE 10

5.1. L'ENTREPRISE 10
5.2. L'ACTIVITE ECONOMIQUE 10

6. L'EXCEPTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE 11
7. LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES EN CHIFFRE 11

DEFINITION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES 12

1. QU'EST-CE QU'UNE ENTENTE ILLICITE ? 13
2. QU'EST-CE QU'UN ABUS DE POSITION DOMINANTE 15

AVANT LA PASSATION 19

1. DEFINIR LE MARCHE PERTINENT 20

ETAPE 1 : IDENTIFICATION DE BIENS ET SERVICES SUBSTITUABLES 22
ETAPE 2 : DETERMINATION DU PERIMETRE GEOGRAPHIQUE PERTINENT 23

2. LES SPECIFICITES INHERENTES AUX ENTENTES ET ABUS DE POSITION DOMINANTE 24

2.1 ENTENTES 24
2.2 ABUS DE POSITION DOMINANTE 25

- *LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS UN MARCHE CONNEXE* 26
- *LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS UN MARCHE D'EXCLUSIVITE* 26

2.3 L'ABUS DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE 27

3. PREVENIR LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES AVANT LA PASSATION 29

SOLUTION N°1 : L'ALLOTISSEMENT 29
SOLUTION N°2 : L'ANALYSE DES OPERATEURS ECONOMIQUES PRESENTS SUR LE MARCHE PERTINENT 30

LES FORMES D'OPERATEURS ECONOMIQUES « A RISQUE » 31

1. LES ENTENTES 32

1.0 PRECISION SUR LES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES: 32
1.1 LES GROUPES DE SOCIETES : 33
1.2 LES GROUPEMENTS MOMENTANES D'ENTREPRISES ET LA SOUS-TRAITANCE : 35

2. L'ABUS DE POSITION DOMINANTE D'UN POUVOIR ADJUDICATEUR MEMBRE D'UN GROUPEMENT MOMENTANE D'ENTREPRISES 38

PENDANT LA PASSATION 39

1. DETECTION DE LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE VIA UN FAISCEAU D'INDICES 40
1.1 ENTENTE 40
1.1.1 LA DETECTION 40
1.1.2 SOLUTIONS GENERALES 46
1.2 ABUS DE POSITION DOMINANTE 48
LES RISQUES D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS LES CONTRATS DE COOPERATION PUBLIC/PUBLIC .. 52
2. APPREHENSION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES PAR LEURS OBJECTIFS 53

LES ERREURS A EVITER ET LES SOLUTIONS 54

CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES 57

LA SAISINE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE 59

1. LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE EN MATIERE DE COMMANDE PUBLIQUE 60
2. LA SAISINE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE PAR LES PERSONNES PUBLIQUES VICTIMES DE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE 62
2.1. LE CONTENU DE LA SAISINE 62
2.2. MODALITES DE LA SAISINE 63
2.3. LE DELAI POUR AGIR 63
3. LES SANCTIONS PECUNIAIRES DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE 64
3.1. LA FIXATION DES SANCTIONS PECUNIAIRES 64
3.1.1. ETAPE 1 : La détermination du destinataire des sanctions 65
3.1.2. ETAPE 2 : La détermination du montant de base 66
3.1.3. ETAPE 3 : L'individualisation 69
3.1.4. ETAPE 4 : Vérification du plafond 71
3.1.5. ETAPE 5 : La réduction 72
4. LES AUTRES SANCTIONS DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE 74
4.1. LES MESURES CONSERVATOIRES 74
4.2. LES INJONCTIONS 75
4.3. LA PUBLICATION 76
4.4. LES ASTREINTES 76
4.5. LES ENGAGEMENTS, UNE PROCEDURE NEGOCIEE DISTINCTE DES PROCEDURES CLASSIQUES DE CONTESTATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES 77

LA SAISINE DU JUGE ADMINISTRATIF 78

LE RECOURS EN CONTESTATION DE VALIDITÉ DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF 79
1. LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF 80
2. LE DELAI POUR AGIR 81
3. LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE CONSTITUTIVE D'UN DOL 82
LE RECOURS INDEMNITAIRE DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF 83
1. LE CADRE DE L'ACTION INDEMNITAIRE 84
2. LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF 85
3. LE DELAI POUR AGIR : LA PRESCRIPTION DE L'ACTION INDEMNITAIRE 86
4. L'INTERET A AGIR DES PERSONNES PUBLIQUES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ... 88
5. LES PERSONNES VISEES PAR L'ACTION INDEMNITAIRE 89
6. LES CONDITIONS DE FOND DE L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE 90
6.1. LA FAUTE : LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE 90
6.2. LE LIEN DE CAUSALITE 91
6.3. LE PREJUDICE 92
6.3.1. La typologie des préjudices 92
6.3.2. La quantification du préjudice 94
6.3.3. Réparation solidaire du préjudice 97
6.4. UNE CAUSE D'EXONERATION : LA FAUTE DE LA VICTIME 97

INTRODUCTION

1. Les principes de la commande publique

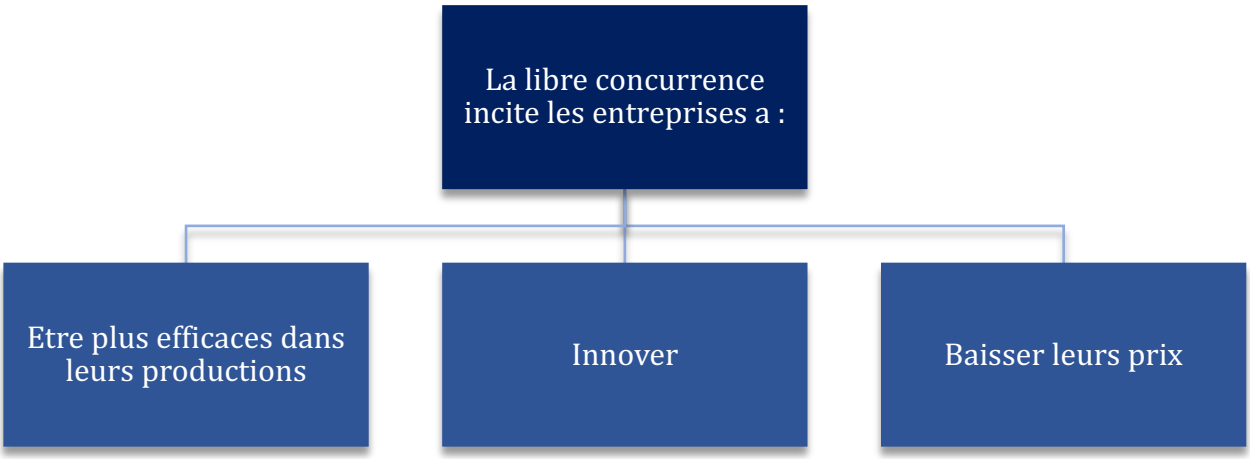
➔ Le principe de libre concurrence vise à s'appliquer dans les principes fondamentaux des marchés publics exposés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003 :

- L'égalité de traitement
- La liberté d'accès aux contrats de la commande publique (publicité /mise en concurrence)
- La transparence des procédures

L'acheteur public doit alors s'assurer de traiter de manière juste et équitable les soumissionnaires en respectant une transparence adéquate.

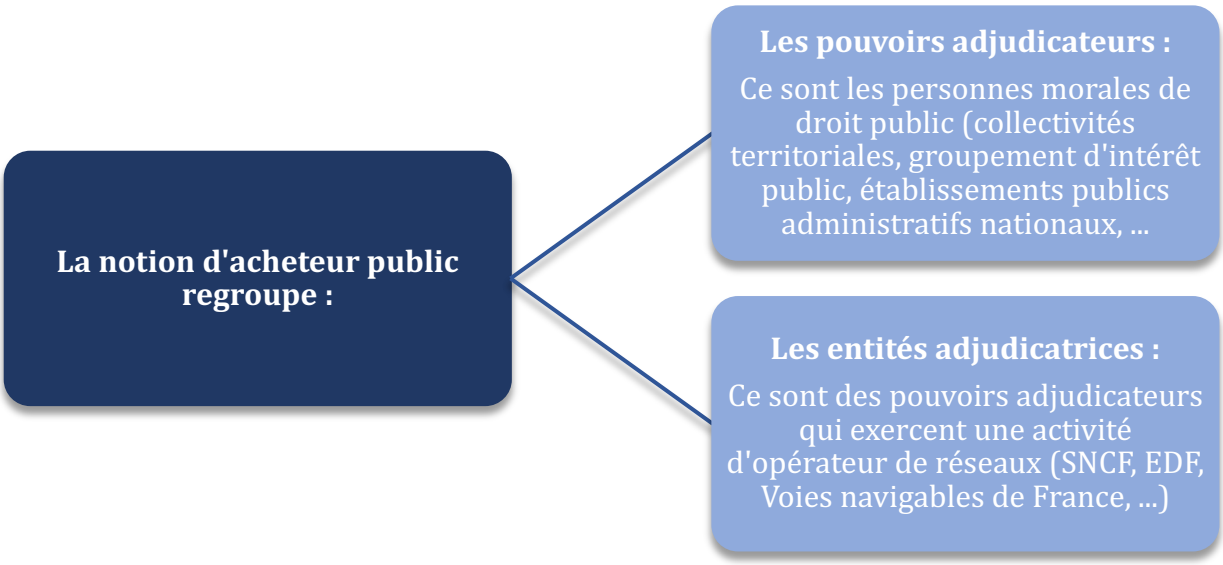
Le droit de la concurrence est opposable d'abord aux activités de l'administration lorsqu'elle agit comme acteur économique, lorsqu'elle intervient sur le marché. Quand elle va fixer le montant d'une redevance, ou la prestation d'une personne publique, elle sera soumise au droit de la concurrence de manière similaire aux personnes privées.

2. Pourquoi la libre concurrence est-elle essentielle dans les marchés publics ?



3. Pourquoi est-ce nécessaire de réguler la libre concurrence ?

➔ La libre concurrence est un droit libéral qui a vocation à s'autodétruire, cela entrainerait la survie des entreprises les plus efficaces et la disparition des plus petites entreprises, conduisant ainsi à l'apparition d'un marché restreint. Tout cela au détriment de l'acheteur final, en l'espèce l'acheteur public.



1° Réglementation européenne :

- Le Traité de Rome du 25 mars 1957, devenu **Traité sur l'Union européenne (TUE)** le 7 février 1992, pose les dispositions générales applicables en matière de droit de la concurrence ;

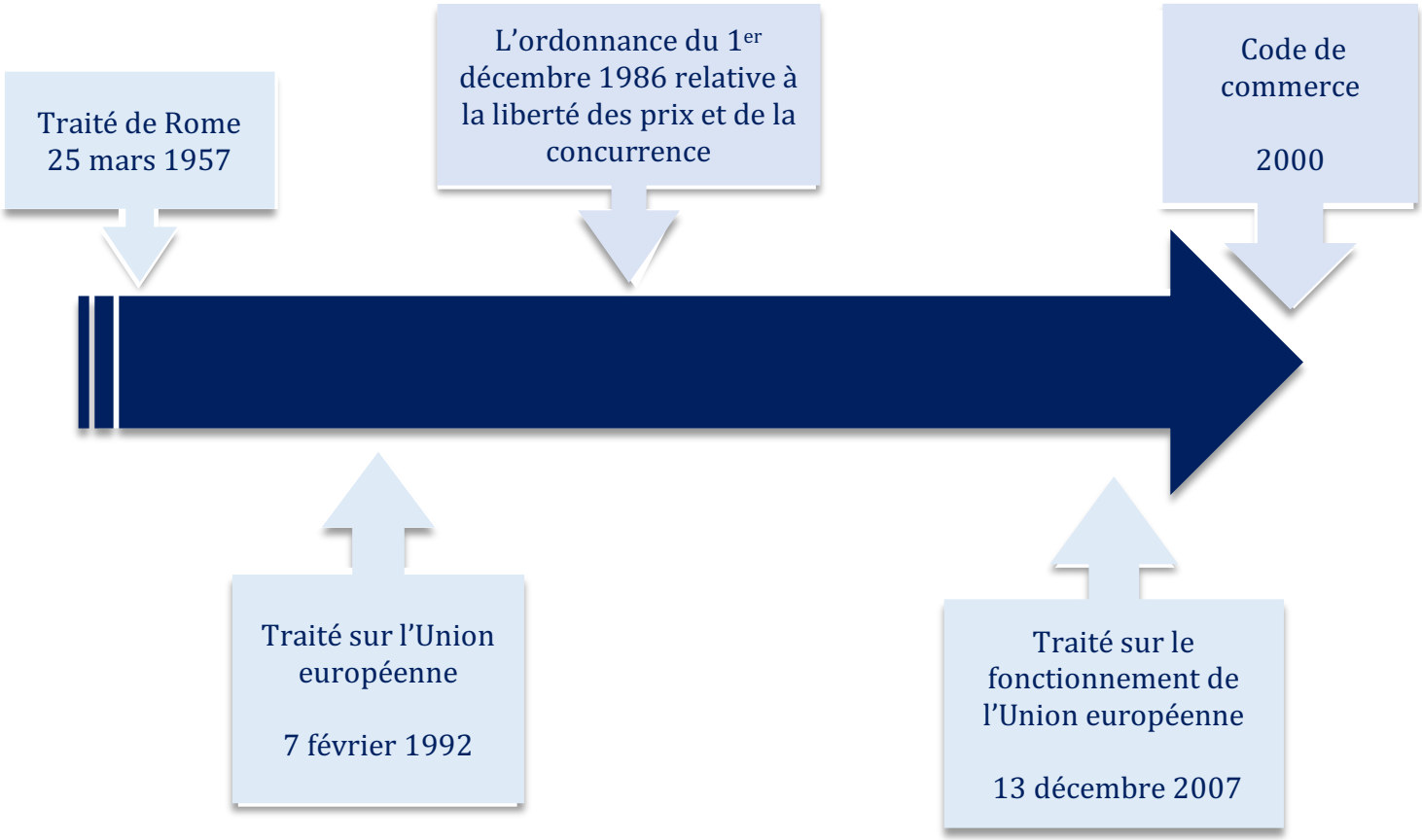
- Le **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)** du 13 décembre 2007, détermine le champ d'application du droit de la concurrence aux articles L.101 et L.102.

2° Réglementation nationale :

- **L'ordonnance du 1er décembre 1986** relative à la liberté des prix et de la concurrence

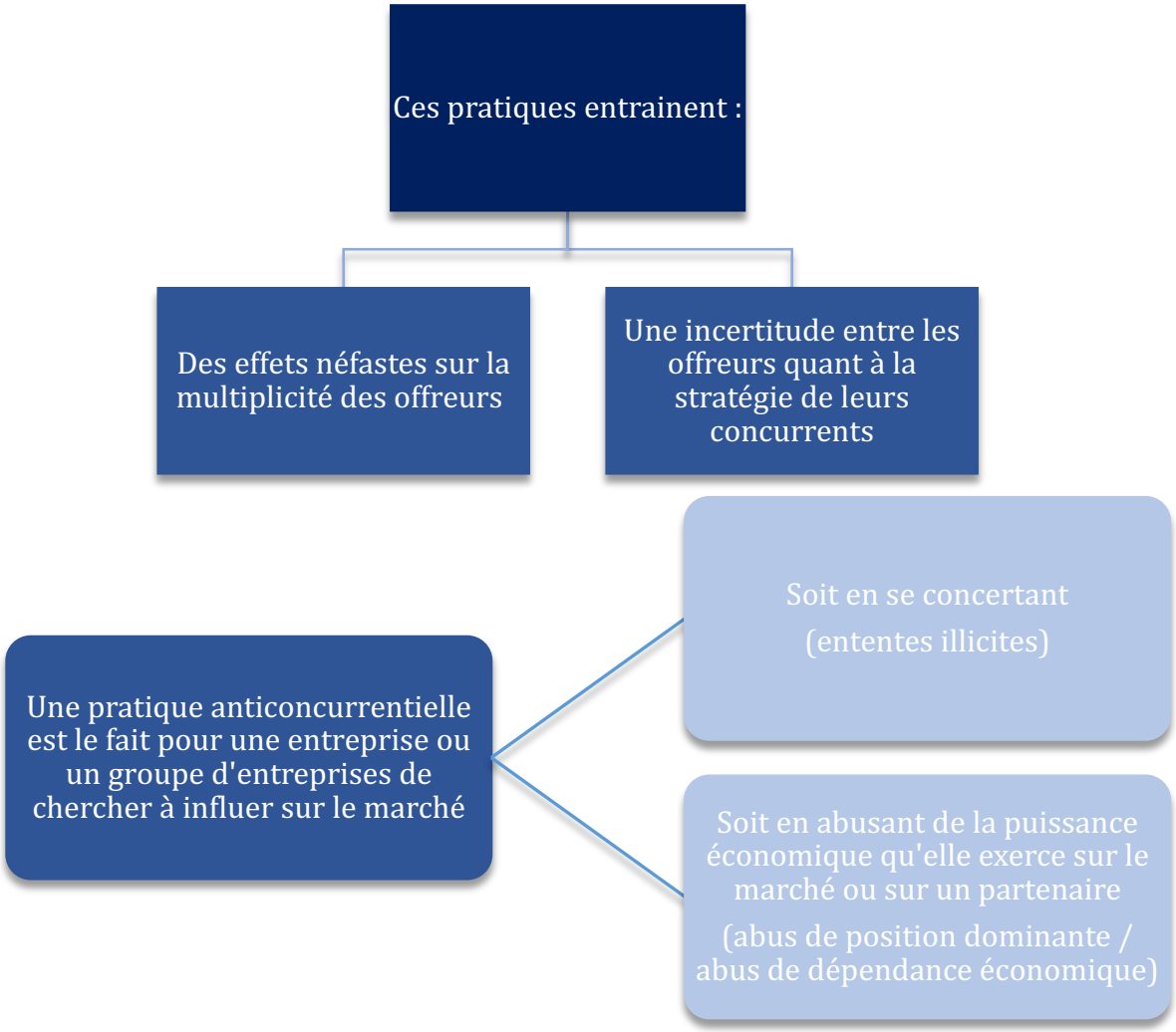
    - Son article 1er proclame la liberté des prix déterminés librement par le jeu de la concurrence

- Le **code de commerce** réformé en 2000, a abrogé l'ordonnance du 1er décembre 1986 et régit le champ d'application du droit de la concurrence.



4. Qu'est-ce qu'une pratique anticoncurrentielle ?

Les pratiques anticoncurrentielles ***sont des pratiques commises par des entreprises, c'est-à-dire des opérateurs économiques, candidats ou titulaires de contrats publics, afin de fausser la concurrence perturbant ainsi le bon fonctionnement du marché***.



Ces pratiques anticoncurrentielles représentent une atteinte au principe de la libre concurrence.

Les articles L.420-1 du code de commerce et suivants prohibent ces atteintes notamment lorsqu'elles ont « *pour objet ou (…) pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » et ont ainsi pour conséquence de « *limiter l'accès au marché, faire obstacle à la fixation des prix, limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* »

L'article 101 (ex. 81 TCE) du TFUE prohibe les « *accords entre entreprises* », les « *associations d'entreprises (…) susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu la concurrence à l'intérieur du marché commun* ».

Ces articles listent les pratiques interdites notamment celles de « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions* »

5. Le droit de la concurrence centré sur la notion d'entreprise et d'activité économique

Une entreprise est une **entité exerçant une activité économique**

5.1. L'entreprise

CJCE, 23 avril 1991, Höfner :

la CJCE a déterminé le champ d'application du droit de la concurrence et a défini l'entreprise comme étant "*toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement*".

En droit français :

Le champ d'application du droit de la concurrence a été précisé à l'article L.410-1 du code de commerce qui considère qu'il s'applique *" à toutes les activités de production, de distribution de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques"*.

5.2. L'activité économique

➔ CJCE, 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99 - Commission/Italie, 18 juin 1998, C-35/96, point 36 - CJCE, Pavlov e.a., 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, point 75 : « ***constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné*** »

Pour que l'activité d'une personne privée soit qualifiée d'activité économique, elle doit être lucrative.

Pour les personnes publiques c'est différent ! La personne publique a une activité principe qui est d'intérêt général et non pas économique.

Toutefois cela n'empêche pas qu'une personne publique voit l'une de ses activités qualifiées d'activité économique et donc qu'elle se voit appliquer le droit de la concurrence concernant son activité économique.

6. L'exception au droit de la concurrence

Le code de la commande publique prévoit, aux articles R. 2122-1 à R. 2122-11, la possibilité pour l'acheteur de recourir à un **marché sans publicité ni mise en concurrence** sous certaines conditions très strictes notamment un montant de marché inférieur à 40 000 euros H.T.

7. Les pratiques anticoncurrentielles en chiffre

➔ Dans son rapport annuel de 2019, l'Autorité de la concurrence a précisé que les ententes représentaient 71% du nombre de décisions de sanction prononcées.

Les résultats d'enquêtes transmis par la DGCCRF, au 31 décembre 2019 sont les suivants :

Affaires transmises	Affaires concluant à l'absence de pratiques	Affaires non retenues par l'Autorité	Affaires ayant fait l'objet d'une saisine ou d'autres suites
60	35	17	8

En 2019, l'Autorité de la concurrence a sanctionné :

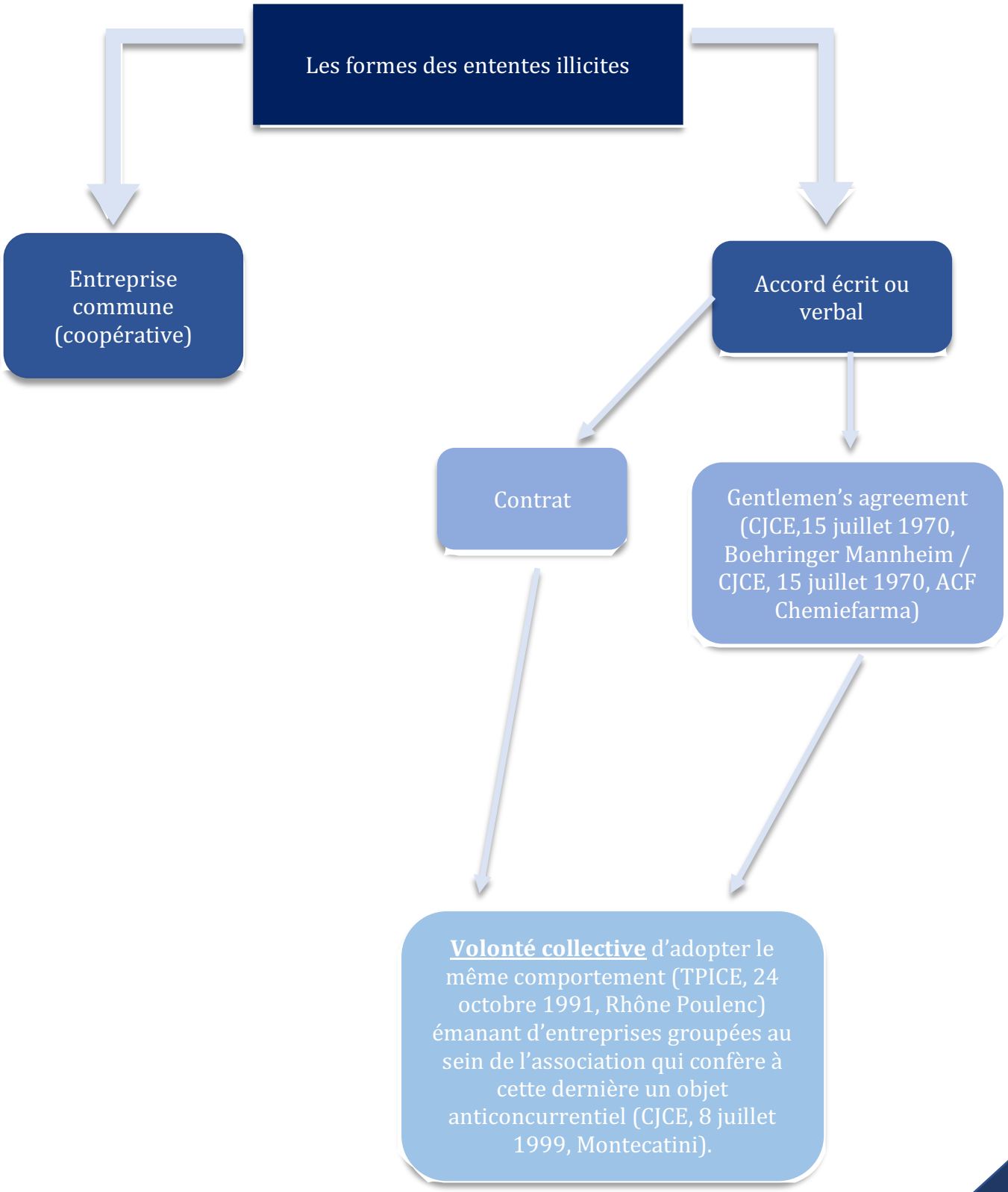
Abus de position dominante	1
Entente	10

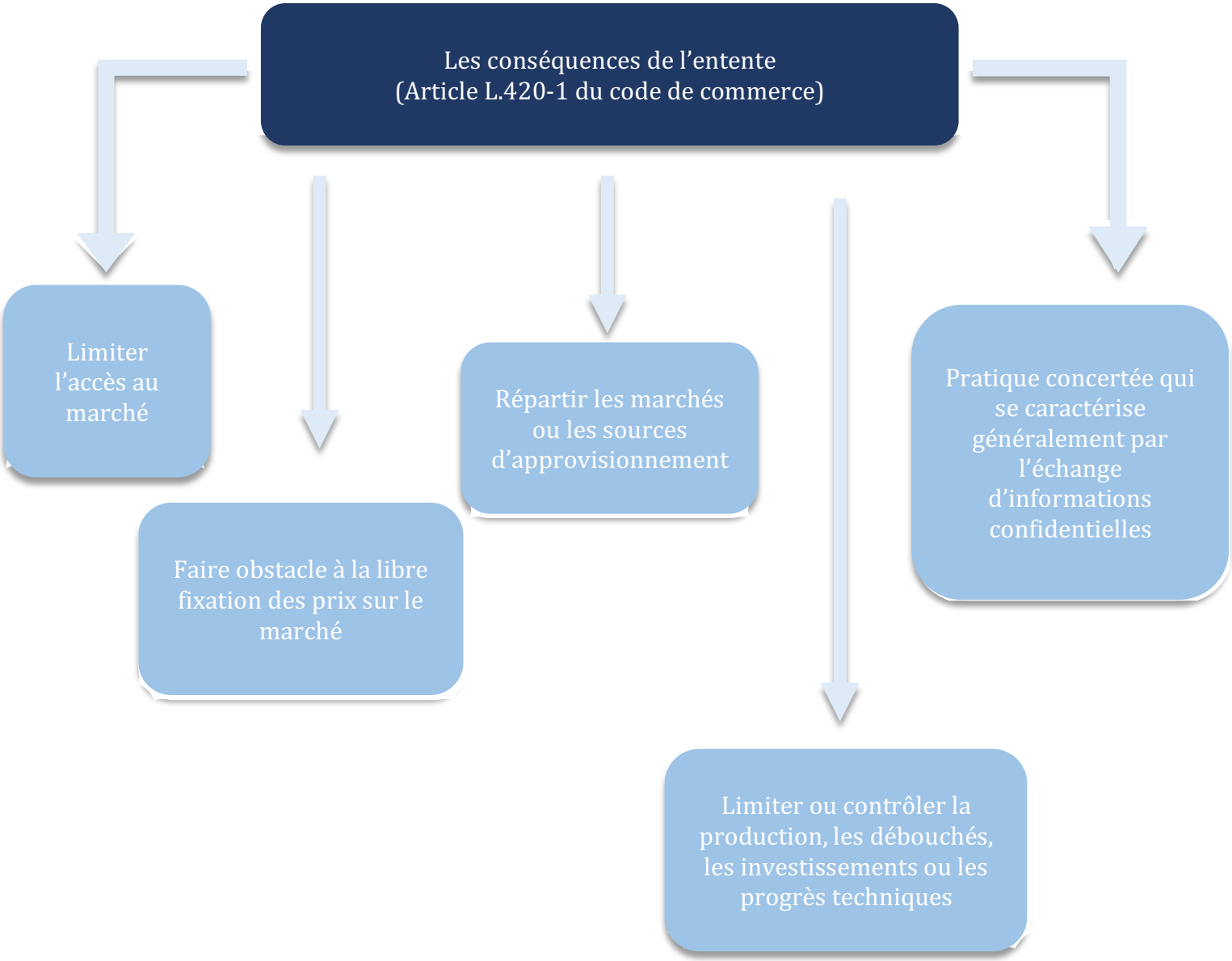
DEFINITION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

1. Qu'est-ce qu'une entente illicite ?

Sophie GRANDVUILLEMIN (Maître de conférence en droit privé) définit les ententes comme étant des concertations entre entreprises ayant pour but d'instaurer une discipline collective sur un marché.

Dans le cadre de marchés publics, les ententes sont horizontales et interviennent, ainsi, entre entreprises concurrentes, c'est-à-dire ayant le même niveau sur le marché.




Les conséquences de l'entente
(Article L.420-1 du code de commerce)
Limiter l'accès au marché
Faire obstacle à la libre fixation des prix sur le marché
Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement
Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques
Pratique concertée qui se caractérise généralement par l'échange d'informations confidentielles

2. Qu'est-ce qu'un abus de position dominante

Définition européenne :

"*Une situation de puissance économique détenue détenue par une entreprise qui lui donne 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.*"

CJCE, 14 février 1978, United Brands Company, 27/76

Définition nationale :

"*L'abus de position dominante consiste, pour une entreprise présente sur un marché, ou un groupe d'entreprises, à adopter un comportement visant à éliminer, à contraindre ou encore à dissuader tout concurrent d'entrer ou de se maintenir sur ce marché ou un marché connexe, faussant ainsi la concurrence*"

(economie.gouv.fr)

3 CONDITIONS CUMULATIVES POUR CARACTERISER L'ABUS DE POSITION DOMINANTE :

- L'existence d'une position dominante
- Une exploitation abusive de cette position
- Un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché pertinent.

RECONNAITRE, PREVENIR ET LUTTER CONTRE LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

AVANT PROPOS

Ce guide vise à donner l'ensemble des éléments qui permettront à l'acheteur public de reconnaitre, prévenir et lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

Eu égard aux besoins de l'acheteur et à la réalité des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, seuls les ententes et abus de position dominante y sont abordés.

Ce guide est présenté sous la forme de schémas afin de faciliter la compréhension de l'acheteur.

Avant la passation

Quels sont les moyens à la disposition de l'acheteur avant même la passation du marché ?

L'acheteur, avant le début de la passation du marché public, doit au préalable :

- Identifier le marché pertinent afin de délimiter le périmètre économique et/ou géographique au sein duquel l'entreprise peut mettre en place une pratique anticoncurrentielle ;

- Se pencher sur les spécificités inhérentes aux ententes et abus de position dominante dans ce marché pertinent

- Mettre en place des solutions pour prévenir toute atteinte à la concurrence

1. Définir le marché pertinent

Le marché est le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou services substituables (Aut. conc., Rapport annuel 2016, « *Pratique de l'Autorité de la concurrence* », p. 47.).

Principe : En matière de marchés publics, le marché pertinent est celui qui fait l'objet de la procédure de publicité et de mise en concurrence et il est par nature éphémère

Cependant, il est maintenant possible de se référer à deux réalités différentes

Le marché public en cause

Marché où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres (Cons. conc., déc. n° 2001-D-66, 10 oct. 2001, France Télécom)

L'Autorité de la concurrence privilégie cette approche plus globale car le marché public en cause est par nature éphémère

Ainsi, le marché global peut s'aborder de deux manières

Secteur d'activité visé par le marché public

Marché connexe : le marché est lié étroitement au marché public en cause, voire dépendant.
(ex : marché de vente de chariots assurant le transport de déchets hospitaliers / marché portant sur le traitement des déchets hospitaliers)

Pourquoi définir le marché pertinent ?

- Apprécier le pouvoir de marché d'une entreprise : sa capacité à augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés ;
- Cibler l'ensemble des offreurs potentiels susceptibles de répondre aux besoins de l'acheteur ;
- Apprécier à long/moyen terme les effets des pratiques mises en œuvre (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France).

La détermination du marché pertinent est essentielle pour caractériser un abus de position dominante. En effet, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 mai 2016 (*Cour d'Appel de Paris, n°2015/00301, 12 mai 2016)*, a reconnu la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de décider de ne pas poursuivre la procédure si elle décide, au regard des éléments du dossier, que le secteur sur lequel est allégué un abus de position dominante ne constitue pas un marché pertinent. Une position dominante ne peut donc être caractérisée sur ce marché.

Comment définir le marché pertinent ?

➔ L'intérêt ici pour l'acheteur est d'étudier les spécificités du secteur d'activité concerné, les opérateurs économiques en présence, afin de traduire au mieux sa demande dans les cahiers des charges (CCAP et CCTP). Cela permet à l'acheteur de prendre en compte l'entièreté des offres correspondant à son besoin sur le marché.

Etape 1 : Identification de biens et services substituables

La Commission européenne a rappelé, dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause, que le marché de produits *« comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ».*

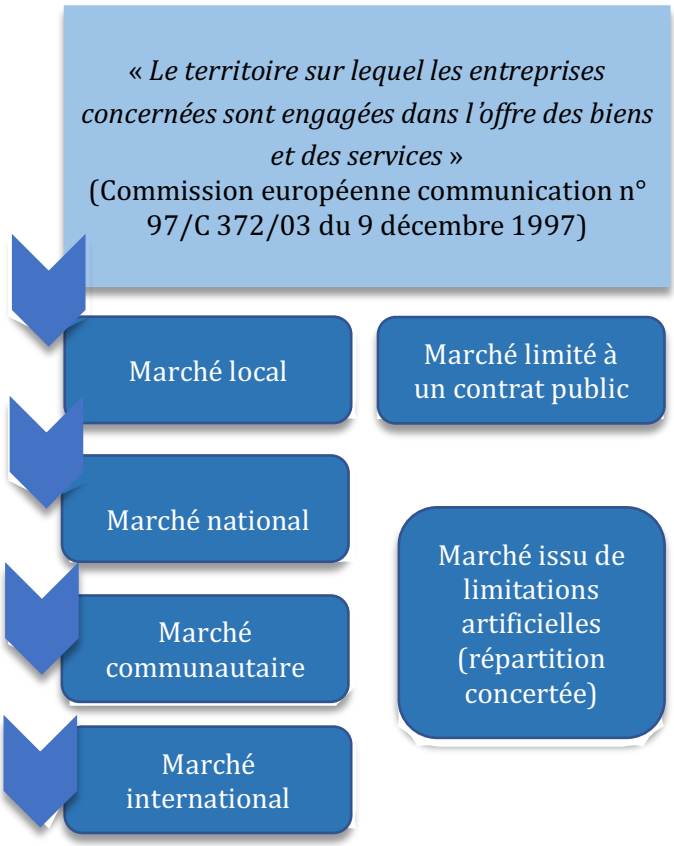
Plusieurs méthodes d'analyse économique possibles sont utilisées par l'Autorité de la concurrence

- La méthode descriptive : analyser les similarités ou les différences techniques de deux biens pour déterminer l'absence de substituabilité entre eux ;
- La méthode d'investigation : prise en compte du comportement des acheteurs ;
- La méthode économétrique : prise en compte des données chiffrées ;
- La méthode de l'élasticité croisée : observer la réaction des acheteurs en cas de hausse significative et non transitoire du prix (entre 5 et 10% sur un an) d'un des deux produits ou services considérés. Si l'élasticité croisée est positive cela signifie que l'augmentation du prix d'un bien entraîne l'augmentation de la demande d'un autre bien. Les deux biens sont donc substituables et concurrents au sein du marché de référence.

Autres faisceaux d'indices :

- Nature du bien
- Utilisation du bien
- Caractéristiques de l'offre
- …

Etape 2 : Détermination du périmètre géographique pertinent



➔ **En pratique**, il s'agit ici de savoir quelle est l'étendue géographique concernée par la pratique anticoncurrentielle en cause. En fonction de la nature du besoin, l'acheteur n'étudie pas un secteur d'activité dans sa globalité mais dans un secteur géographique donné.

Ex : Le marché circulaire d'approvisionnement des cantines d'établissements scolaires fait appel à des acteurs locaux.

Une entente peut être mise en œuvre à une échelle supérieure à celle visée par l'acheteur.

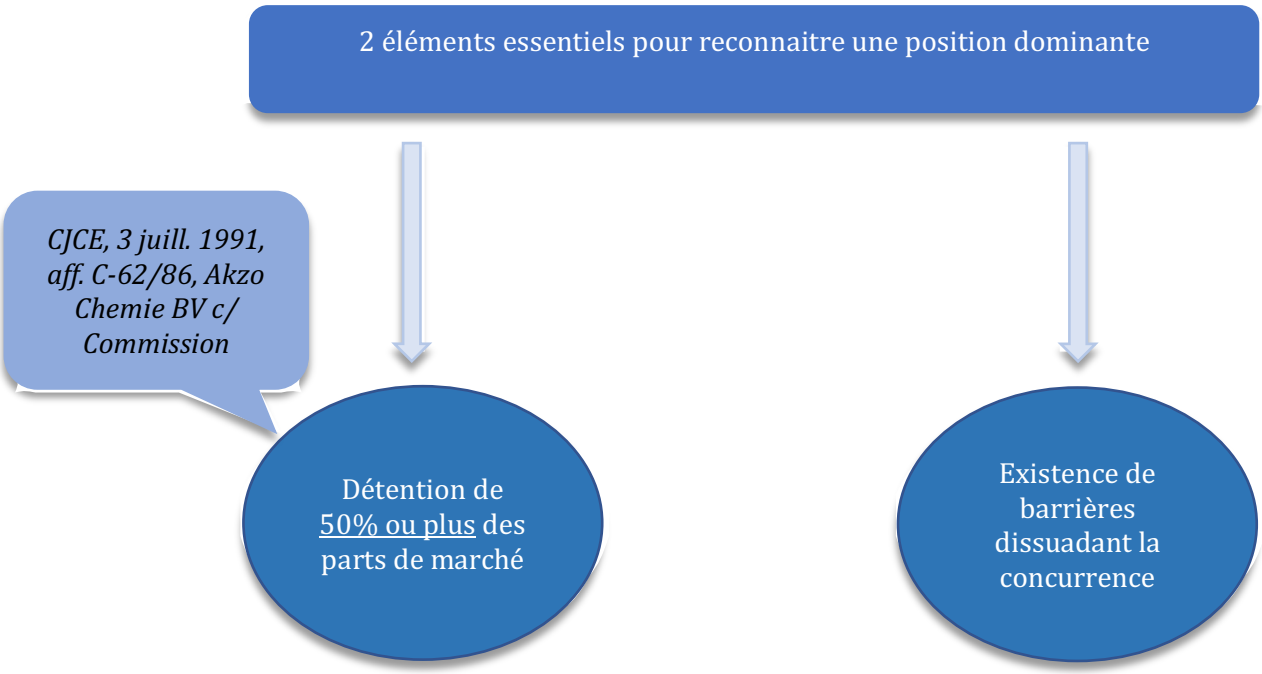
2. Les spécificités inhérentes aux ententes et abus de position dominante

2.1 Ententes

En principe l'article L. 464-6-1 du code de commerce applique un seuil d'atteinte à la concurrence caractérisé par le nombre de parts de marché possédées par les entreprises en cause. Lorsqu'il est dépassé l'entente illicite peut être poursuivie.

Dérogation à l'application du seuil en vertu du même article : lorsque l'entente concerne des contrats passés en application du code de la commande publique, le seuil ne s'applique pas

2.2 Abus de position dominante



Autres indices possibles :

- La durée de stabilité des parts de marché
- L'appartenance à un groupe de grande envergure
- Le degré de maturité du marché
- La détention d'une avancée technologique ou d'un savoir-faire spécifique
- Le statut de l'entreprise (publique ou privée)
- L'accès préférentiel à certaines matières premières ou sources de financement

Ce n'est pas la position dominante qui est illicite, mais son abus.

Il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas, pour déterminer la potentialité d'une position dominante qui dépend notamment de la structure du marché et de l'atomicité de l'offre.

Ainsi, une détention importante des parts de marché et des concurrents peu actifs sur le marché pertinent sont des indices probants de l'existence d'une position dominante. L'acheteur public doit également s'interroger sur la présence d'un éventuel monopole, qu'il soit de fait ou légal (ce dernier attribue par le biais d'une loi un droit exclusif à une entreprise et empêche l'entrée de concurrent sur le marché). EXEMPLE : EDF.

❖ Le risque d'abus de position dominante dans un marché connexe

EN PRATIQUE

L'acheteur public doit faire attention au risque d'abus de position dominante d'une entreprise en situation de monopole sur un marché connexe.
En effet, elle peut user de sa position sur ce marché connexe pour pratiquer des prix prédateurs sur le marché adjacent visé par l'acheteur (Décision n°05-D-38 du 5 juillet 2005).

L'opérateur peut utiliser l'image de marque ou la notoriété dont il dispose sur le marché connexe à même escient (Décision n° 17-D-06 du 21 mars 2017).

❖ Le risque d'abus de position dominante dans un marché d'exclusivité

Si l'acheteur choisit une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence pour attribuer un marché d'exclusivité de propriété intellectuelle (Article R2122-3 3° du code de la commande publique), il doit s'assurer de ne pas placer un candidat en situation d'abuser de sa position dominante.

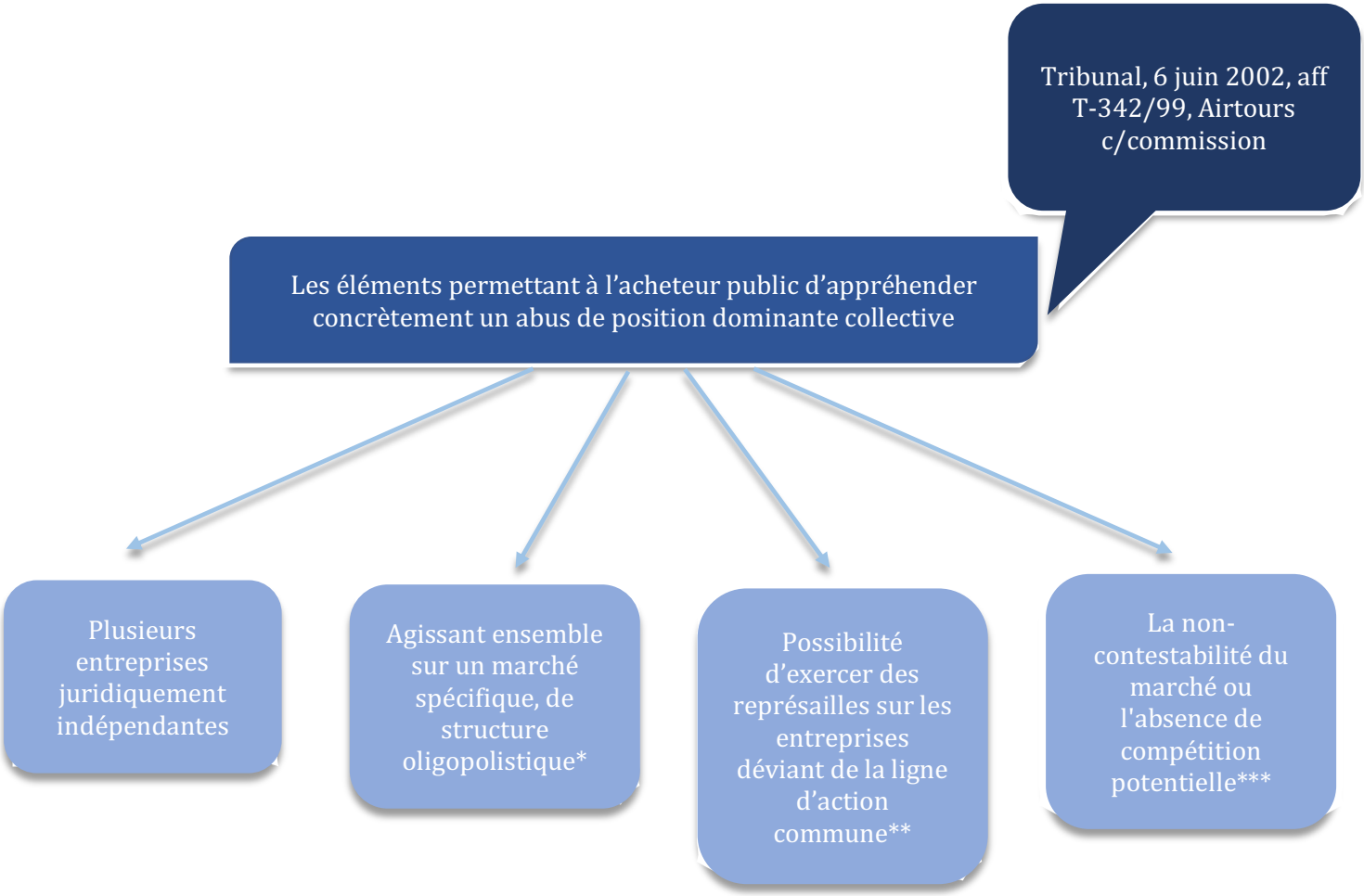
- Au stade du marché initial, il doit élargir son appel d'offres pour favoriser la concurrence entre les différentes technologies proposées, et éviter toute restriction sur le plan technique. Il convient également de garder une certaine indépendance entre les procédures de passation.

- Au stade des marchés ultérieurs, l'acheteur doit éviter que le candidat sortant abuse de son statut en considérant l'ensemble des technologies proposées. Les documents de la consultation doivent permettre de maintenir l'égalité d'information entre les candidats, notamment en favorisant l'accès aux données protégées par un droit exclusif.

2.3 L'abus de position dominante collective

➔ Une position dominante peut être due à une entreprise agissant seule, avec sa filiale ou dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Ce n'est pas la position dominante collective qui est illicite, mais <u>son abus</u>.



**connaissance du comportement des autres opérateurs et homogénéité des produits des entreprises permettant leur substituabilité*

L'arrêt Impala du TPICE (TPICE, 23 juillet 2006, aff. T-464/04, Impala) détermine que ces critères peuvent être établis sur la base d'indices et d'éléments hétérogènes.

***coordination stratégique, politique commerciale commune…*

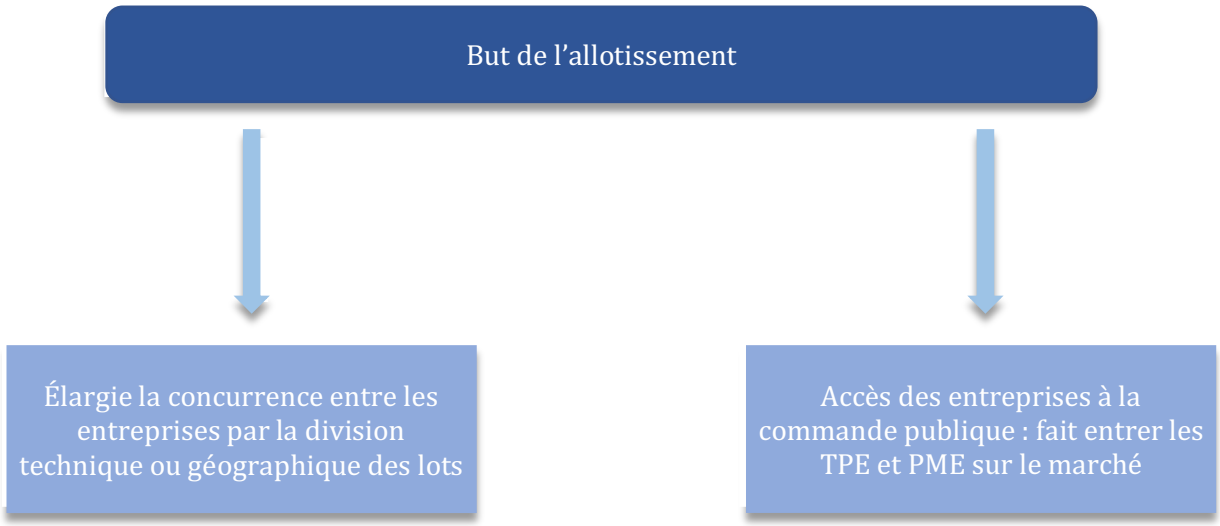
**** Il faut disposer d'une part conséquente du marché pertinent et qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion de s'écarter de la ligne de conduite commune.*

L'acheteur doit tenir compte de « *l'intensité [des liens structurels], de leur ancienneté, constance et aptitude à réunir les entreprises ainsi liées autour d'une ligne d'action commune* ».

La position dominante collective peut également être le résultat d'une entente. Il y aura alors un cumul d'infractions (Cons. conc., déc. n° 08-D-09, 6 mai 2008)

3. Prévenir les pratiques anticoncurrentielles avant la passation

Solution n°1 : L'allotissement



L'acheteur public est chargé de la définition de la consistance des lots. Il est nécessaire de prendre en considération le périmètre géographique et l'implantation sur le marché pertinent des opérateurs économiques en présence, afin d'avoir une procédure de mise en concurrence adaptée à l'environnement économique et concurrentiel.

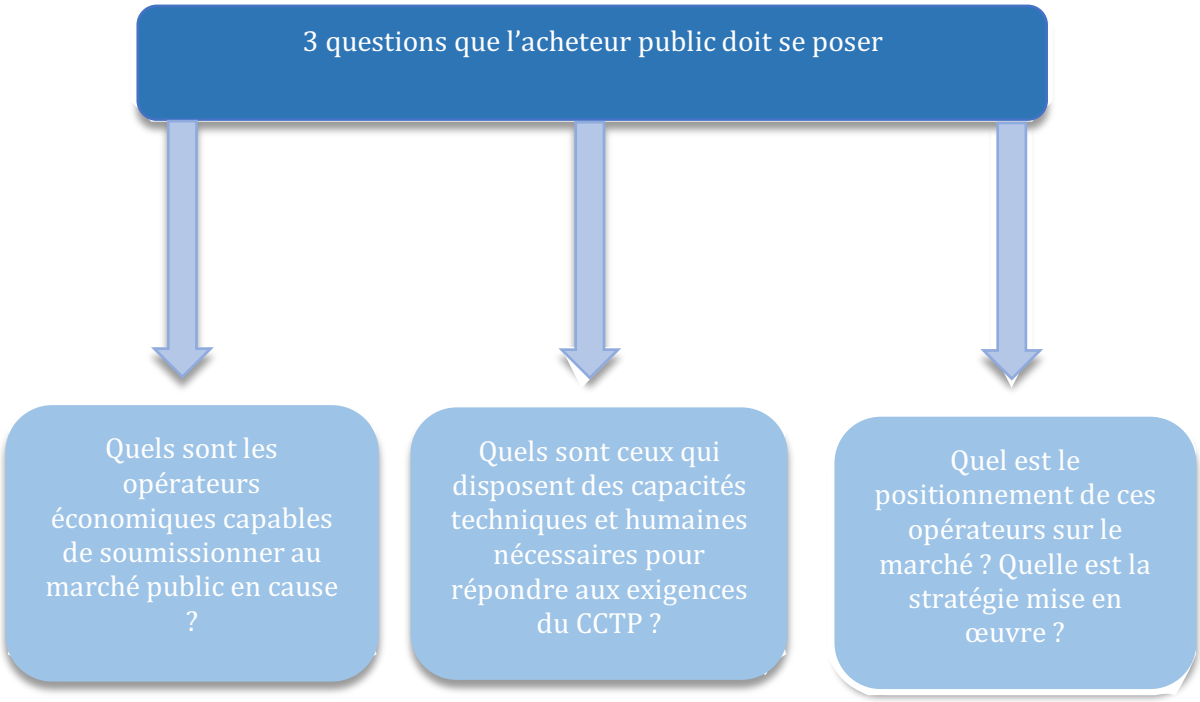
L'acheteur, dans l'établissement des lots, doit éviter à la fois :

- La massification des lots : l'acheteur ne doit pas commettre l'erreur d'allotir des prestations/travaux qui n'ont pas lieu d'être au risque d'être lui-même sanctionné.

- L'alourdissement excessif du périmètre des lots : risque d'entraver l'accès des PME au marché

Il doit également éviter d'utiliser l'allotissement dans une optique de favoriser un tissu économique local et ainsi de limiter le jeu concurrentiel.

Solution n°2 : L'analyse des opérateurs économiques présents sur le marché pertinent



Comment répondre à ces questions :

- Mettre en place une veille économique avant toute procédure de mise en concurrence ;
- Se référer à ses bases de données électroniques nationales des marchés publics (PLACE …) ;
- Suivre les études de l'Autorité de la Concurrence sur des secteurs donnés ;
- Passer par une phase de sourcing (Article R. 2111-1 du code de la commande publique), c'est-à-dire l'obtention, avant la conception de la consultation, d'une juste information sur l'état du marché économique visé et de ses potentielles situations problématiques au regard du droit de la concurrence ;
- Identifier les moyens des opérateurs pour adapter le cas échéant les conditions d'exécution des prestations et le niveau d'exigence.

Les formes d'opérateurs économiques « à risque »

1.Les ententes

1.0 Précision sur les organisations professionnelles:

En principe elle n'est pas soumise au droit de la concurrence car :
- Pas d'activité économique
- Pas directement active sur le marché

Engage sa responsabilité lorsqu'elle « *Contribue au cartel, même de façon subordonnée, accessoire ou passive* » (Arrêt Tribunal du 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, T-99/04, §133.)

Fournit, sciemment, les services ou moyens facilitant la mise en œuvre du cartel sans y prendre part (Décision n° 19-D-12 du 24 juin 2019, précitée, paragraphes 105 à 106.)

Approbation tacite ou absence de dénonciation de cette entente aux autorités (Arrêt Tribunal du 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, T-99/04, §133.)

Adoption d'un tarif commun applicable aux prestations fournies par les membres (Décision n° 19-D-12 du 24 juin 2019, précitée, paragraphes 91.)

Manquement au rappel des principes du droit de la concurrence (Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, précitée, paragraphe 1005.)

1.1 Les Groupes de sociétés :

Le groupe de société constitue une unité lorsque la société mère exerce une « *influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale* »

Elle est présumée lorsque :

(Décision 18-D-02 du 19 février 2018 / CJUE l'arrêt du 17 mai 2018 « Ecoservice projettai » UAB, C531/16)

- Liens économiques, organisationnels et juridiques unissent ces deux entités juridiques.
- La société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de la filiale.

« Le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché »

Plusieurs entreprises issues d'un même groupe candidatant à un même marché public

Ne constitue pas une entente, les candidatures individuelles malgré des échanges d'informations portant sur les offres par deux sociétés ne disposant pas de l'autonomie commerciale (arrêt du 17 mai 2018 « Ecoservice projettai » UAB, C531/16 §28 et §29 et Décision 20-D-19 du 25 novembre 2020)

L'acheteur public doit écarter deux offres, identiques provenant de sociétés appartenant au même groupe, pour un même lot/marché.

(Conseil d'Etat décision 8 décembre 2020, n° 436532)

Groupements momentanés : L'aspect d'extranéité du groupement momentané prime. Les entreprises ne peuvent procéder à des échanges d'informations couvertes par le secret des affaires.

Pour connaître l'affiliation de l'entreprise, l'acheteur doit effectuer sa demande dans l'appel d'offres ou dans le cahier des charges. Il ne peut en faire la demande après le lancement de l'appel d'offres (CJUE arrêt 17 mai 2018 « Ecoservice projettai » UAB, C531/16 §24)

1.2 Les groupements momentanés d'entreprises et la sous-traitance :

Le groupement momentané d'entreprises (GME) : accord momentané entre des entreprises pour élaborer une offre commune en réponse à un marché. Chaque entreprise membre est un cotraitant.

Le GME est suspect, par nature : il réunit des opérateurs économiques concurrents sur un marché (Cons. Conc. n° 98-D-26 7 avril 1998)

L'échec même de la constitution d'un groupement peut laisser supposer la présence d'une entente :

- Soit coordination des offres
- Soit échange d'informations antérieurement à la date où le résultat de la mise en concurrence est connu.

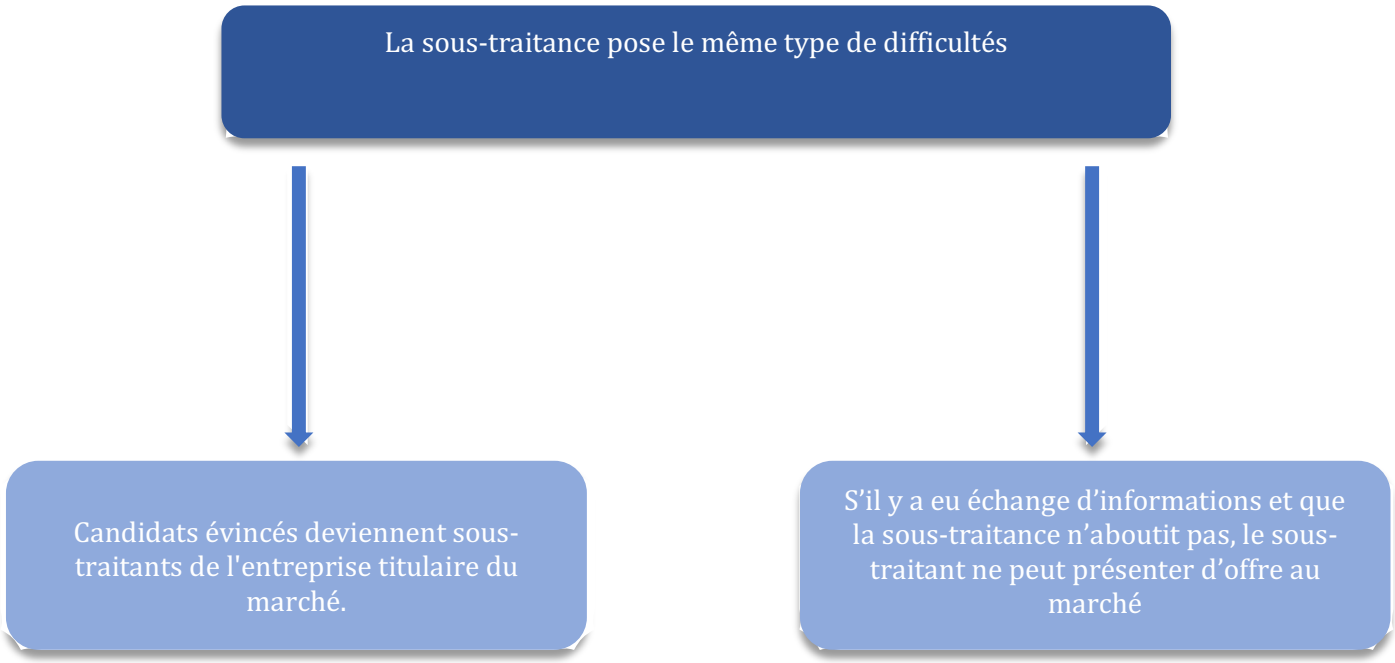
Échange d'informations relatives au prix préalablement au dépôt d'offres individuelles suite à l'échec de mise en place du groupement

➔ **Bien que le groupement soit suspect par nature il peut être justifié en fonction des contraintes imposées par le marché ou de la nature des opérateurs :**

Savoir si le groupement est justifié

- L'ampleur du besoin à satisfaire
- Moyens nécessités pour la réalisation des prestations (complémentarité des capacités techniques, professionnelles et financières)
- Ampleur des moyens dont disposent des membres.
  - Prise en compte des moyens réellement disponibles pour chacun des opérateurs.

Groupement réunissant la totalité ou grande majorité des offreurs potentiels rendant impossible le recours à des alternatives (Cons.Conc. n ° 01-D-16).


La sous-traitance pose le même type de difficultés
Candidats évincés deviennent sous-traitants de l'entreprise titulaire du marché.
S'il y a eu échange d'informations et que la sous-traitance n'aboutit pas, le sous-traitant ne peut présenter d'offre au marché

2. L'abus de position dominante d'un pouvoir adjudicateur membre d'un groupement momentané d'entreprises

L'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 permet aux pouvoirs adjudicateurs d'être candidats aux consultations publiques visant notamment l'attribution de marchés publics

Possibilité de constituer un groupement momentané d'entreprises

L'acheteur public, à l'origine de la consultation, doit faire attention à deux choses

En cas de sous-traitance, l'acheteur public doit s'assurer que le pouvoir adjudicateur candidat a respecté l'obligation de mise en concurrence préalable des opérateurs avant de désigner son sous-traitant (CJCE, 18 nov. 2004, aff. C-126/03, Commission c/ Allemagne : Rec. CJCE 2004, I, p. 11197)

La co-traitance ne doit pas se transformer en "*sous-traitance déguisée*" : choisir la forme juridique de la co-traitance pour s'abstenir d'appliquer les règles de publicité et de mise en concurrence de la sous-traitance

La présence d'un candidat pouvoir adjudicateur disposant d'une position dominante sur le marché concerné ne doit pas décourager les autres candidats potentiels de répondre à la consultation publique (Autorité de la concurrence, 2 juin 2009, déc. n° 09-D-18)

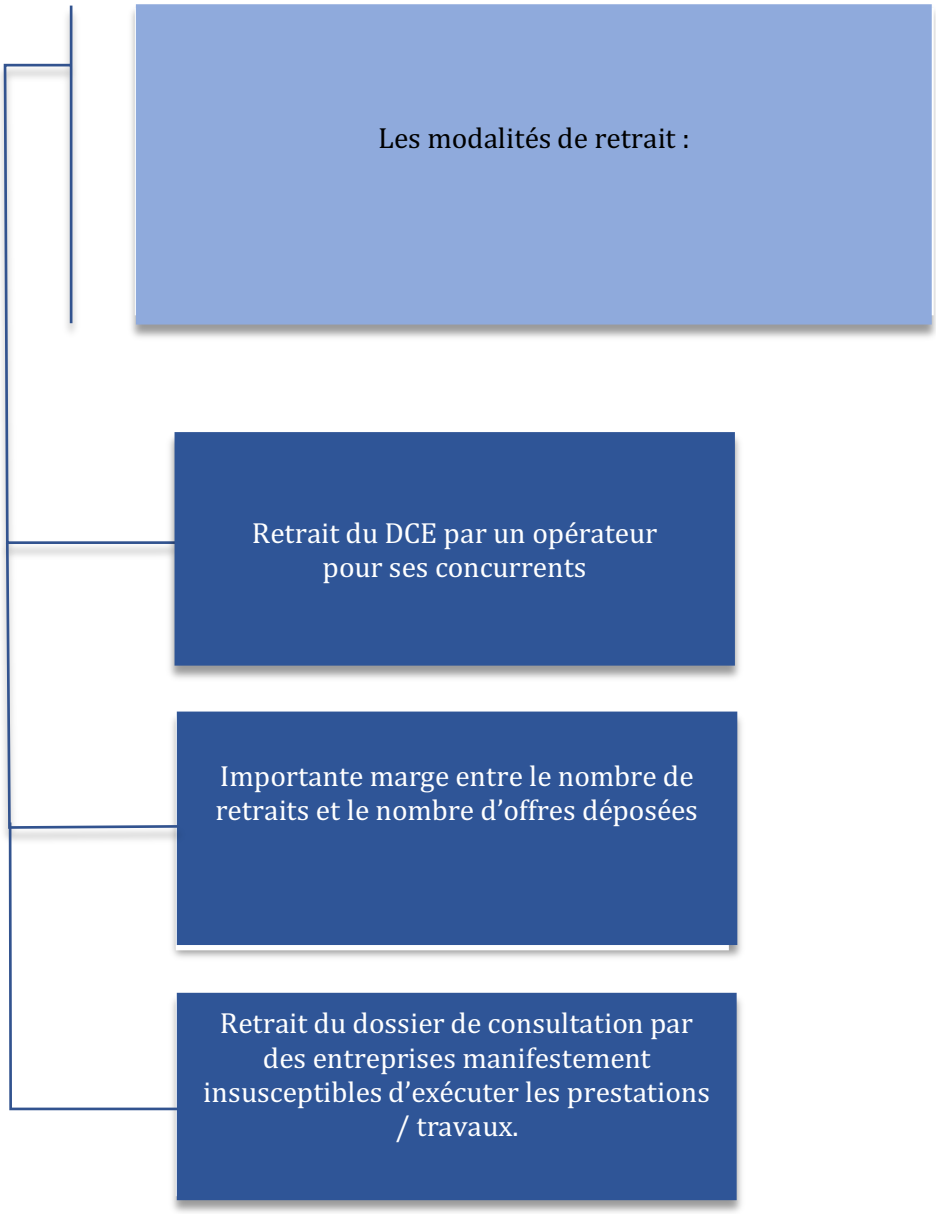
Pendant la passation

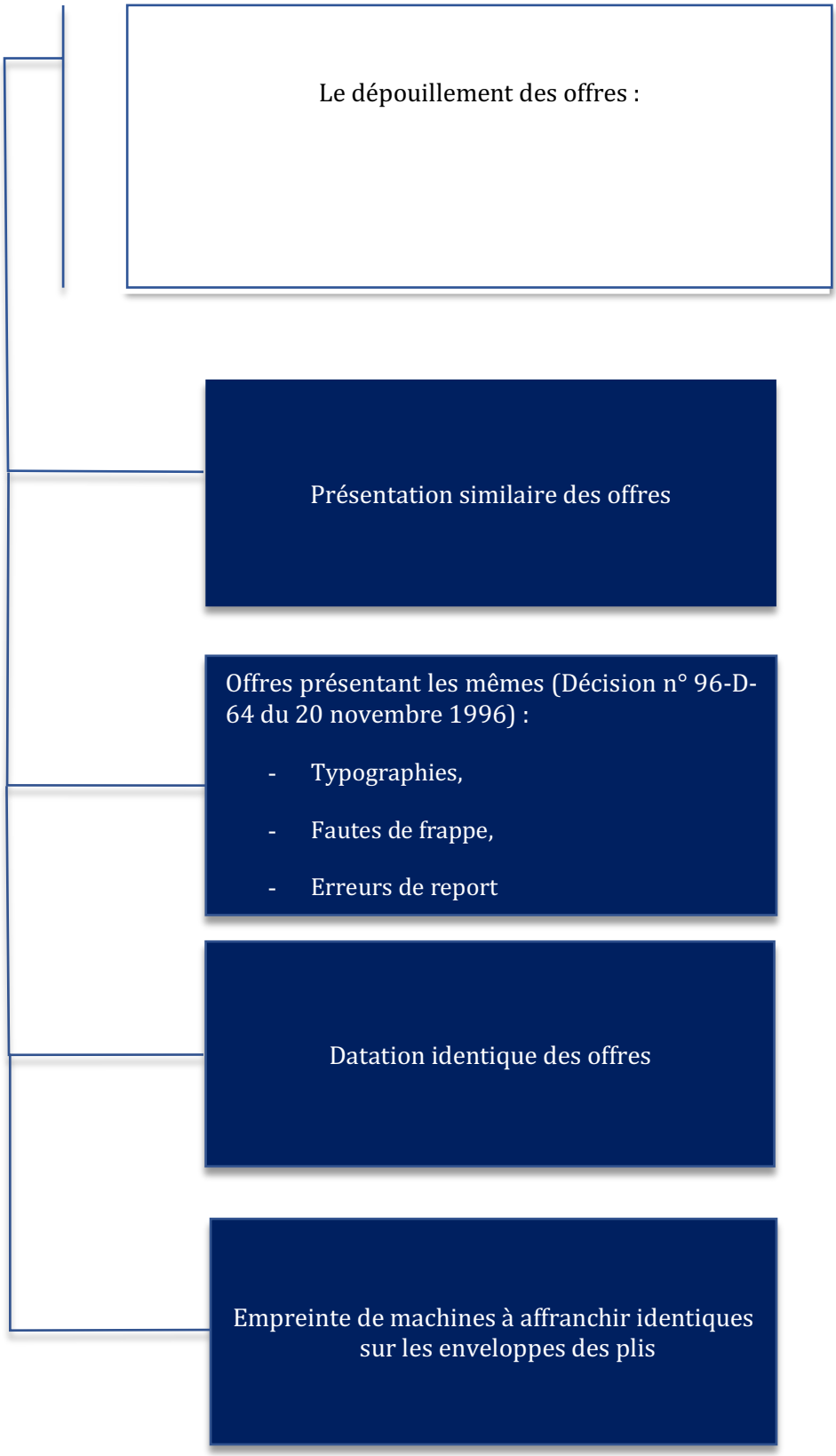
1. Détection de la pratique anticoncurrentielle via un faisceau d'indices

Du retrait du DCE à l'analyse des offres, l'acheteur dispose de plusieurs fenêtres lui permettant de détecter la présence d'une pratique anticoncurrentielle. Il s'agit ici de déterminer quels en sont les signes.

1.1 Entente

1.1.1 La détection




Le dépouillement des offres :
Présentation similaire des offres
Offres présentant les mêmes (Décision n° 96-D-64 du 20 novembre 1996) :
- Typographies,
- Fautes de frappe,
- Erreurs de report
Datation identique des offres
Empreinte de machines à affranchir identiques sur les enveloppes des plis

Analyse des offres

Absence d'offre volontaire

Opérateur économique dont on pouvait raisonnablement déduire sa participation à l'appel d'offres (Décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998)

Faciliter l'accès au marché aux opérateurs potentiels :

- L'allotissement lorsque celui-ci est possible
- Un cahier des charges comportant des éléments dissuasifs (excès de précision dans les prescriptions techniques). Il convient de viser le résultat plutôt que le moyen.

Solliciter les opérateurs économiques qui se sont abstenus de déposer une offre afin d'obtenir les motifs justifiant cette décision.

Offres de couverture

Liées à la commission de pratiques anticoncurrentielles sous-jacentes.

Prix élevé, voire anormalement élevé :

Prix qui dépasse ostensiblement les coûts liés à la réalisation des prestations au sein du secteur économique visé

L'offre anormalement basse :

Elle sera évincée en raison de son prix anormalement bas. L'hypothèse est plus rare.

- L'acheteur peut pour s'en prémunir porter son estimation à la connaissance des candidats durant la période de consultation du DCE.
- Se référer à l'étude du marché pertinent.

Offres irrégulières &
Offres inappropriées

Volonté de tromper l'acheteur sur l'étendue réelle de la concurrence. Elle a pour vocation d'être éliminée lors de l'analyse.

- Un professionnel pouvait-il raisonnablement élaborer cette offre ?
- L'erreur est-elle grossière ou manifeste ?
- Est-elle le produit de la complexité du DCE (cahier des clauses techniques…) ?

Article R2152-2 du code de la commande publique - Régularisation des offres irrégulières

« *Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.*

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. »

Alignement des prix

« Coordination des offres ou d'échanges d'informations limitant l'incertitude des opérateurs [vis à vis de l'offre de leurs concurrents] entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. »

(Cour d'appel de Paris, 3 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain, n°2009/01024)

L'acheteur doit faire attention aux formules types motivant les prix :

- Prix standards de marché
- Prix suggérés dans le secteur ...

1.1.2 Solutions générales

`

Limiter l'échange d'informations entre candidats lors de la préparation des consultations

Tenir confidentiel l'identité des participants

Prendre des rendez-vous individualisés lors du recours aux visites de sites

Préférer l'utilisation de procédures à distance lors du recours à des réunions de clarification ou négociation

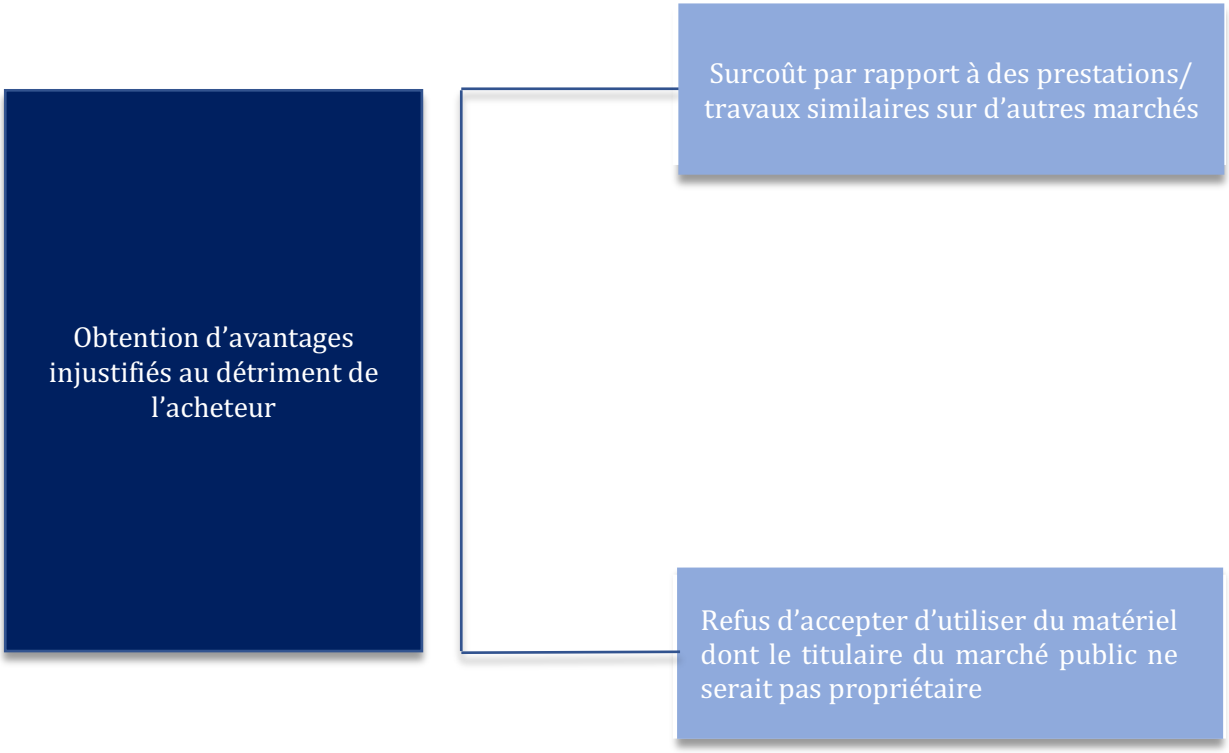
Sourcing. : les congrès de fournisseurs ne doivent pas devenir une opportunité pour les opérateurs économiques de former des ententes.

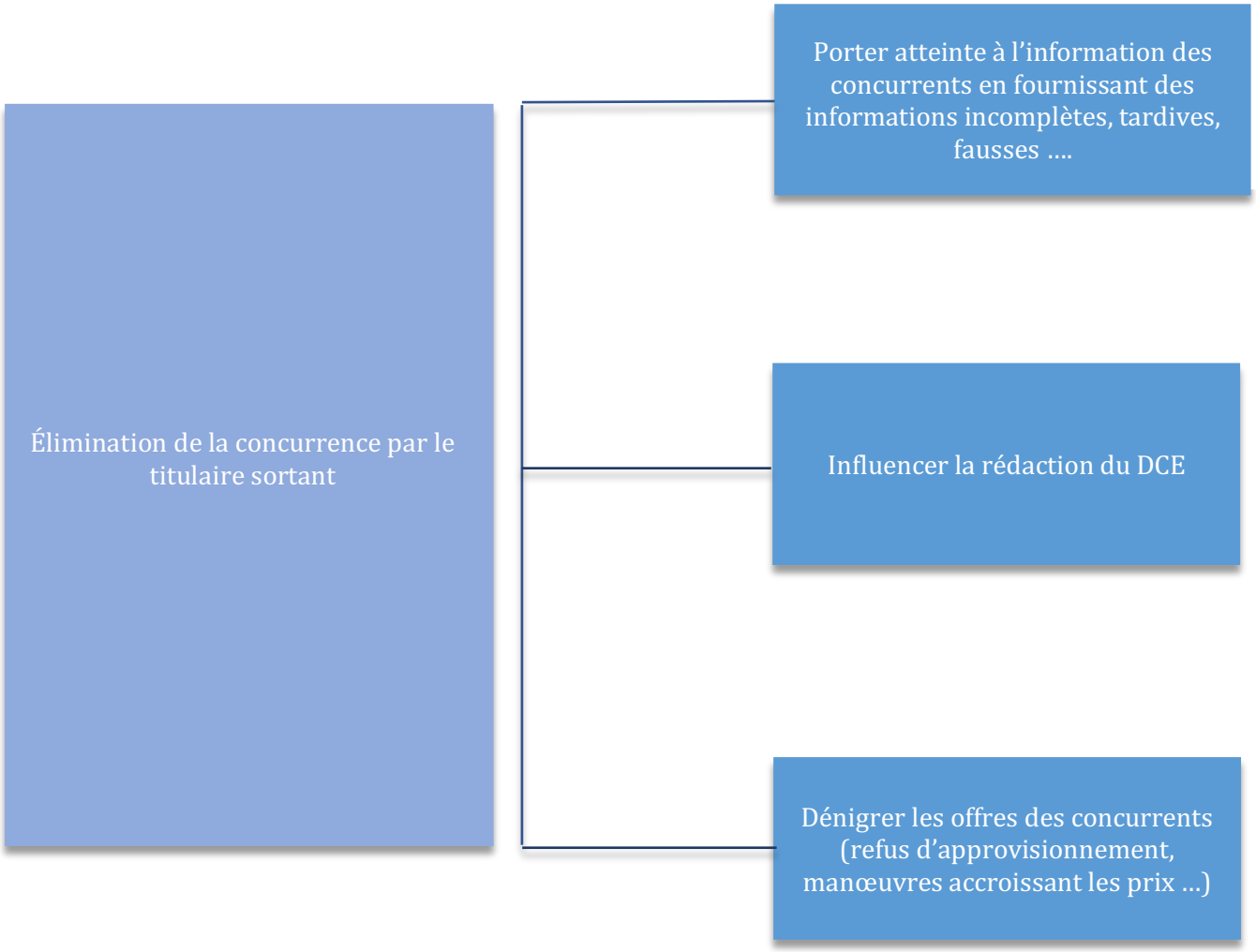
L'acheteur peut demander aux opérateurs candidats au marché de fournir un document attestant qu'ils n'ont participé à aucune collusion et présentent une offre indépendante.

Si malgré ces mesures, l'acheteur réunit des éléments prouvant la mise en place d'une entente, il peut alors, en application de l'article L2141-9 du code de la commande publique exclure les candidats soupçonnés de la procédure de passation.

1.2 Abus de position dominante

➔ Dans une communication de la Commission Européenne du 3 décembre 2008 sur l'application de l'article 82 (aujourd'hui article 102 TFUE) aux pratiques d'exclusion les plus courantes, il a été reconnu à l'acheteur la possibilité de démontrer uniquement l'existence de preuves convaincantes indiquant qu'un préjudice est susceptible de se produire. **Il n'est donc pas nécessaire d'établir qu'un concurrent a été effectivement exclu du marché.**





Être titulaire sortant ne signifie pas forcément qu'il y a une situation de dominance. (Aut. conc., déc. n° 08-D-24, 22 oct. 2008).

L'abus de position dominante n'est également pas automatique si le nouvel attributaire est à la fois le titulaire sortant et en situation de position dominante. (CAA Paris, 5 févr. 2021, n° 20PA00908).

➔ L'acheteur peut se référer à la fiche pratique de la DGCCRF datant de novembre 2020, qui répertorie les typologies d'abus de position dominante :

Typologie d'abus	En quoi cela consiste ?	Décisions
prix prédateurs	*« La prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer ou d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents ».*	ADLC n°04-D-17 § 66
prix discriminatoires	Une *« pratique de discrimination tarifaire non justifiée par une différence objective de situation, appliquée par un opérateur en position dominante, est de nature à renforcer ce dernier ».*	ADLC n°14-D-05 § 244
Traitement discriminatoire	*« l'entreprise dominante traite de manière discriminatoire ou aléatoire des clients qui opèrent sur un même marché ».*	ADLC n°19-D-26 § 358 et suivants
remises fidélisantes	*« Pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier - fût-ce à leur demande - des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue (…) une exploitation abusive d'une position dominante ».*	Paris 9 nov. 2004 RG n°2004/08960
remises de couplage	*« le système de remise sur ventes liées adopté par les laboratoires X, incitant les acheteurs à privilégier l'offre de leurs spécialités en concurrence, était de nature à fausser de manière sensible la concurrence sur les marchés de produits en cause et à limiter l'accès à ces marchés ».*	Cass. Com. 28 juin 2005 n°04-13.910
Rétention et utilisation d'informations	*« Dans la mesure où la communication de ces informations par la société TDF à ses concurrents éventuels était l'unique moyen d'ouvrir ce marché, tout refus de sa part de les transmettre, fussent-elles couvertes par le secret des affaires, aurait constitué une exploitation abusive de sa position dominante ».*	Paris 12 octobre 2017 n°15/14038
dénigrement	*« convenir de diffuser des propos qui sont de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre un produit concurrent, afin d'affaiblir sa position sur un marché, constitue une pratique restrictive de concurrence par son objet ».*	Paris 26 mars 2015 n°2014/03330

(Fiche pratique, *L'abus de position dominante* DGCCRF, novembre 2020)

NB : Le risque de la pratique de prix prédateurs est accru lorsqu'il s'agit d'une candidature d'une personne publique. L'avis Jean-Louis Bernard Consultant du Conseil d'État du 8 novembre 2000 (CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208 : JurisData n° 2000-061174), encadre cette candidature en imposant à la personne publique que les prix qu'elle propose « *prennent en compte l'ensemble des coûts directs et indirects et que les ressources qu'elle tire de ses missions de service public ne soient pas utilisées pour financer ses activités concurrentielles* ».

L'acheteur public doit donc s'assurer qu'il existe bien une séparation entre les activités de service public et les activités concurrentielles, en vérifiant notamment les statuts et les éléments comptables attestant qu'il n'y a pas de subventions croisées propices à la pratique de prix prédateurs.

Pour qualifier une pratique de prix bas de prédation, la jurisprudence Akzo de la CJCE (CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie BV c/ Comm. européenne : Rec. CJCE 1991, p. I-3359) a introduit le « *test coût* » : si les prix fixés sont **en dessous** du coût variable moyen, ils sont considérés comme prédateurs ; si les prix fixés sont **au-dessus** du coût variable moyen mais en dessous du coût total moyen, ils sont sont considérés comme prédateurs uniquement lorsque la démonstration de l'intention de nuire à son concurrent est apportée.

Un critère prix trop élevé (coefficients de pondération 70 %) :

- Neutralise le critère technique de l'offre et entraine des offres à marges négatives.
- Obstacles aux nouveaux opérateurs : pour s'implanter une partie du coût sera répercutée sur le marché convoité.

Les risques d'abus de position dominante dans les contrats de coopération public/public

Dans le cadre d'un arrêt rendu par la CJUE le 28 mai 2020 (CJUE, 28 mai 2020, aff. C-796/18, ISE mbH c/ ville de Cologne), à propos d'un contrat sur la mise à disposition d'un logiciel gratuit par une personne publique à une autre personne publique, l'Avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona a mis en garde contre le risque d'abus de position dominante :

« *L'auto-approvisionnement 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* ».

L'acheteur public doit donc être vigilant lorsqu'il décide de passer ce type de contrat, afin d'éviter tout risque d'abus de position dominante.

2. Appréhension des pratiques anticoncurrentielles par leurs objectifs

2 objectifs communs aux ententes et abus de position dominante

Réduction du périmètre

(La présentation d'une offre par un nombre réduit d'opérateurs économiques, l'absence d'offre d'opérateurs dont l'acheteur était raisonnablement en droit d'en attendre une ….)

Renchérissement du prix

(Renchérissement systémique des prix des offres pour un secteur économique et un territoire déterminé, raréfaction des offres, existence d'offres « auto neutralisées » …)

Objectif spécifique à l'entente : la répartition du marché

(Parallélisme des comportements en termes de présentation des offres, confortement systématique d'opérateurs déterminés sur des marchés ou des lots « historiques » …)

Solution: si le marché est alloti, prévoir des dates de remise des offres différentes sur l'ensemble du territoire considéré

Indiquer dans le DCE les sanctions applicables aux entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles.

En cas de doute, vérifier que le candidat n'a pas pris part à une pratique anticoncurrentielle lors de précédentes consultations.

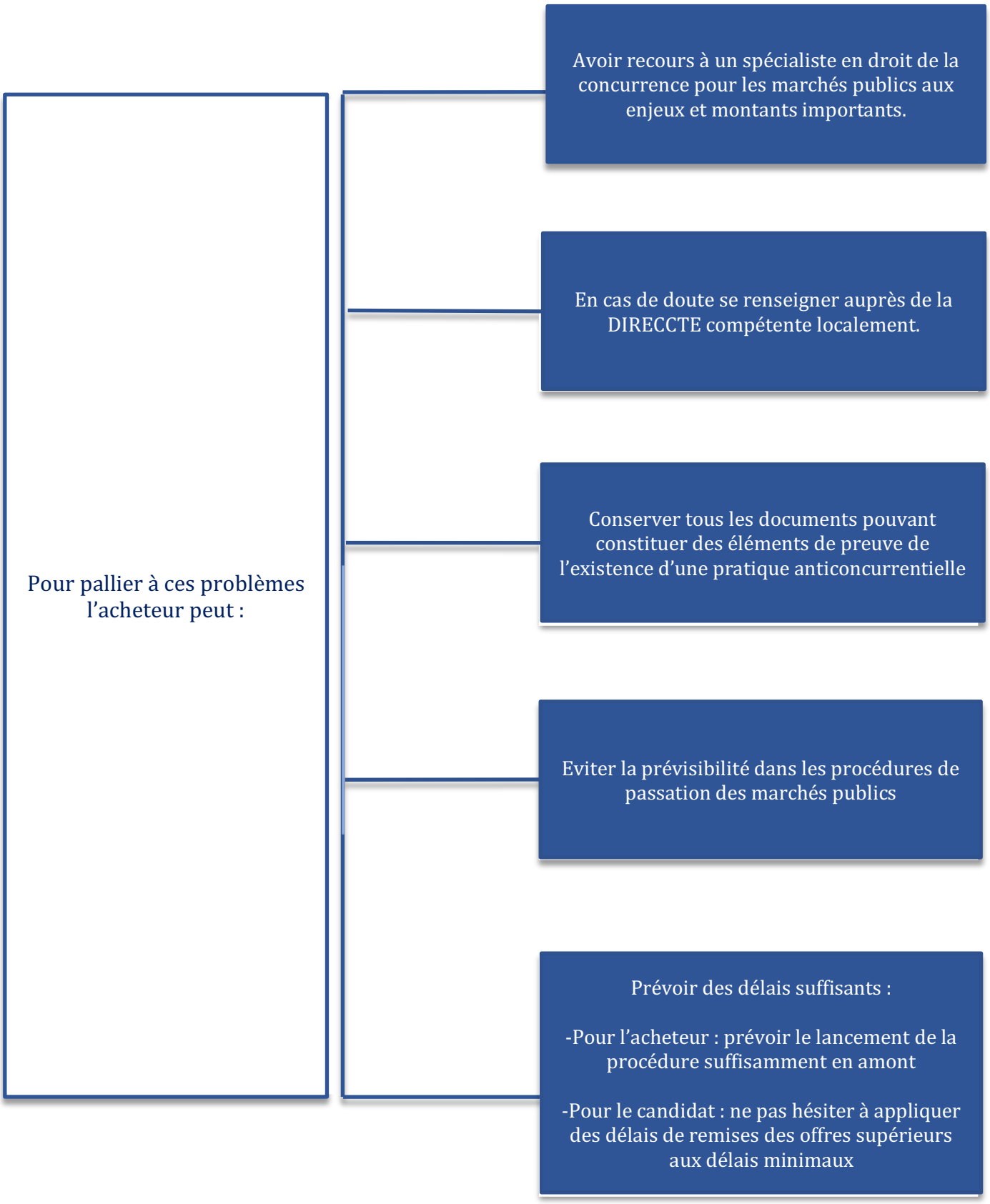
Les erreurs à éviter et les solutions

Les difficultés auxquelles est confronté l'acheteur

- Pas de moyens d'investigation : le code de la commande publique n'octroie pas à l'acheteur les capacités d'enquêter pour déceler une pratique anti-concurrentielle.
- L'acheteur est soumis à des contraintes de temps et des contraintes politiques : les délais de remise des plis coïncident régulièrement aux délais minimaux imposés par le code.
  - Volonté générale d' « *optimisation* » de la durée d'analyse des candidatures et offres : réticence à suspendre la procédure afin de poser des questions aux entreprises pour obtenir des informations complémentaires.

Ainsi il y a 2 tendances :

- Choix d'éviter une potentielle éviction irrégulière pour ne pas s'exposer à un risque de recours contentieux du candidat évincé.
- Déclare la procédure sans suite pour un motif d'intérêt général du fait d'une concurrence insuffisante.


Pour pallier à ces problèmes l'acheteur peut :
Avoir recours à un spécialiste en droit de la concurrence pour les marchés publics aux enjeux et montants importants.
En cas de doute se renseigner auprès de la DIRECCTE compétente localement.
Conserver tous les documents pouvant constituer des éléments de preuve de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle
Eviter la prévisibilité dans les procédures de passation des marchés publics
Prévoir des délais suffisants :
-Pour l'acheteur : prévoir le lancement de la procédure suffisamment en amont
-Pour le candidat : ne pas hésiter à appliquer des délais de remises des offres supérieurs aux délais minimaux

CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

AVANT PROPOS

Le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est relativement favorable à la personne publique qui en est victime dans le cadre de la passation d'un marché public.

De par son statut de victime, l'acheteur public dispose de plusieurs moyens afin de faire sanctionner les entreprises qui en sont les auteures et qui ont ainsi pu fausser le choix de l'attributaire du marché.

A ce titre, il peut cumulativement saisir l'Autorité de la concurrence et le juge administratif.

LA SAISINE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

Pourquoi saisir l'Autorité de la concurrence ?

La saisine de l'Autorité de la concurrence peut constituer une première étape contentieuse. En effet, la décision de l'Autorité de la concurrence va permettre :

- Que la pratique dénoncée par l'acheteur public puisse recevoir officiellement la qualification de pratique anticoncurrentielle ;
- Surmonter les difficultés probatoires dans le cadre d'un recours indemnitaire devant le juge administratif ;
- Une première sanction des entreprises auteures de ces pratiques.

1. La compétence de l'Autorité de la concurrence en matière de commande publique

La compétence de l'Autorité de la concurrence est subordonnée à l'applicabilité du droit de la concurrence

Article L.410-1 du code de commerce :

"*Les règles définies au présent livre* ***s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques****, notamment dans le cadre de convention de délégation de service public*"

S'agissant précisemment des marchés publics :

L'Autorité de la concurrence considère que les entreprises qui déposent des offres en réponse à un appel d'offres exercent une activité qui relève de l'article L.410-1 dont l'Autorité de la concurrence peut se saisir.

Autorité de la concurrence, 2 juin 2009, décision n°09-D-18

Pour relever de la compétence de l'Autorité de la concurrence, les pratiques en cause ne doivent **pas constituer des actes administratifs**, **concerner la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique** et que **leur examen ne doit pas impliquer une appréciation de la validité des actes administratifs**.

Autorité de la concurrence, 2 juin 2009, n°09-D-18

Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles reposent essentiellement sur l'Autorité de la concurrence. Le ministre chargé de l'économie a cependant compétence pour sanctionner les « *micro-pac* », pratiques anticoncurrentielles de moindre ampleur.

➔ ***Qu'est-ce qu'une « micro-pac » ?***

Une pratique anticoncurrentielle

qui porte atteinte à un marché local

et qui n'affecte pas le commerce entre les états membres de l'UE

commise par une petite ou moyenne entreprise (CA de 50 millions d'€ maximum, 200 millions d'€ si plusieurs entreprises)

Article L. 464-9 du code de commerce

Sanction par le ministre de l'Économie

Injonction

Exemple : ordonner à l'entreprise de « *s'abstenir à l'avenir de tout échange d'information avec des entreprises concurrentes préalablement aux appels à la concurrence, qu'ils soient publics ou privés* »

Transaction

Proposer à l'entreprise d'échapper à une sanction de l'Autorité de la concurrence en versant une somme au Trésor Public

Le respect de ces sanctions par l'entreprise éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence

Saisine de l'Autorité de la concurrence possible si l'entreprise refuse la sanction ou ne la respecte pas

ATTENTION :

Les ententes dans les contrats publics, du fait de la localité de certains contrats, peuvent relever des micro-pac et être sanctionnées moins lourdement que par l'Autorité de la concurrence. La somme versée dans le cadre de la transaction est en effet plafonnée à 150 000€ ou 5% du dernier chiffre d'affaires en France (article L.464-9 du code de commerce).

2. La saisine de l'Autorité de la concurrence par les personnes publiques victimes de pratique anticoncurrentielle

Qui peut saisir l'Autorité de la concurrence ?

Les dispositions combinées des articles L.462-5 et L.462-1 du code de commerce prévoient que peuvent saisir l'Autorité de la concurrence :

- Le ministre chargé de l'économie
- Les collectivités territoriales
- Les organisations professionnelles et syndicales
- Les organisations de consommateurs agréées
- Les chambres d'agricultures, de métiers ou de commerce et de l'industrie
- La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
- Les entreprises en leur qualité d'opérateur économique

2.1. Le contenu de la saisine

Que doit indiquer l'acheteur dans sa saisine de l'Autorité de la concurrence ?

L'acheteur doit préciser l'objet de sa saisine.

L'acheteur doit mentionner les dispositions du droit national ou communautaire de la concurrence sur lesquelles il se fonde.

L'acheteur doit indiquer la dénomination ou forme sociale, l'activité et l'adresse de la personne morale qu'il représente.

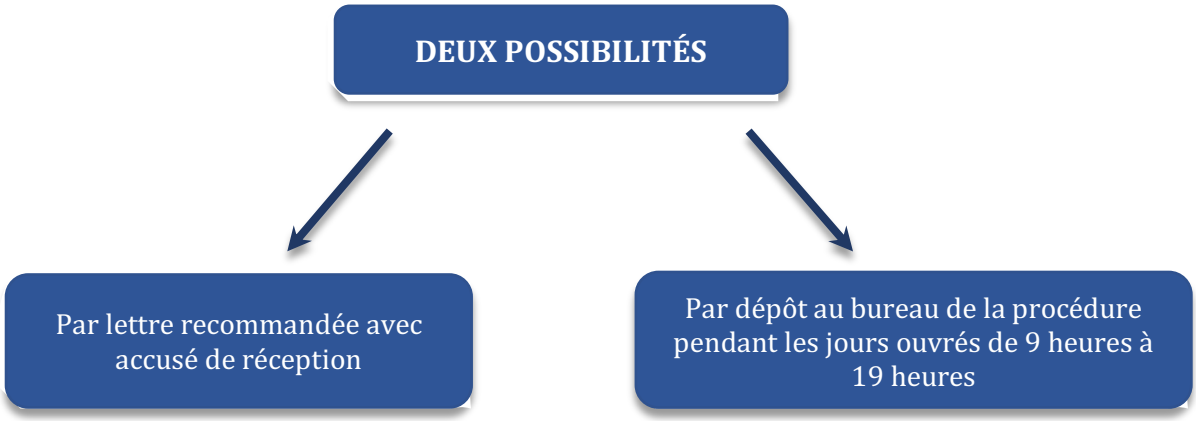
Articles L.420-1 et suivants du code de commerce

Articles 101 et 102 TFUE

Si l'acheteur omet d'indiquer l'une de ces mentions, une demande de régularisation lui sera adressée. Un délai de 2 mois lui est alors imparti pour régulariser sa saisine.

2.2. Modalités de la saisine

Comment adresser une saisine à l'Autorité de la concurrence ?



➔ La saisine devra être envoyée ou déposée en **4 exemplaires**, à l'adresse suivante :

Autorité de la concurrence
A l'attention du Chef du bureau de la procédure
11 rue de l'échelle
75001 Paris

2.3. Le délai pour agir

POINT DE DEPART :

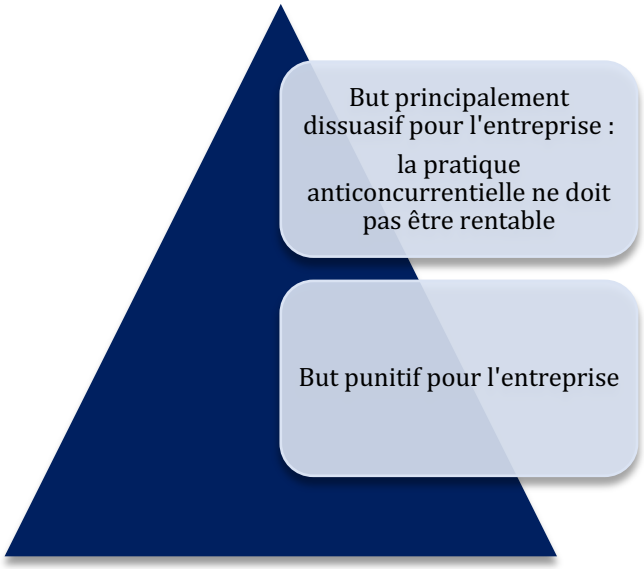
L'Autorité de la concurrence considère que le point de départ se situe à la date de clôture de l'appel d'offres

L'article L.462-7 alinéa 1 prévoit un **délai de 5 ans** pour saisir l'Autorité de la concurrence.

3. Les sanctions pécuniaires de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence peut infliger à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle des sanctions pécuniaires, ou d'autres types de sanctions (mesures conservatoires, injonctions, publication, astreintes, engagements).

3.1. La fixation des sanctions pécuniaires



Les sanctions pécuniaires de l'Autorité de la concurrence demeurent cependant encadrées par l'article L.464-2 du code de commerce, qui pose une **exigence de proportionnalité des sanctions.**

Pour déterminer le montant des sanctions financières qu'elle inflige, l'Autorité de la concurrence suit un raisonnement en **cinq étapes** :

Etape 1 : Détermination du destinataire de la sanction

Etape 2 : Détermination du montant de base

Etape 3 : Individualisation

Etape 4 : Vérification du Plafond

Etape 5 : Réduction

3.1.1. ETAPE 1 : La détermination du destinataire des sanctions

➔ L'Autorité de la concurrence recherche dans un premier temps le destinataire de la sanction, notamment pour prendre en compte une potentielle évolution de l'entreprise depuis la commission de la pratique anticoncurrentielle. **Trois hypothèses se présentent :**

Hypothèse 1 : l'auteur de la pratique subsiste dans sa forme juridique

SOIT

La personne morale existe toujours, mais des « *éléments matériels et humains* » ont été transférés à une autre personne morale

↓

La personne morale initiale est le destinataire de la sanction.
(Conseil de la concurrence ,21 mars 2006)

La personne morale existe toujours, mais elle a changé de nom

↓

La personne morale sous sa nouvelle dénomination est le destinataire de la sanction.
(Conseil de la concurrence ,21 mars 2006)

OU

Hypothèse 2 : l'auteur de la pratique a fusionné : il a disparu ou a été transmis

La personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise est le destinataire des sanctions
(Conseil de la concurrence, 22 décembre 2004)

OU

La personne morale qui assure dans les faits la « *continuité économique et fonctionnelle* » de l'entreprise est le destinataire des sanctions
(Chambre commerciale de la Cour de cassation, 23 juillet 2004)

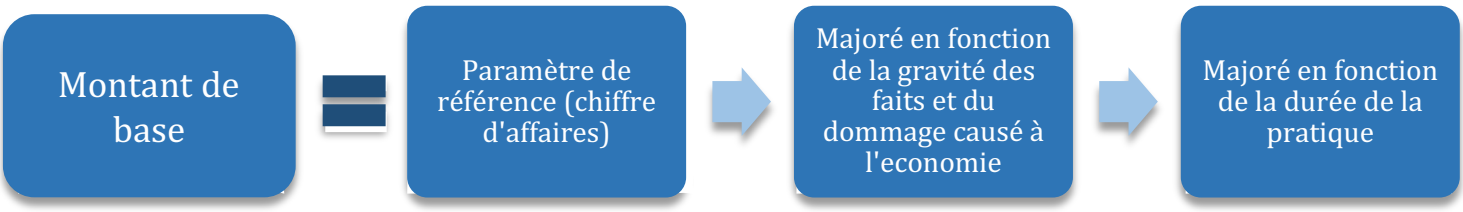
Hypothèse 3 : l'auteur de la pratique a disparu ou a fait l'objet d'une liquidation judiciaire

En cas de liquidation judiciaire :
En théorie, l'auteur de la pratique est le destinataire des sanctions, si la procédure de liquidation est en cours.
En pratique, l'Autorité de la concurrence renonce aux sanctions pécuniaires.

En cas de disparition :
En pratique, l'Autorité de la concurrence renonce aux sanctions pécuniaires.

3.1.2. ETAPE 2 : La détermination du montant de base

➔ L'Autorité de la concurrence détermine un « *montant de base* » de la sanction financière, qui correspond à un paramètre de référence, éventuellement majoré.



1° Détermination du paramètre de référence :

Le paramètre de référence constitue l'assiette de la sanction. Il vise à prendre en compte le poids de l'entreprise sur le marché.

En général

Valeur des ventes en relation avec la pratique anticoncurrentielle commise.

Autorité de la concurrence, 26 juillet 2012.

Dans le domaine des contrats publics

Il peut s'agir du **chiffre d'affaires réalisé en France** par les auteurs pendant « *l'exercice comptable au cours duquel a eu lieu l'infraction* »

Autorité de la concurrence,17 avril 2013

Puis

2° Application d'un pourcentage en fonction de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie :

Un pourcentage de 0 à 30 est appliqué au paramètre de référence (Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 16 mai 2011)

- En fonction de la gravité des faits
- En fonction de l'ampleur du dommage causé à l'économie

Remarque : En pratique, les ententes dans les contrats publics sont considérées comme des pratiques d'une particulière gravité. Un pourcentage important sera donc appliqué, de manière à augmenter la sanction.

a) La gravité des faits

Les pratiques anticoncurrentielles dans les contrats publics sont considérées comme des pratiques graves par nature.

Elles portent atteinte aux principes fondamentaux de libre concurrence

- En empêchant l'accès au marché à certains concurrents (Conseil de la Concurrence, 12 mars 1996)
- En entravant le choix de l'acheteur public par « *une pratique de répartition du marché ou de pré désignation de l'attributaire* » (Autorité de la concurrence, 17 avril 2013)

Elles portent atteinte au droit des contrats publics

- En empêchant l'utilisation optimale des deniers publics

Elles perturbent le secteur où elles ont lieu et portent atteinte à l'ordre public économique

- En perturbant un secteur ayant des conséquences sur un service public par exemple

➔ ***Quels sont les éléments qui accentuent la gravité d'une pratique ?***

- Les ententes sur les prix
- La connaissance par l'entreprise du caractère illicite de la pratique, par exemple si l'entreprise est habituée à répondre à des appels d'offres
- Les caractéristiques de la pratique, si la pratique est particulièrement organisée et sophistiquée, et traduit l'existence d'une « *véritable stratégie anticoncurrentielle* ».

b) Le dommage causé à l'économie

Cour d'Appel de Paris, 8 octobre 2008

Appréciation « *en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal du marché par les pratiques en cause* »

En pratique, il convient de comparer :

La situation théorique du **marché sans la pratique** ≠ La situation du **marché en présence de la pratique**

Cette fiction étant difficile à mettre en œuvre, l'Autorité de la concurrence se base sur des éléments permettant de définir **l'incidence économique de la pratique.**

Le dommage « *s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » :
CA Paris, 13 janvier 1998

Les **ententes dans les contrats publics** « *causent par leur seule existence un dommage à l'économie résultant de l'atténuation de l'incertitude entre les entreprises soumissionnaires et de leur autonomie, et de la tromperie de l'acheteur public* ».
CA Paris, 12 décembre 2000.

En pratique : l'Autorité de la concurrence prend en compte les caractéristiques du marché économique (l'étendue et le montant du marché, le poids et le nombre des entreprises, la fragilité du marché …).

Dans les marchés publics, le dommage à l'économie est caractérisé

Même si le marché est attribué à un prix inférieur aux estimations de l'acheteur public.
CA Paris,12 décembre 2000

Même si les entreprises auteures de la pratique n'ont pas présenté d'offre ou n'ont pas obtenu le marché malgré leurs manœuvres.
Cons. concurrence, 14 Juin2006

Puis

3°Application d'un coefficient en fonction de la durée de la pratique

La durée de la pratique renseigne également sur la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie.

« *Plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au libre jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur en cause et plus généralement pour l'économie, sont susceptibles d'être substantielles* »

Autorité de la concurrence, 26 janvier 2012

Remarque : Afin d'alourdir la sanction quand une pratique est commise par plusieurs entreprises, l'Autorité de la concurrence se base sur la durée globale de la pratique.

En pratique :

Pratique d'une durée inférieure à un an ou ponctuelle	Pratique d'une durée supérieure à un an
Coefficient 1 **= pas de majoration de la sanction**	**Coefficient 1** la première année
	Puis coefficient 0,5 pour les années complètes suivantes **= majoration de la sanction**

➔ Pour une pratique ponctuelle ou de moins d'un an, la sanction n'est pas majorée. Pour une pratique de plus d'un an, la sanction est majorée de 50% par année, à partir de la deuxième année.

3.1.3. ETAPE 3 : L'individualisation

Article L.464-2 I alinéa 3 du Code de commerce

L'individualisation permet d'adapter le montant de base de la sanction à la situation de l'entreprise

A des circonstances aggravantes ou

A la taille de l'entreprise

A la réitération (ou récidive) de l'entreprise

Circonstances aggravantes

Les circonstances aggravantes permettent de prendre en compte le rôle joué par l'entreprise dans la mise en œuvre de la pratique

- L'entreprise a joué un rôle déterminant dans l'élaboration ou la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle
- L'entreprise a contraint d'autres entreprises à adopter un comportement anticoncurrentiel
- Etc.

Augmentation du montant de la sanction

Circonstances atténuantes

Les circonstances atténuantes peuvent être :

Les efforts de l'entreprise en faveur de la concurrence	Le comportement fautif de l'acheteur public
L'entreprise a adopté un comportement concurrentiel et a ainsi réduit sa participation à la pratique L'entreprise a durablement adopté un comportement concurrentiel pour une part du secteur concerné par la pratique	Le comportement de l'acheteur peut entrainer la réduction de la sanction infligée à l'entreprise (CA Paris, 27 janvier1996)

Diminution du montant de la sanction

Remarque : Lorsque l'acheteur a imposé une pratique anticoncurrentielle aux entreprises, elles ne sont pas sanctionnées (Conseil de la concurrence, 26 mars 1991).

La taille et les ressources de l'entreprise

L'entreprise

Est d'une taille importante

ou

Dispose de ressources globales importantes

OU

Appartient à un groupe

Augmentation du montant de la sanction

Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure, 16 mai 2011

La réitération

➔ Il apparait logique, au regard de l'individualisation de la sanction, de prendre en compte la réitération comme élément aggravant de la sanction pécuniaire infligée à l'entreprise.

Les critères de la réitération :

Une pratique anticoncurrentielle
Pas nécessairement identique à la précédente

+

Ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel comparable à une pratique précédemment imputée à l'entreprise

+

Moins de 15 ans après la dernière pratique imputée à l'entreprise

Augmentation de 5 à 20% du montant de la sanction

Après avoir procédé à l'individualisation de la sanction, l'Autorité de la concurrence vérifie que celle-ci ne dépasse pas un plafond légal.

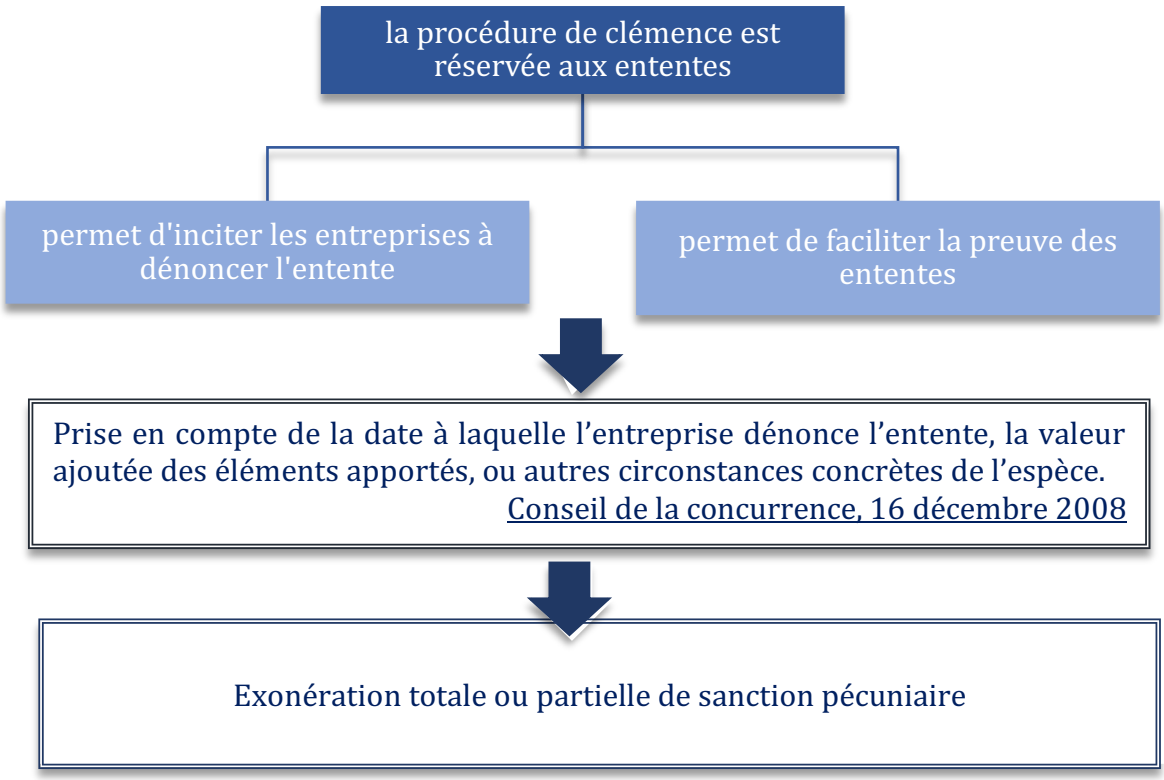
Article L.464-2 du Code de commerce : La sanction ne doit pas dépasser **10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.**

3.1.5. ETAPE 5 : La réduction

➔ La sanction pécuniaire peut être réduite par la procédure de clémence, la procédure de non-contestation des griefs, ou l'ajustement à la capacité contributive de l'entreprise, à sa demande.

Articles L464-2 IV et R 464-5 du code de commerce

La procédure de clémence pour la participation à la preuve



Remarque : Il n'y a à ce jour pas de décisions relatives aux procédures de clémence pour les ententes dans les contrats publics.

En pratique :

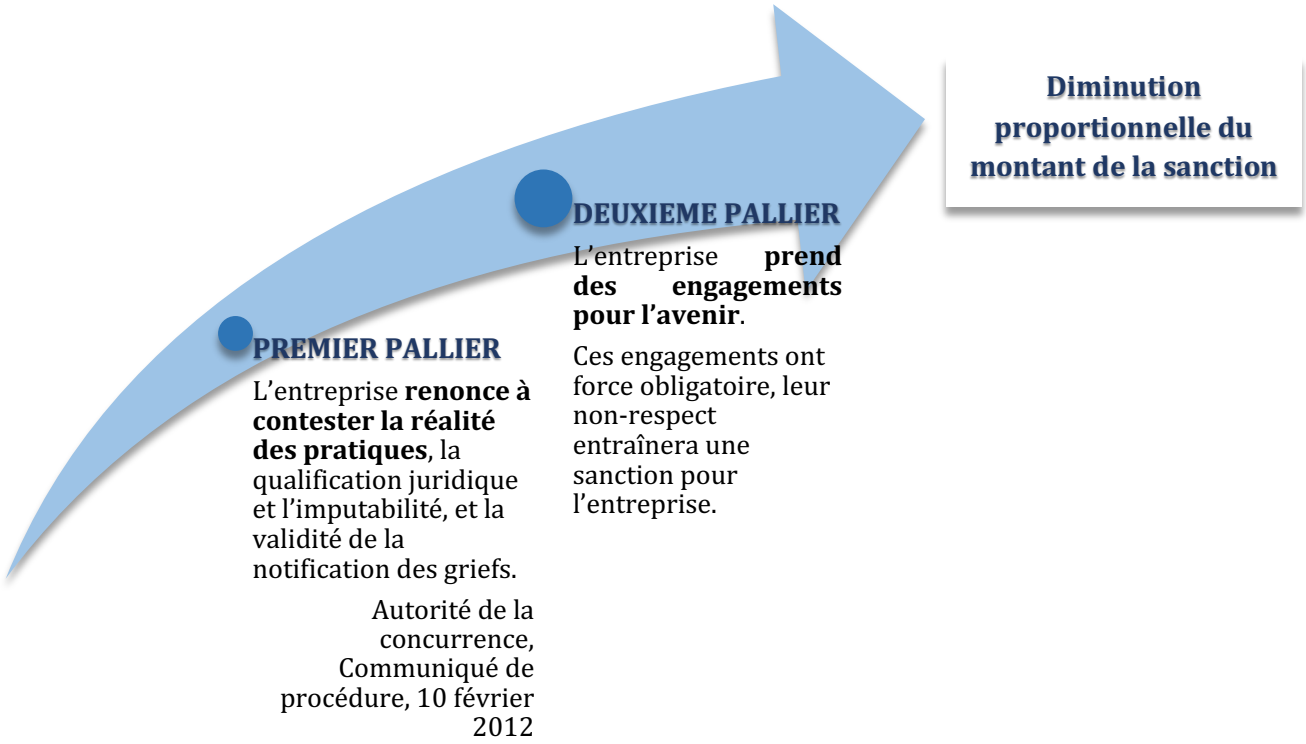
Première entreprise ayant dénoncé l'entente	Entreprises suivantes ayant dénoncé l'entente
Exonération totale	Exonération partielle par ordre d'arrivée

La non-contestation des griefs de la transaction

➔ La sanction pécuniaire peut également être réduite si l'auteur de la pratique anticoncurrentielle ne conteste pas la réalité des griefs, dans le but d'accélérer la procédure (Article L.464-2 III du Code de commerce)

EN PRATIQUE :

Le montant de la réduction est apprécié en fonction d'un pallier. Chaque pallier constitue un « *effort supplémentaire pour l'entreprise* ».



L'ajustement à la capacité contributive de l'entreprise

L'Autorité de la concurrence peut encore décider de la réduction de la sanction pécuniaire si l'entreprise se révèle avoir des résultats financiers déficitaires. L'Autorité prendra alors en compte l'importance et la persistance des difficultés financières, et le risque de redressement judiciaire. En cas de redressement judiciaire, l'autorité renonce parfois à infliger une sanction pécuniaire.

4. Les autres sanctions de l'Autorité de la concurrence

4.1. Les mesures conservatoires

Article L.464-1 du code de commerce

Il s'agit de la « ***décision provisoire la plus efficace pour faire cesser les pratiques*** » (Chambre commerciale de la Cour de cassation, 4 février 1997).

Afin de protéger le marché pendant le délai qui précède la décision au fond, l'Autorité de la concurrence peut :

- Ordonner la suspension de la pratique
- Enjoindre aux entreprises de rétablir l'état antérieur du marché
- Prononcer ces mesures sous astreinte (Article L.454-2 II du code de commerce)

Les mesures conservatoires sont subordonnées à plusieurs conditions :

- **La saisine préalable de L'Autorité de la concurrence au fond** (Article R .464-1 du code de commerce)
  La saisine doit être recevable
- **La pratique « *porte une atteinte grave et immédiate à l'économie* générale,** *à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » Article L.464-1 du code de commerce
- **La mesure conservatoire est « *strictement limitée* à ce qui est nécessaire** *pour faire face à l'urgence* ». Article L.464-1 du code de commerce
- **Les faits visés sont susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle.** (Chambre commerciale de la Cour de cassation, 8 novembre 2005.)

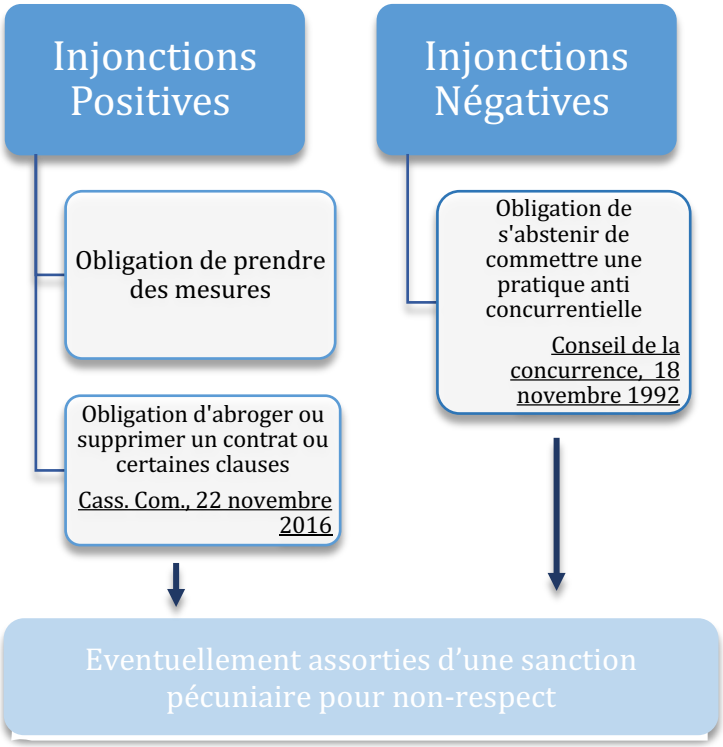
Remarque : La directive (UE) 2019/1 du Parlement et du Conseil, du 11 décembre 2018, autorise les autorités nationales de concurrence à prononcer des mesures

conservatoires par une saisine d'office. L'Autorité de la concurrence peut donc prononcer de telles mesures sans être préalablement saisie par un tiers.

4.2. Les injonctions

Article L. 464-2 du code de commerce

➔ L'Autorité de la concurrence peut imposer des obligations de faire ou de ne pas faire à l'entreprise, dans le but de faire cesser une pratique anticoncurrentielle en cours. Elles peuvent être assorties d'un délai.

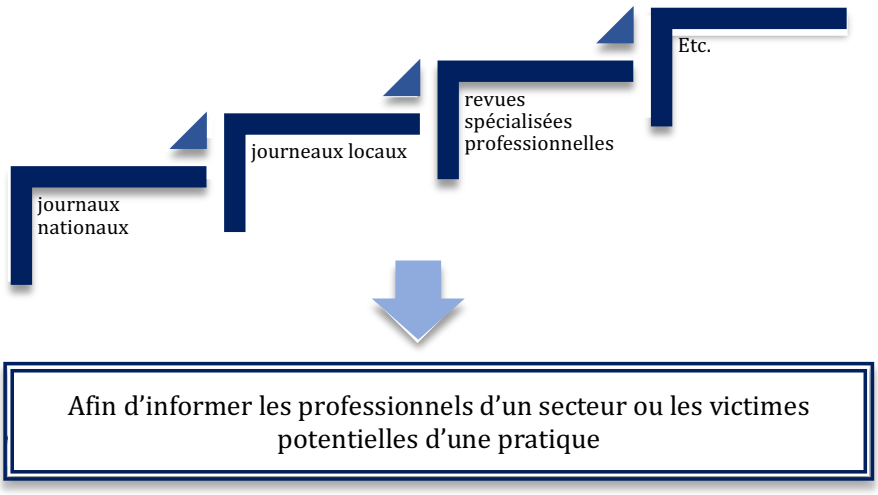


Remarque : Les injonctions sont soumises au principe de proportionnalité. Elles doivent en effet être limitées à « *ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence* ». (Rapport d'activité du Conseil de la concurrence pour 2005).

Article L 464-2 du code de commerce

4.3. La publication

➔ L'Autorité de la concurrence peut ordonner « *la publication ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci* ».



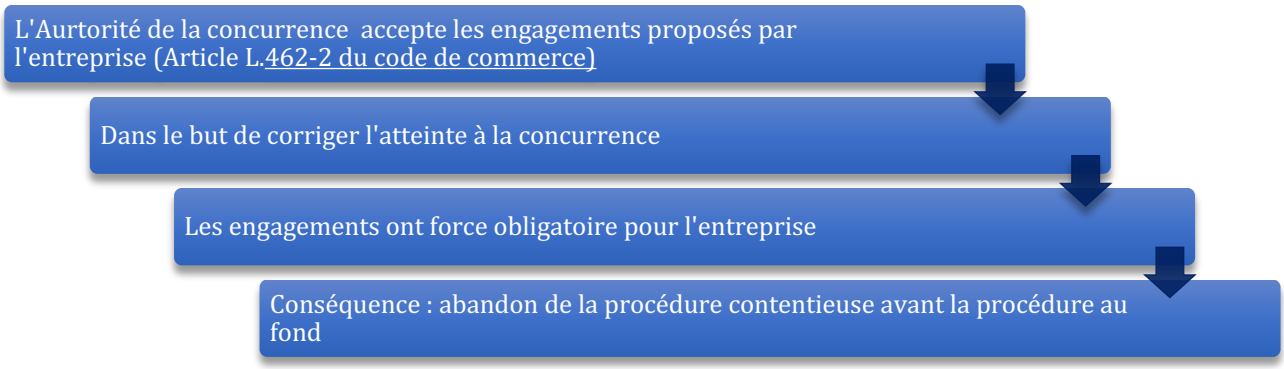
➔ L'Autorité de la concurrence peut assortir ses différentes décisions (injonctions, mesures conservatoires, engagements) d'une astreinte pour contraindre l'entreprise à exécuter la décision.

Article L.464-2 II du Code de commerce

Maximum 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen

Par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe

4.5. Les engagements, une procédure négociée distincte des procédures classiques de contestation des pratiques anticoncurrentielles



Remarque : Une procédure limitée en matière de contrats publics

Cette procédure ne peut pas être mise en œuvre pour les pratiques particulièrement graves, comme celles commises dans le cadre des contrats publics.

LA SAISINE DU JUGE ADMINISTRATIF

L'acheteur peut cumulativement demander au juge au sein d'une même requête une indemnisation et l'annulation du contrat.

CE, Département de la Seine Maritime, 10 juillet 2020, n°40045

Un acheteur public victime de pratique anticoncurrentielle peut solliciter deux choses de la part du juge administratif :

- L'annulation du contrat ;
- L'indemnisation de son préjudice

CONSEIL :

Afin de gagner du temps et d'éviter de longues procédures devant le juge administratif, il serait plus opportun d'opter pour le cumul des conclusions au sein d'une même requête si le l'acheteur souhaite obtenir une indemnisation et une annulation du contrat.

LE RECOURS EN CONTESTATION DE VALIDITÉ DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

Pourquoi contester la validité d'un contrat dans le cadre de pratique anticoncurrentielle ?

Depuis la décision *Béziers I* du 28 décembre 2009, il est possible pour les parties au contrat de contester la validité de celui-ci devant le juge administratif. De plus, l'article L.420-3 du code de commerce prévoit qu'est nul un contrat « *se rapportant* » à une pratique anticoncurrentielle.

Intenter un tel recours, permettra principalement à l'acheteur de réclamer la restitution de certaines sommes qu'il a pu engager pour l'exécution du contrat.

En principe pour que la nullité d'un acte soit prononcée en raison de la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle, il faut que l'acte attaqué soit le support direct de la pratique. Or tel n'est pas le cas du contrat puisque la pratique anticoncurrentielle affecte non pas le contrat en lui-même mais le choix de l'attributaire.

TOUTEFOIS

Il est possible d'obtenir l'annulation du contrat lorsque la pratique anticoncurrentielle est constitutive d'un vice du consentement et plus précisément d'un dol. Il s'agit essentiellement des ententes.

1. La compétence du juge administratif

Dans le cadre du recours Béziers I, les parties peuvent, entre autre faire valoir que leur consentement a été vicié et donc solliciter du juge l'annulation du contrat.

Un vice du consentement, entraînant la nullité du contrat, l'action juridictionnelle ne pourra, en principe être menée sur le terrain contractuel puisque le contrat sera de facto considéré comme nul rétroactivement du fait de l'existence d'un vice du consentement.

Toutefois, conformément à la décision *Département de la Savoie* du 23 mai 2005 rendue par le Tribunal des conflits, le Conseil d'Etat a considéré que les litiges nés à l'occasion du déroulement d'une procédure d'appel offres relèvent de la compétence du juge administratif.

CE, Campenon Bernard, 19 décembre 2007, n°268918

➔ **Quel est le juge territorialement compétent ?**

Il s'agit du tribunal du lieu d'exécution du contrat.

EX : *Un marché public de travaux pour la rénovation d'un bâtiment à Saint-Quentin-en-Yvelines. Le tribunal administratif compétent sera celui de Versailles.*

➔ **Comment saisir le juge administratif ?**

Les procédures administratives devant les juridictions étant dorénavant dématérialisées, la saisine du tribunal administratif se fait sur la plateforme Télérecours .

MISE EN SITUATION :

A l'occasion d'un recours en contestation de validité du contrat intenté en raison d'un dol, l'entreprise à l'encontre de laquelle est dirigé ce recours, pourrait être tentée, de faire valoir, dans son mémoire en réponse, que le juge administratif ne serait pas compétent pour connaitre du litige.

Dès lors en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat, quand bien même le vice du consentement entraine la nullité rétroactive du contrat, le juge administratif demeure compétent pour se saisir des vices du consentement.

2. Le délai pour agir

A SAVOIR :

S'agissant du délai pour agir dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat, l'acheteur dispose d'un délai relativement étendu afin d'obtenir l'annulation du marché. Le Conseil d'Etat a considéré que l'action est ouverte aux parties pendant toute la durée d'exécution du contrat.

Ainsi en principe l'acheteur serait irrecevable à intenter un recours en contestation de validité une fois que les relations contractuelles auront cessées.

Toutefois la jurisprudence semble admettre qu'une partie serait recevable alors que le contrat serait entièrement exécuté.

AVANT LA JURISPRUDENCE BEZIERS I :

Le Conseil d'Etat considérait que la nullité ayant un caractère d'ordre public, celle-ci pouvait être demandée même si le contrat était entièrement excuté

APRES LA JURISPRUDENCE BEZIERS I :

Le Conseil d'Etat ne s'est toujours pas explicitement sur la pérénité de cette position. Toutefois, il a considéré à propos d'une concession d'aménagement entièrement exécutée que la circonstance que la concession soit arrivée à son terme n'est pas de nature à priver d'objet une mesure d'annulation

CE,15 mars 2019, n°413584

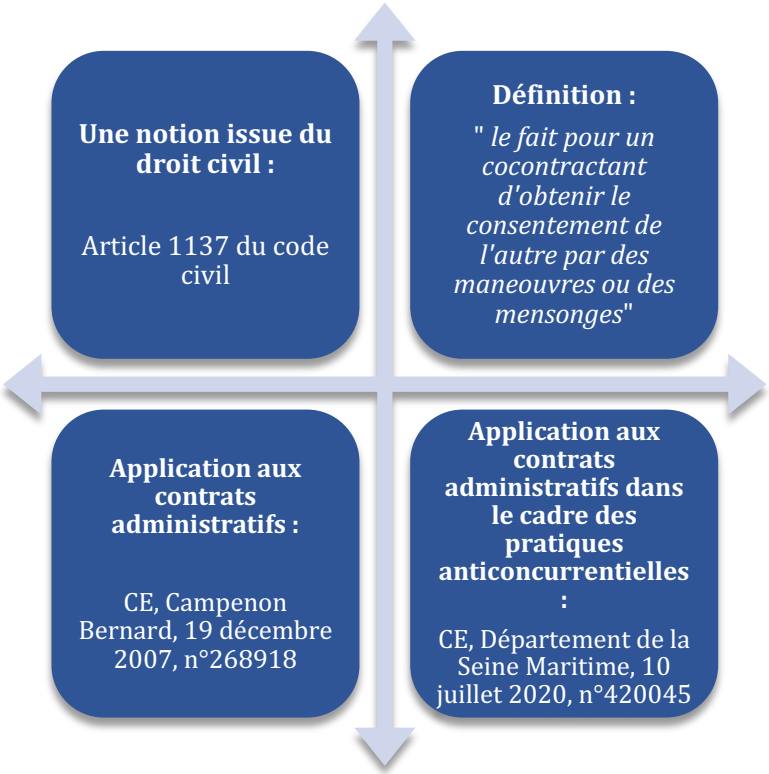
Plus récemment encore, le Conseil d'Etat a validé le raisonnement d'une cour administrative d'appel qui avait prononcé l'annulation d'un marché quand bien même celui-ci avait été entièrement exécuté.

CE, Département de la Seine Maritime, 10 juillet 2020, n°420045

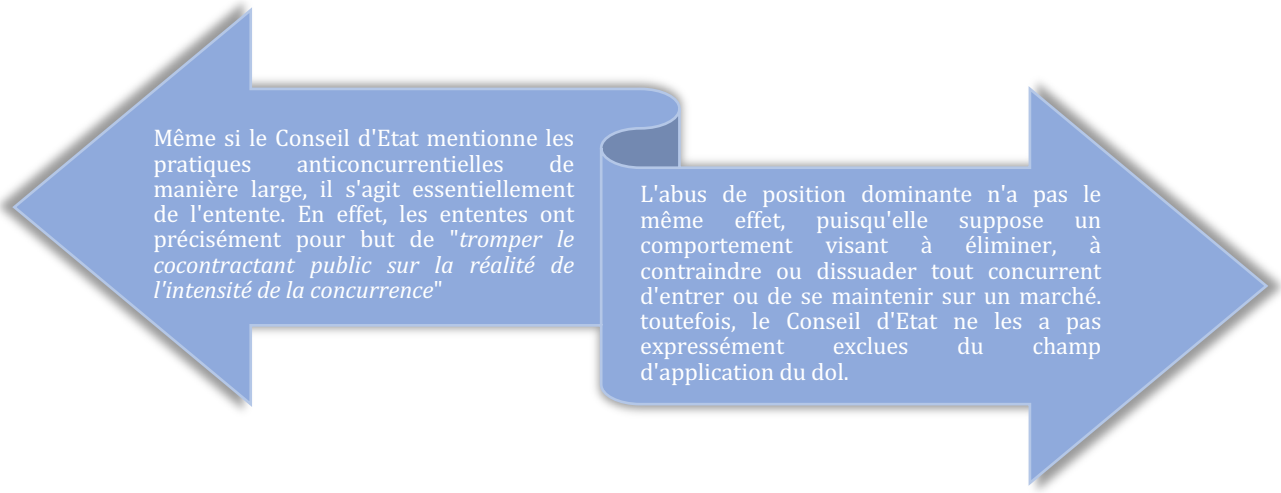
Cette position est relativement favorable pour l'acheteur victime de pratique anticoncurrentielle. En effet, comme le relevait l'Autorité de la concurrence, « *les personnes publiques lésées par des pratiques anticoncurrentielles n'ont souvent connaissance de ces pratiques qu'après le terme du contrat.* »

3. La pratique anticoncurrentielle constitutive d'un dol

➔ ***Qu'est-ce qu'un dol ?***



➔ ***Quelle pratique anticoncurrentielle est constitutive d'un dol ?***



➔ ***Pourquoi se fonder sur le dol ?***

La notion de dol peut s'avérer particulièrement utile pour l'acheteur. En effet, comme évoqué plus haut, le contrat n'étant pas le support direct de la pratique anticoncurrentielle, celui-ci ne pourra pas être annulé sur ce fondement.
Grâce à la notion de dol, l'acheteur pourra faire valoir que son consentement a été vicié du fait de la pratique anticoncurrentielle et donc obtenir l'annulation du contrat sur ce fondement.

LE RECOURS INDEMNITAIRE DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

Pourquoi une action indemnitaire ?

En plus des dommages causés à l'économie, les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les entreprises candidates aux marchés publics entrainent des préjudices pour l'acheteur, victime de celles-ci. Il lui est donc possible d'intenter une action indemnitaire en vue **d'obtenir des dommages-intérêts afin de réparer les préjudices qu'il a subi en raison de pratique anticoncurrentielle**.

Cela est primordial car les conséquences financières de ces pratiques sont directement supportées par la victime et **la seule sanction de l'Autorité de la concurrence ne permet pas d'indemniser l'acheteur public**. En ce sens, il est important de rappeler que l'action indemnitaire ne vise pas à sanctionner les entreprises auteures d'une pratique anticoncurrentielle, mais seulement à réparer l'étendue des préjudices subis par l'acheteur victime, peu importe la gravité de la pratique.

1. Le cadre de l'action indemnitaire

DEUX TYPES D'ACTIONS INDEMNITAIRES

ACTION INDEMNITAIRE AUTONOME « *STAND ALONE* » :

Elle est déclenchée en l'absence de tout contentieux concurrentiel préalable devant l'Autorité de la concurrence

ACTION INDEMNITAIRE CONSECUTIVE « *FOLLOW ON* » :

Elle est déclenchée après que l'Autorité de la concurrence ait statué sur l'existence d'une pratique anticoncurrentielle

➔ QUELLE ACTION CHOISIR ?

L'action consécutive est beaucoup plus avantageuse car la décision préalable facilite considérablement l'action de l'acheteur concernant la charge de la preuve. Bien que l'action autonome soit plus rapide, il serait donc opportun pour l'acheteur d'intenter son action indemnitaire en complément d'une action devant l'Autorité de la concurrence.

➢ QUELS SONT LES AVANTAGES DE L'ACTION CONSECUTIVE

- Une pratique anticoncurrentielle est présumée établie de manière irréfragable lorsqu'elle est constatée par une décision devenue définitive de l'Autorité de la concurrence
- Les moyens dont disposent l'Autorité de la concurrence sont étendus (pouvoirs d'enquête, de sanction renforcé et politique d'allourdissement des sanctions pécuniaires)

EN RESUMÉ :

L'acheteur peut se fonder directement sur la décision de condamnation de l'Autorité de la concurrence sans avoir à prouver lui-même que la pratique dommageable est une pratique anticoncurrentielle.

PETITE PRECISION :

En cas d'action autonome, malgré la difficulté probatoire, l'acheteur peut s'appuyer sur des décisions des autorités de concurrence portant sur des affaires similaires à la sienne.

2. La compétence du juge administratif

Pourquoi le juge administratif est compétent ?

Le contentieux des contrats administratifs relève de la compétence du juge administratif. C'est à ce titre que ce dernier est compétent pour connaitre des actions en responsabilité initiées par les acheteurs publics victimes de pratiques anticoncurrentielles

Le Tribunal des conflits a consacré un bloc de compétence à l'égard du juge administratif concernant les « *comportements susceptibles d'avoir altérer les stipulations d'un contrat administratif* »

TC, Région Ile-de-France, 16 novembre 2015, C4035

➔ **Quel est le juge territorialement compétent ?**

Il s'agit du tribunal du lieu d'exécution du contrat.

EX : *Un marché public de travaux pour la rénovation d'un bâtiment à Saint-Quentin-en-Yvelines. Le tribunal administratif compétent sera celui de Versailles.*

➔ **Comment saisir le juge administratif ?**

Les procédures administratives devant les juridictions étant dorénavant dématérialisées, la saisine du tribunal administratif se fait sur la plateforme Télérecours .

POINT D'ACTUALITÉ

Courant 2020, le Conseil d'Etat a précisé la compétence du juge administratif en la matière

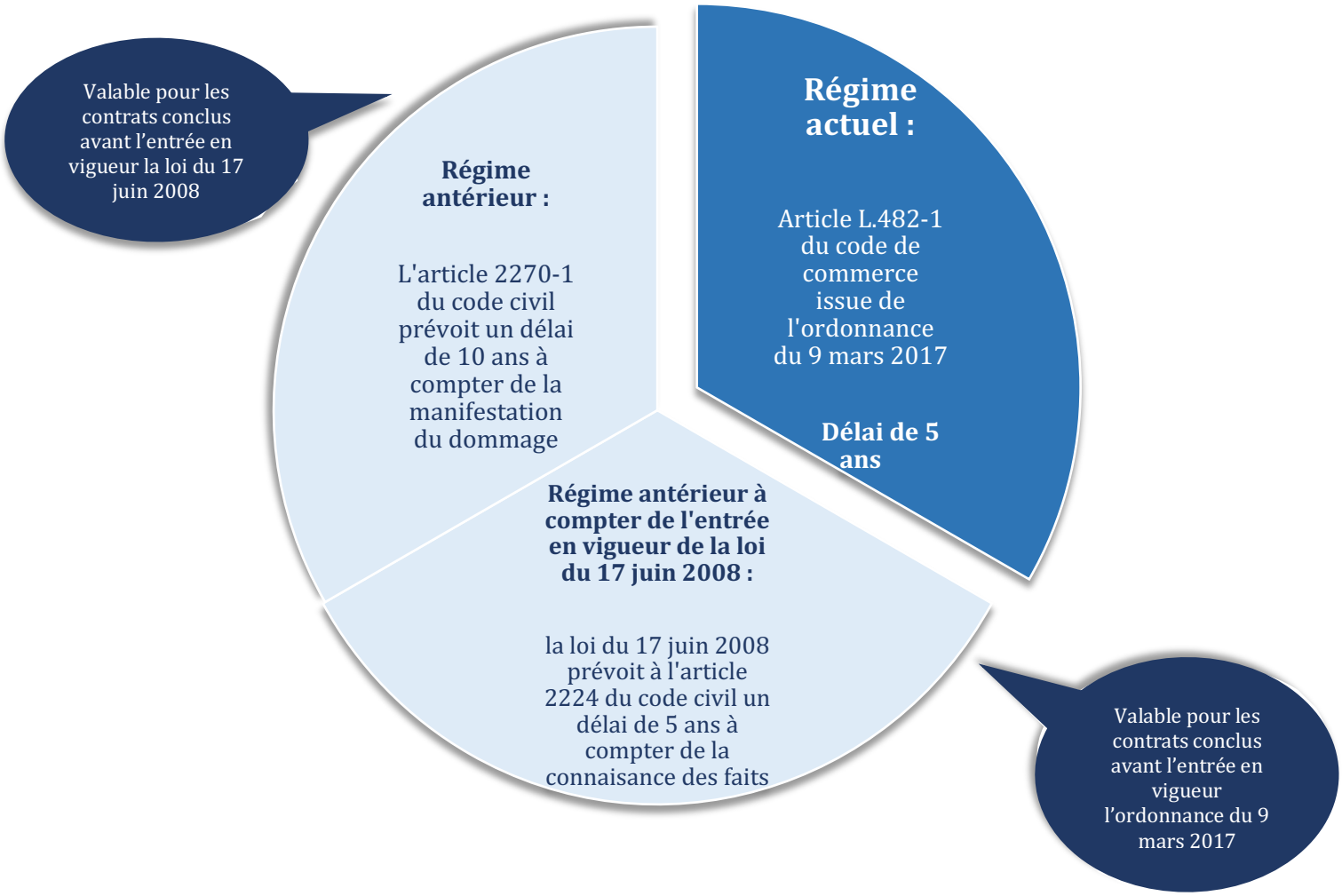
CE, 27 mars 2020, *Société Signalisation France c/ Département de la Manche - Société Lacroix Signalisation c/ Département de l'Orne - Société Signaux Girord c/ Département de l'Orne*, n°s 420491 - 421758 – 421833 :

L'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle des sociétés en raison d'agissements dolosifs relève du juge administratif

CE, 12 octobre 2020, Société Mersen, n°432981 :

La compétence du juge administratif s'élargit puisque ce dernier est désormais compétent pour connaitre des actions en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre des sociétés ayant concourus à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles en plus de la société ayant conclu le contrat.

3. Le délai pour agir : la prescription de l'action indemnitaire



3 CONDITIONS DOIVENT ETRE REUNIES POUR QUE LE DELAI DE 5 ANS DU REGIME ACTUEL COMMENCE A COURIR.

- Les actes ou faits imputés à la personne physique ou morale constituent une pratique anticoncurrentielle
- La pratique doit lui causer un dommage
- L'acheteur doit connaître l'identité de l'une des personnes auteures de la pratique anticoncurrentielle

POUR COMMENCER A COURIR LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE DOIT AVOIR CESSÉ

Pour que le délai commence à courir, cela suppose que la pratique dénoncée soit qualifiée de pratique anticoncurrentielle. Cette qualification est généralement établie après une décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne.

PRECISION UTILE :

Le délai de prescription peut être interrompu lorsque l'acheteur a saisi l'Autorité de la concurrence pour que les entreprises soient sanctionnées (Article L.462-7 du code de commerce)

4. L'intérêt à agir des personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles

MISE EN SITUATION :

Si l'acheteur décide d'engager une action en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre des entreprises auteures de pratiques anticoncurrentielles, celles-ci pourraient être tentées de faire valoir dans leur mémoire en réponse que l'acheteur n'est pas recevable à intenter une telle action.

PRINCIPE :

CE, Préfet de l'Eure, 30 mai 1913

Les personnes publiques sont irrecevables à solliciter du juge administratif une mesure qu'elles peuvent prendre elles-mêmes

Tel est le cas lorsqu'il s'agit de demander au juge une condamnation pécuniaire alors que la personnes publique a la possibilité d'émettre un titre exécutoire.

CE, Ville de Toulouse, 18 mai 1998, n°39348

EXCEPTION :

Une exception au principe existe en matière contractuelle

Le Conseil d'Etat considère lorsque la créance trouve son origine dans le contrat, la faculté d'émettre un titre exécutoire ne fait pas obstalce à ce que la personne publique saisisse le juge administratif d'un référé provision pour son recouvrement.

CE, Département de l'Eure, 24 février 2016

S'AGISSANT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES :

Le Conseil d'Etat considère que l'action en responsabilité quasi-délictuelle du fait de pratique anticoncurrentielle trouve son origine dans le contrat litigieux, partant la personne publique vicitime est recevable à saisir le juge administratif quand bien même elle pourrait émettre un titre exéxcutoire.

CE, Département de l'Orne, 27 mars 2020, n°421758

➔ Ainsi l'acheteur est bien recevable à intenter une action en responsabilité quasi-délictuelle contre les entreprises qui ont mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles

5. Les personnes visées par l'action indemnitaire

Lorsque c'est l'acheteur qui est victime de la pratique anticoncurrentielle, c'est évidemment lui qui intente l'action indemnitaire.

Toutefois contre qui doit-il précisément diriger l'action ?

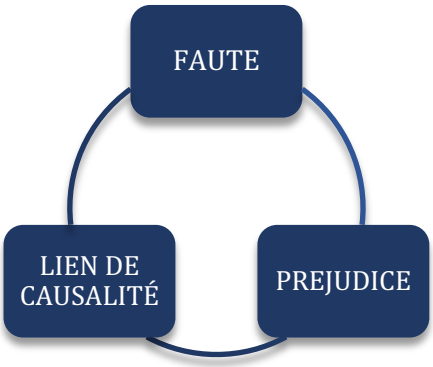
Jusqu'à très récemment, seule l'entreprise attributaire du contrat était exposée à une éventuelle action en responsabilité

Depuis la décision Société Morgan Carbon c/SNCF du 12 octobre 2020, le Conseil d'Etat considère qu'il est possible de demander au juge la condamnation solidaire de toutes les entreprises impliquées

Il est donc possible d'engager la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise attributaire mais également celle de toutes les entreprises impliquées dans la pratique anticoncurrentielle et qui n'ont fait que candidater à l'attribution du marché.

6. Les conditions de fond de l'engagement de la responsabilité du fait de pratique anticoncurrentielle

→ **3 conditions** doivent être réunies pour engager la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs d'une pratique anticoncurrentielle :



La faute et le lien de causalité ne sont pas difficiles à prouver. Toutefois une vraie difficulté subsiste quant à la quantification du préjudice qui doit obligatoirement être évalué en argent.

6.1. La faute : la pratique anticoncurrentielle

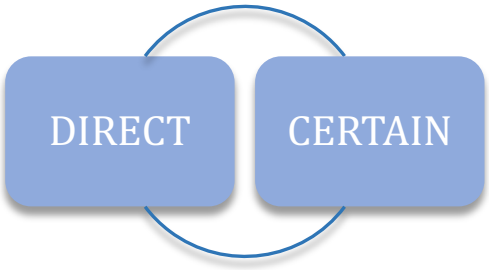
SI L'ACHETEUR INTENTE UNE ACTION CONSECUTIVE	SI L'ACHETEUR INTENTE UNE ACTION AUTONOME
L'existence de la pratique ne sera pas difficile à démontrer eu égard à la présomption issue de la décision de l'Autorité de la concurrence	Il va devoir démontrer par ses propres moyens l'existence et l'étendue de la pratique, ce qui n'est pas chose aisée

CONSEIL

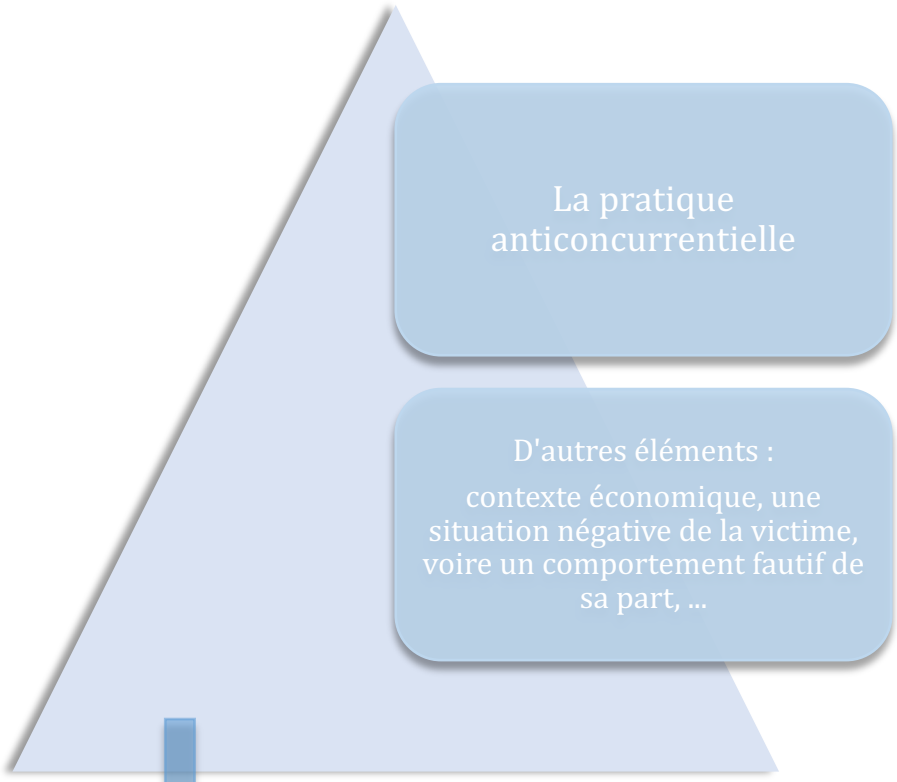
Pour surmonter la difficulté liée à la démonstration de la faute, l'acheteur a, encore une fois, tout intérêt à saisir l'Autorité de la concurrence.

6.2. Le lien de causalité

→ Le lien de causalité doit être :



LA PREUVE DU LIEN DE CAUSALITE N'EST PAS TOUJOURS EVIDENTE A DEMONTRER PUISQUE LE PREJUDICE CONCURRENTIEL PEUT AVOIR POUR CAUSE :



En contrepartie, le juge administratif porte une appréciation relativement souple sur le lien de causalité, voire déduit son existence de la faute et du préjudice.

Voir en ce sens : CE, 19 décembre 2007, Campenon Bernard, n°268918

➔ **La présomption de lien de causalité pour les ententes**

L'article L.481-7 du code de commerce instaure une présomption simple du lien de causalité selon laquelle une entente entre concurrents cause un préjudice.

A SAVOIR :

Cette présomption facilite l'action de l'acheteur. Ainsi, la charge de la preuve est reversée dans le cas des ententes : c'est à l'entreprise à l'encontre de laquelle est dirigée le recours d'apporter la preuve que lien de causalité n'est pas établie.

6.3. Le préjudice

6.3.1. La typologie des préjudices

L'article L.481-3 du code de commerce dresse une liste non exhaustive des préjudices réparables.

En pratique :

Le préjudice le plus courant pour les acheteurs publics victimes de pratiques anticoncurrentielles est le surcoût. Les développements liés au préjudice seront donc consacrés au surcoût.

➔ *Qu'est-ce qu'un surcoût ?*

Le surcoût ou la perte subie correspond à la différence de prix effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de la pratique prohibée.

EX : Affaire de la signalisation routière : CAA Nancy, 4e ch., 21 mars 2017, Département de la Meuse, req. n°15NC02367

EN PRATIQUE :

Le préjudice lié au surcoût concerne essentiellement les ententes, mais cela n'exclut pas qu'un tel préjudice puisse être invoqué dans le cadre d'u abus de position dominante.

ATTENTION A LA REPERCUSSION DES SURCOUTS PAR L'ACHETEUR

La répercussion des surcoûts consiste pour l'acheteur direct de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle, à répercuter lui-même les coûts, en totalité ou en partie, sur les produits vendus à son propre acheteur.

Si l'acheteur victime de la pratique anticoncurrentielle a répercuté ce surcoût, il ne pourra pas demander réparation car cela serait constitutif d'un enrichissement sans cause.

Présomption de non-répercussion des surcoûts par l'acheteur direct : il reviendra au défendeur de prouver l'existence d'une telle répercussion.

Article L.481-4 du code de commerce

Lorsque l'acheteur direct ou indirect prétend avoir subi l'application ou la répercussion d'un surcoût, il doit en prouver l'existence et l'ampleur.

Article L.481-5 du code de commerce

Mais il existe un allégement de la preuve pour l'acheteur indirect qui doit juste justifier que :

1) Le défendeur a commis une pratique anticoncurrentielle ;

2) Cette pratique a entraîné un surcoût pour le cocontractant direct du défendeur ;

3) Il a acheté des biens ou utilisé des services concernés par la pratique anticoncurrentielle, ou acheté des biens ou utilisé des services dérivés de ces derniers ou les contenant.

6.3.2. La quantification du préjudice

La réparation du préjudice consiste à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si la pratique anticoncurrentielle n'avait pas été commise.

Le préjudice est obligatoirement évaluable en argent.

Il faut quantifier le préjudice pour déterminer le montant qu'il convient d'attribuer à la victime, en réparation de ce préjudice, au titre de dommages et intérêts.

La quantification du préjudice

L'évaluation du préjudice se fait le jour du jugement.

Favorable pour la victime car on prend en compte toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution.

Art L481-8 du code de commerce

Il faut une non-excessivité du préjudice.

Il n'y a pas de réparation intégrale si celle-ci revêt un caractère excessif car cela constitue un enrichissement sans cause.

CAA Douai, 1e ch., 22 février 2018, Sté Signalisation France, req. n° 17DA00507

Concernant les méthodes de calcul du surcoût, un outil indispensable existe : le Guide de la Commission européenne qui établit les méthodes quantitatives efficaces.

Guide de la Commission européenne de 2013 concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur les infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE.

➔ ***Quelle méthode utiliser ?***

On utilise principalement les **méthodes comparatives** qui permettent une **analyse contrefactuelle**.

Ce qui signifie que :

La **situation réelle** de la partie lésée est **comparée** à la situation hypothétique dans laquelle cette partie aurait été en l'absence de pratique anticoncurrentielle appelée « ***scénario contrefactuel*** ».

LES METHODES COMPARATIVES :

Comparaison temporelle	•Comparaison avec le même marché concerné par la pratique anticoncurrentielle avant ou après celle-ci.
Comparaison géographique ou de produits	•Comparaison avec un autre marché du même produit mais dans une autre zone géographique non concerné par la pratique anticoncurrentielle. •Comparaison avec le marché d'un produit différent mais similaire au produit en question.
Comparaison des taux de marge	•Différence entre les bénéfices effectivement réalisés par l'entreprise et ceux qu'elle aurait réalisé en l'absence de pratique anticoncurrentielle.

La méthode comparative des taux de marge est intéressante car elle permet d'isoler les effets de facteurs exogènes et donc d'affiner ce qui est vraiment imputable à la pratique anticoncurrentielle. Elle a été utilisée de nombreuses dois dans des affaires différentes.

ACTUALITE :

CE, 27 avril 2021, n°440348
Deux nouvelles méthodes :

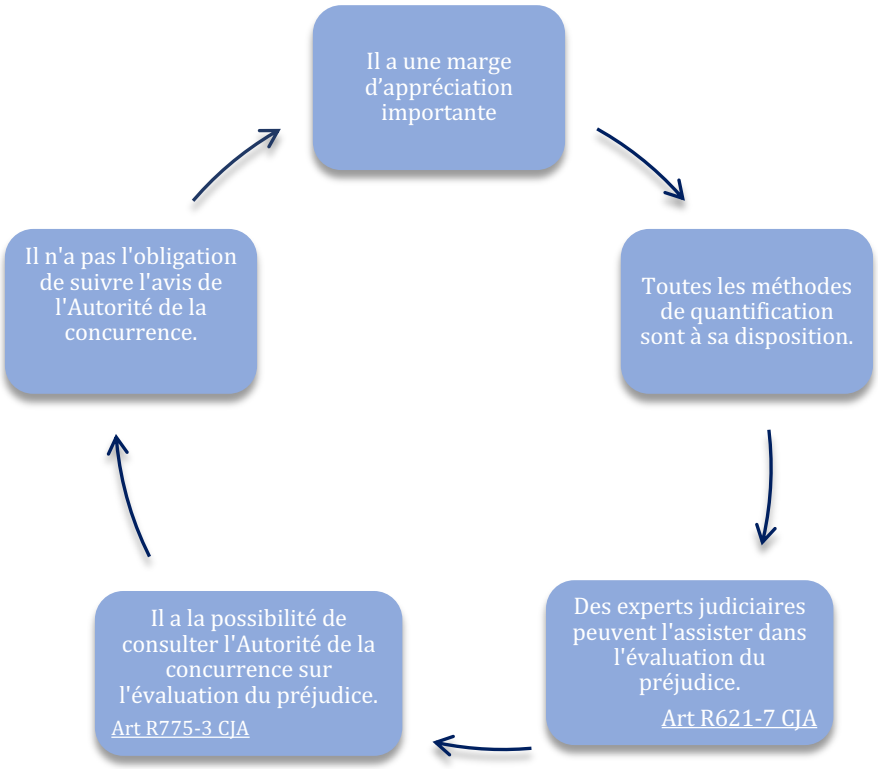
1°Comparer les taux de marge de la société pendant la durée de la pratique anticoncurrentielle et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par la victime

2° Comparer les prix d'un échantillon de produits représentatifs.

→ **<u>Les difficultés liées à l'analyse contrefactuelle</u> :**

- Tout n'est qu'hypothétique, approximatif et incertain (CJCE, 27 janvier 2000, aff. jointes C-104/89 et C-37/90)
- Il faut se mettre dans le contexte de la passation du marché qui a souvent eu lieu plusieurs années auparavant.
- Il faut connaître les prix habituellement pratiqués pour ces marchés
- Il faut connaître de manière approfondie le secteur concerné
- Il faut prendre en compte d'autres facteurs exogènes

Quid du rôle du juge de l'indemnisation?



6.3.3. Réparation solidaire du préjudice

➔ ***Il est possible d'obtenir la réparation solidaire lorsque plusieurs acteurs ont participé à la pratique anticoncurrentielle***

> Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice, à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage.
>
> Article L481-9 du code de commerce

UNE LIMITE :
Une petite ou moyenne entreprise n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice lorsque :

1° Sa part de marché sur le marché pertinent est inférieure à 5 % pendant toute la durée de la commission de la pratique anticoncurrentielle ;

2° Cela pourrait compromettre irrémédiablement sa viabilité économique et ferait perdre toute valeur à ses actifs.

Article L481-10 du code de commerce

6.4. Une cause d'exonération : la faute de la victime

Si l'acheteur a commis une faute lors de la passation de son marché, l'auteur de la pratique anticoncurrentielle pourra s'en prévaloir afin de d'exonérer de sa responsabilité

Exemples

- L'acheteur victime organise une entente entre les entreprises.
- La pratique anticoncurrentielle de l'entreprise était facilement détectable pour l'acheteur mais il lui attribue le marché.