



LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

DOSSIER DOCUMENTAIRE



Introduction

1. Les principes de la commande publique

Conseil Constitutionnel, Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003 :

« 10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : « Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » ; »

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

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

1° Réglementation européenne

Le **Traité de Rome**, signé le 25 mars 1957, devenu le **Traité sur l'Union Européenne (TUE)** le 7 février 1992, posant des dispositions générales en matière de droit de la concurrence => *Troisième partie - La politique de la Communauté, Titre premier - Les règles communes, Chapitre 1 - Les règles de concurrence, Section première - Les règles applicables aux entreprises*

Le **Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)**, signé le 13 décembre 2007, détermine le champ d'application du droit de la concurrence => *Titre VII - Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, Chapitre 1 - Les règles de concurrence, Section 1 - Les règles applicables aux entreprises*

Article 101 (ex-article 81 TCE)

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
 - b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

Article 102 (ex-article 82 TCE)

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

2° Réglementation nationale

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

Article 1 (abrogé) :

« Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

Le code de commerce => *Partie législatives (articles L.110-1 à L.960-4), Livre IV - De la liberté des prix et de la concurrence (articles L.410-1 à L.490-12), Titre II - Des pratiques anticoncurrentielles (articles L.420-1 à L.420-7)*

Article L.410-1

« 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 conventions de délégation de service public. »

Article L.410-2

« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois. »

Article L.420-1

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Article L.420-2

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme. »

Article L.420-4

« I.-Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.-Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

III.-Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions mentionnées au premier alinéa du présent III, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans. »

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

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

1° L'entreprise

CJCE, 23 avril 1991, Höfner

« 1 . Un office public pour l' emploi exerçant des activités de placement peut être qualifié d' entreprise aux fins d' application des règles communautaires de concurrence, étant donné que, dans le contexte du droit de la concurrence, cette qualification s' applique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique . »

Le champ d'application du droit de la concurrence :

Article L.410-1

« 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 conventions de délégation de service public. »

2° L'activité économique

**CJCE, 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, aff. 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 »

6. L'exception au droit de la concurrence

Le code de la commande publique → *Partie réglementaire (articles R.2100-1 à D.3381-5), Deuxième partie - Marchés publics (articles R.2100-1 à R.2691-1), Livre Ier - Dispositions générales (articles R.2100-1 à R.2197-25), Titre II - Choix de la procédure de passation (articles R.2121-1 à R.2124-6), Chapitre II - Marchés passés sans publicités ni mise en concurrence préalables (articles R.2122-1 à R.2122-11)*

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'autre suite
60	35	17	8

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

Abus de position dominante	1
Entente	10

Les pratiques anticoncurrentielles :

1° Qu'est- ce qu'une entente illicite

CJCE, 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma / CJCE, 15 juillet 1970 Boehringer Mannheim

« 9 . Un Gentlemen's agreement constitue un acte susceptible d'encourir l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, lorsqu'il prévoit des clauses restreignant la concurrence dans le marché commun au sens de cet article et que ces clauses constituent l'expression fidèle de la volonté commune des parties. »

CJCE, 8 juillet 1999, Montecatini

« 6 . Une pratique concertée relève de l'article 85, paragraphe 1, du traité (devenu article 81, paragraphe 1, CE), même en l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché.

D'une part, il découle du texte même de ladite disposition que, comme dans le cas des accords entre entreprises et des décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées sont interdites, indépendamment de tout effet, lorsqu'elles ont un objet anticoncurrentiel. D'autre part, si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence. »

TPICE, 24 octobre 1991, Rhône Poulenc

« 1 . Pour qu'il y ait accord, au sens de l' article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d' une manière déterminée . Tel est le cas lorsqu'entre plusieurs entreprises il y a eu concours de volontés pour atteindre des objectifs de prix et de volumes de vente .

Constitue une pratique concertée la participation à des réunions ayant pour objet la fixation d' objectifs de prix et de volumes de vente, au cours desquelles sont échangées entre concurrents des informations sur les prix qu' ils envisagent de pratiquer, sur leur seuil de rentabilité, sur les limitations des volumes de vente qu' ils jugent nécessaires ou sur leurs chiffres de vente, car les informations ainsi communiquées sont nécessairement prises en compte par les entreprises participantes pour déterminer leur comportement sur le marché.»

Le Gentlemen's agreement

« Accord entre les représentants de deux ou plusieurs États, qui ne produit pas d'effet juridique immédiat mais qui exprime généralement leurs intentions ou leurs conceptions.

Accord de compromis entre des personnes ou des groupes jusque-là adversaires » (Dictionnaire Larousse)

Cons conc 12 mai 2005 déc. N°05-D-19

« Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence que l'échange d'informations préalables entre entreprise est sanctionnable, même si une de ces entreprises n'a pas présenté d'offre ou si une autre entreprise, extérieure à l'entente, a été retenue. »

Cons. con. 20 novembre 1996 n° 96-D-64

« Considérant que les pratiques anticoncurrentielles sont en l'espèce répréhensibles du seul fait de leur existence dès lors que l'échange d'informations entre entreprises sur les prix, même s'il a abouti à une adjudication inférieure aux estimations du maître d'oeuvre et de la commission d'ouverture des plis et à l'attribution du marché à une entreprise ne participant pas à la concertation, avait pour objet de tromper ce dernier sur la réalité de la concurrence, par la présentation d'offres de couverture pour l'attribution du marché à la société Pietri, et de fausser ainsi le libre jeu de la concurrence »

2° L'abus de position dominante

Rapport annuel 2000, Conseil de la concurrence

« Définition de la position dominante : ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine si l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause détient une position dominante sur ce ou ces marchés. En d'autres termes, il recherche si l'entreprise est en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché. Cette démarche est identique à celle de la Cour de justice des Communautés européennes. »

CJUE, 14 février 1978, United Brands, 27/76

« 2 . La position dominante visée par l'article 86 concerne une position de puissance économique 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. L'existence d'une position dominante résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs, qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminantes. »

Les effets des pratiques mises en œuvre

Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007 §351.

« L'analyse des effets de la stratégie mise en œuvre par le laboratoire Glaxo, tels qu'ils se sont manifestés sur les différents marchés, n'est pas nécessaire à la qualification de la pratique : il suffit que la prédation ait pour effet potentiel, au moment où elle est pratiquée, d'évincer le ou les concurrents, pour qu'elle soit regardée comme abusive. Il peut cependant être observé, en l'espèce, que cette stratégie a produit des effets sur chacun des marchés concernés, de façon directe (sortie d'un concurrent, remontée des prix) ou indirecte (dissuasion de l'entrée de concurrents potentiels). »

**RECONNAITRE, PREVENIR
ET LUTTER CONTRE LES
PRATIQUES
ANTICONCURRENTIELLES**

Partie I. Avant la passation

1. Définition du marché pertinent

Les ententes

Décision n° 18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique §16.

« Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent. Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique. »

Décision n° 21-D-09 du 24 mars 2021 §143 et s.

« Lorsque les pratiques en cause sont examinées au titre de la prohibition des ententes, comme c'est le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour qualifier les pratiques observées et permettre de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre.

En l'espèce, les pratiques constatées ont été mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation des sandwiches industriels froids sous MDD à destination des enseignes de la GSA et des stations-service. »

L'abus de position dominante

Cass. com., 13 juillet 2004, Société DTP et a., n° 03-11.280

« Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à cet appel ; que l'arrêt a déduit des faits de l'espèce l'existence de plusieurs marchés de construction de ponts ainsi que de plusieurs marchés de construction de différentes sections de TGV ; que la cour d'appel n'ayant pas retenu l'existence d'un marché général de la construction des ponts ni celle d'un marché général des sections de TGV, mais ayant examiné d'un côté des pratiques visant à fausser la concurrence sur des marchés publics relatifs à la construction de ponts et d'infrastructures ferroviaires dont les entreprises mises en cause savaient qu'elle était envisagée, et, de l'autre, des pratiques commises sur un certain nombre de marchés publics identifiés pour avoir donné lieu à des appels d'offres, le grief de la première branche manque par le fait qui lui sert de base ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel a justement retenu que peuvent être sanctionnées les pratiques anticoncurrentielles affectant chacun des marchés publics en cause, ainsi que l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur ces marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts. »

Cons. conc., déc. n° 2001-D-66, 10 oct. 2001, France Télécom

« Considérant que, pour déterminer si une entreprise qui a répondu à un appel d'offres détient une position dominante, il convient d'examiner non pas le marché particulier résultant du croisement de l'appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné ; qu'ainsi pour déterminer si France Télécom détenait une position dominante au moment des faits, il convient de délimiter préalablement les marchés sectoriels et géographiques concernés en recherchant s'il existe, pour l'ensemble des demandeurs ou pour une catégorie de demandeurs préalablement identifiée, des services substituables de nature à satisfaire les besoins exprimés en ce qui concerne les prestations de téléphonie vocale »

Cons. conc., déc. n° 08-D-09, 6 mai 2008

« Il convient de rappeler à titre liminaire qu'une entreprise en position dominante sur un marché peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes. »

Justification de la définition du marché pertinent

Cour d'Appel de Paris, n°2015/00301, 12 mai 2016 :

« Comme le rappellent à juste titre les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com, l'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE suppose, avant de porter une appréciation sur les pratiques litigieuses, de définir le marché pertinent afin de déterminer si l'entreprise en cause y occupe une position dominante. Consacrée de façon constante par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et par la jurisprudence communautaire et interne, cette définition préalable du marché pertinent constitue, ainsi que le souligne l'Autorité dans ses observations devant la cour, *« le point de départ de l'examen à conduire »* en vue de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle [...] Au terme de son analyse, l'Autorité a conclu que *« l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne tel que délimité dans la notification des griefs et pour la période visée (2005-2011) n'est pas établie »* ; elle n'a donc nullement manqué à l'obligation qui lui incombait de déterminer si le secteur sur lequel il était allégué que la société Ventesprivees.com occupait une position dominante constituait un marché pertinent »

D'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise

Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007 §355.

« Par ailleurs, la forte concurrence entre les deux offreurs de génériques sur le céfamandole, puis la sortie du princeps, fait régulièrement baisser le prix moyen de vente à partir de 1998. Cependant le prix moyen de vente du céfuroxime sodique, après avoir fortement baissé en 2000, a au contraire remonté et dépassé de 20 centimes d'euros le céfamandole en 2002, soit 28 % d'écart entre les deux spécialités, et encore 23 % en 2003, alors que leurs prix étaient quasiment identiques en 1997. »

Étape 1. L'identification de biens et services échangés sur un marché

La Commission européenne a rappelé, dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997

Le marché « 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 ».

Étape 2. La définition du périmètre géographique

Le marché peut être communautaire, national (Cons. conc., 1er juill. 1997, déc. n° 97-D-53, régional ou local (Cons. conc., 12 mars 2007, déc. n° 07-D-08)

La Commission européenne a rappelé, dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997

« Le marché géographique, quant à lui, comprend : « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable

»

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

2.1 Entente

Article L.464-6-1 du code du commerce

« L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

- a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;
- b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause. »

2.2 Position dominante

1. Les critères essentielles

Détention de 50% des parts de marché

CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie BV c/ Commission § 60

S'agissant des parts de marché, la Cour a jugé (arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, point 41, 85/76, Rec . p . 461) que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l' existence d' une position dominante . Tel est le cas d' une part de marché de 50 % comme celle constatée en l' espèce .

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

Décision n° 05-D-38 du 5 juillet 2005

« En second lieu, les possibilités d'exercer des représailles est ouverte : chaque marché local spécifique est signé pour une période longue, mais sur le marché de dimension nationale ces marchés spécifiques se renouvellent tout au long de l'année, offrant à chaque fois l'opportunité de "jouer"; en outre, il existe de nombreux marchés connexes à celui du transport urbain : marchés scolaires, marchés interurbains, marchés "*militaires*" comme à Toulon, etc.

Les occasions d'exercer des représailles et les marchés sur lesquels les exercer sont donc multiples. »

Décision n° 17-D-06 du 21 mars 2017 §136

« il faut souligner, au cas d'espèce, le très faible degré de connaissance du fonctionnement du marché par le consommateur et la notoriété et très bonne image de marque dont bénéficie l'opérateur historique, ENGIE S.A. »

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

Article R.2122-3 du code de la commande publique

« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

1° Le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;

2° Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;

3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.

Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché »

CJCE, Tribunal, 6 juin 2002, aff T-342/99, Airtours c/commission :

« [...] Trois conditions
sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective ainsi
définie puisse être créée:

— en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir
connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent
ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément,
il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que
tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché,
mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs
adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. [...];

— en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite
puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation
à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le
fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole
dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter.
Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement
déviant de la ligne d'action commune [...]

— en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une
position dominante collective, la Commission doit également établir que la
réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des
consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne
d'action commune.»

TPICE, 23 juillet 2006, aff. T-464/04, Impala

« Il s'ensuit que, dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une position
dominante collective, les trois conditions dégagées par le Tribunal dans l'arrêt
Airtours/Commission, point 45 supra, déduites à partir d'une analyse
théorique de la notion de position dominante collective, si elles sont, certes,
également nécessaires, peuvent cependant, le cas échéant, être établies
indirectement sur la base d'un ensemble d'indices et d'éléments de preuve,
éventuellement même très hétérogènes, relatifs aux signes, manifestations et
phénomènes inhérents à la présence d'une position dominante collective. 252

Ainsi, en particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée,
surtout s'ils sont d'un niveau supraconcurrentiel, joint à d'autres facteurs
typiques d'une position dominante collective, pourraient, en l'absence d'autre
explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une position
dominante collective, quand bien même il n'y aurait pas de preuves directes
solides d'une transparence forte du marché, compte tenu de ce que cette
dernière peut être présumée dans de telles circonstances ».

Cons. conc., déc. n° 08-D-09, 6 mai 2008

« La discussion portera en premier lieu sur l'ensemble des griefs formulés à l'encontre de la régie municipale des pompes funèbres, en deuxième lieu sur des griefs formulés à l'encontre d'OGF-PFG et en troisième lieu sur le grief d'entente entre la régie municipale et OGF-PFG tendant à une répartition entre elles des marchés de Lyon et de son agglomération.

Il convient de rappeler à titre liminaire qu'une entreprise en position dominante sur un marché peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes. »

2.3 Abus de position dominante collective

3. Prévenir les pratiques anticoncurrentielles avant la passation

Solution n°1 L'allotissement

Article L.2113-10 du code de la commande publique

« Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. »

Article R.2121-4 du code de la commande publique

« L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent livre en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles qui y sont prévues. »

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

Article L.2111-1 du code de la commande publique

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3. »

Partie II. Les formes d'opérateurs économiques candidats au marché

1. *Les ententes*

1.0 Précision sur les organisations professionnelles

Arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, T-99/04, §133

« La condition objective pour l'imputation à l'entreprise concernée des divers comportements infractionnels constituant l'ensemble de l'entente est remplie dès lors qu'elle a contribué à sa mise en œuvre, même de façon subordonnée, accessoire ou passive, par exemple par une approbation tacite et par une absence de dénonciation de cette entente aux autorités, l'importance éventuellement limitée de cette contribution pouvant être prise en compte dans le cadre de la détermination du niveau de la sanction »

Décision n° 19-D-12 du 24 juin 2019, précitée, paragraphes 105 à 106

« Par ailleurs, l'instruction a démontré que certains courriels relatifs aux modalités de mise en œuvre de l'entente ont été envoyés à la chambre. Il en va ainsi d'un courriel envoyé par un membre du GIE Notimo, à la chambre, avec le président du GIE en copie, portant sur la nécessité de discuter rapidement des modalités de mise en œuvre de l'entente afin de faire obstacle aux dispositions contenues dans la loi Macron (voir point 65 *supra*) (cote 153).

Ces échanges démontrent l'absence d'étanchéité entre le GIE Notimo, qui mettait en œuvre l'entente, et la chambre qui y contribuait via une mise à disposition de moyens et, de ce fait, en avait connaissance. »

Décision n° 18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique §18 et §19

« Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres. Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une concurrence entre elles. Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle. À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations. »

Décision n° 19-D-12 du 24 juin 2019, précitée, paragraphes 91

« Les participants à l'entente avaient d'ailleurs pleinement conscience que la fixation des tarifs en commun pouvait constituer une entente anticoncurrentielle. »

Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015, précitée, paragraphe 1005

« Par ailleurs, il incombe aux associations professionnelles, lorsqu'elles détectent des échanges anticoncurrentiels en leur sein, de rappeler aux adhérents les principes du droit de la concurrence et les risques encourus. Ainsi, il était du devoir de TLF de s'opposer explicitement à de tels agissements.»

1.1 Les groupes de sociétés

CJUE arrêt du 17 mai 2018 « Ecoservice projet tai » UAB, C-531/16 §28 et §29

« Pour ce qui est de l'article 101 TFUE, il convient de rappeler que cet article ne s'applique pas lorsque les accords ou pratiques qu'il proscriit sont mis en œuvre par des entreprises formant une unité économique (voir, en ce sens, arrêts du 4 mai 1988, Bodson, 30/87, EU:C:1988:225, point 19, et du 11 avril 1989, Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, point 35). Il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier si les soumissionnaires A et B forment une unité économique.

Au cas où les sociétés concernées ne formeraient pas une unité économique, la société mère n'exerçant pas d'influence déterminante sur ses filiales, il y a lieu de relever que, en toute hypothèse, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18 serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la présentation de telles offres constitue aussi un comportement contraire à l'article 101 TFUE. »

Décision 20-D-19 du 25 novembre 2020

« Les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent les accords ou pratiques concertées conclus entre des entreprises, c'est-à-dire entre des unités économiques distinctes. La pratique décisionnelle et la jurisprudence, tant nationale qu'eupéenne, considèrent ainsi que les articles réprimant les ententes ne sont pas applicables aux accords ou pratiques mis en œuvre au sein d'une même unité économique.

Dans le cas où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, elle est présumée, de façon réfragable, exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale et former avec elle une unité économique. »

Conseil d'Etat dans un arrêt du 8 décembre 2020, n° 436532 §6

« Par suite, dès lors qu'il a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que les offres litigieuses des sociétés CMT Services et Compagnie méridionale d'applications thermiques pour le lot n° 12 émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et, d'autre part, qu'elles étaient identiques et ne pouvaient être considérées comme des offres distinctes présentées par des opérateurs économiques manifestant leur autonomie commerciale, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, qui a suffisamment motivé son ordonnance, n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la métropole devait être regardée comme ayant retenu, pour le même lot, deux offres présentées par un même soumissionnaire. Il n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit en jugeant que la métropole avait ainsi méconnu les stipulations du règlement de la consultation, qui lui imposaient d'écarter l'ensemble des offres de la société CMT Services et de la société Compagnie Méridionale d'applications thermiques pour ce lot comme irrégulières, et qu'elle avait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence. »

CJUE arrêt du 17 mai 2018 « Ecoservice projet tai » UAB, C-531/16 §24

« Or, le fait d'imposer aux soumissionnaires de déclarer de leur propre initiative leurs liens avec d'autres soumissionnaires, alors qu'une telle obligation ne figure ni dans le droit national applicable ni dans l'appel d'offres ou dans le cahier des charges, ne constituerait pas une condition clairement définie, au sens de la jurisprudence mentionnée au point précédent. En effet, dans ce cas, il serait difficile pour les soumissionnaires de déterminer la portée exacte d'une telle obligation, et ce d'autant qu'il ne serait pas toujours possible, par la nature même de la procédure d'adjudication, de connaître l'identité de tous les soumissionnaires à la même procédure avant la date de clôture du dépôt des offres. »

1.2 Le groupement momentané d'entreprises et sous-traitance

Cons. conc. n° 98-D-26 du 7 avril 1998

« Considérant que le fait de se grouper pour répondre à un appel d'offres ne constitue pas en soi une pratique prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; que, toutefois, le recours à un groupement peut être prohibé s'il est établi qu'il a été utilisé pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence lors d'un appel d'offres. »

Décision n° 05-D-17 du 27 avril 2005

De ce fait, dès lors que des informations portant sur les prix avaient été effectivement échangées au motif de ce prétendu projet, l'échange réalisé interdisait aux entreprise en cause, ayant finalement renoncé à se grouper, de présenter en concurrence apparente des offres sur le lot 2, car la concurrence entre ces offres était irrémédiablement faussée par l'échange initial.

Cons. conc. 24 avril 2001, n° 01-D-16

« Considérant en dernier lieu, que le fait de constituer, en vue d'élaborer une offre avant toute sollicitation de la part de l'autorité concédante, un groupement réunissant la totalité ou la très grande majorité des offreurs potentiellement actifs sur le marché, pourrait être constitutif d'une entente anticoncurrentielle, s'il était établi que la constitution de ce groupement avait mis l'autorité concédante dans l'impossibilité de solliciter des propositions alternatives. »

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

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

« La position dominante de la RTM aurait permis d'assurer le succès de cette opération de sélection à laquelle tous les candidats potentiels français à la DSP d'une certaine importance ont participé. La sélection préalable d'un partenaire pour constituer un groupement en vue de la réponse à l'appel public à candidatures aurait contribué à décourager les candidats potentiels à la DSP de répondre seuls à l'appel public à candidatures de la CUMPM [...] En conclusion, il apparaît que c'est l'exigence de partage du risque d'exploitation imposé par la CUMPM qui, de façon déterminante, a conduit la RTM à sélectionner un partenaire afin de concourir pour la DSP avec une chance réelle de l'emporter. Il n'est donc pas possible de considérer dans ces conditions que le principe même de la sélection d'un partenaire soit constitutif d'un abus. »

Partie III. La détection des ententes par l'acheteur lors de la passation

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

1.1 Entente

1.1.1 La détection

Décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998

« Les entreprises retenues devaient faire parvenir une offre pour le 22 avril 1991 à 17 heures. La commission d'ouverture des plis s'est réunie le 23 avril et a constaté que, sur les dix entreprises sélectionnées, seules trois d'entre elles et un groupement avaient présenté des propositions »

Décision n° 96-D-64 du 20 novembre 1996 (FAUTES COMMUNES DANS LE DOSSIER)

« Le dossier présenté par la société Pietri contenait des documents qui concernent l'offre de la société elle-même et reprennent les offres de ses concurrents sur ce marché, à l'exception des sociétés Rey et Cie et Routière du Midi. L'examen des devis manuscrits, dont les enquêteurs ont reçu copie et des offres des entreprises concernées par la consultation, permet de mettre en évidence l'identité des différentes composantes de certaines offres et des estimations manuscrites établies par la société Pietri.

Le document coté 239 correspond au détail estimatif manuscrit de la société Pietri, dont le montant total, hors taxe sur la valeur ajoutée, est de 285.625 francs. Ce détail estimatif est identique à l'offre effectivement présentée par la société Pietri et comporte en bas, à gauche, la mention "*NOUS*" ainsi que la mention "*Prix Gerland*" qui est reliée au poste 23 (enrobés 0/10) où la somme de 15.000 francs (25 tonnes à 600 francs la tonne) correspond au prix des enrobés fixé dans son offre par la société Pietri, après prise en compte de la tarification proposée par son fournisseur, la société Gerland. M. Christian Pietri a déclaré aux enquêteurs, le 19 mars 1992 : "*La mention "prix Gerland" située au bas de la pièce (...) signifie que j'avais consulté l'entreprise Gerland pour la fourniture et la mise en place des enrobés (...)* ». »

Article R.2152-2 code de la commande publique

« 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. »

Arrêt Cour d'appel de Paris, 3 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain, 2009/01024

«...qu'en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer... Il en résulte que tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leur concurrentes, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée ».

Décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998

« Le compte-rendu de la commission d'ouverture des plis indique : " Ces prix sont très nettement supérieurs à la prévision faite par le maître d'oeuvre qui avait, sur la base de l'APS, chiffré le projet à 9,8 MF. De plus, l'écart relativement faible entre les différentes propositions donne à penser qu'il est possible qu'il y ait eu entente entre les entreprises. L'examen du montant de chaque lot (chaufferie, réseaux, sous-stations) semble confirmer cette hypothèse ". Les offres de ces entreprises sont effectivement supérieures de 52,9 % à 69,5 % à l'estimation du maître d'oeuvre. »

1.1.2 Solutions générales

Article L.2141-9 code de la commande publique

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. »

1.2 Abus de position dominante

Titulaire sortant

Aut. conc., déc. n° 08-D-24, 22 oct. 2008 :

« Le fait d'être le titulaire « sortant » d'un tel contrat public ne permet pas d'établir par lui-même une situation de dominance. Pour établir une telle situation, il faut démontrer le lien entre le marché mis en jeu et un autre marché sur lequel l'un des offreurs détiendrait une position dominante, suffisant pour considérer qu'un comportement observé sur le premier marché est susceptible de constituer un abus de la position dominante détenue sur le second (qui est alors connexe au premier). Mais ce lien n'existe pas nécessairement »

CAA Paris, 5 févr. 2021, n° 20PA00908

« si la société Alpha-Biologie affirme que l'attribution du marché résulte d'un abus de position dominante, elle n'assortit ce moyen d'aucune précision concernant les pratiques anticoncurrentielles dont elle entend se prévaloir. Au demeurant, la circonstance que l'entreprise qui a été retenue se trouve en position dominante dans le secteur de la biologie médicale et soit également titulaire sortant du marché ne constitue pas en soi un abus de position dominante. »

Prix prédateurs :

CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208 :

« Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

2. Détection par caractérisation des objectifs

Partie IV. Les erreurs à éviter



LE CONTENTIEUX DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Partie I. La saisine de l'Autorité de la concurrence

Pourquoi saisir l'Autorité de la concurrence ?

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

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

*« En déposant des offres en réponse à un appel public à candidatures (ou à un appel d'offres, dans le cadre d'un marché public), les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L.410-1 du code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires qui la contrôlent (...) dès lors que
« les pratiques en cause ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'a impliqué aucune appréciation de la validité des actes administratifs ».*

→ Qu'est-ce qu'une « micro-pac » ?

Article L464-9 du Code de commerce

Modifié par LOI n°2020-1508 du 3 décembre 2020 - art. 37 (V)

Le ministre chargé de l'économie peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 dont elles sont les auteurs lorsque ces pratiques ne concernent pas des faits relevant des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 200 millions d'euros.

Le ministre chargé de l'économie peut également, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger. Le montant de la transaction ne peut excéder 150 000 € ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible. Les modalités de la transaction sont fixées par décret en Conseil d'Etat. L'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'injonction et de l'acceptation de la transaction éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits. Le ministre chargé de l'économie informe l'Autorité de la concurrence des transactions conclues.

Il ne peut proposer de transaction ni imposer d'injonction lorsque les mêmes faits ont, au préalable, fait l'objet d'une saisine de l'Autorité de la concurrence par une entreprise ou un organisme visé au deuxième alinéa de l'article L. 462-1, sauf si l'Autorité de la concurrence a rejeté la saisine sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 462-8.

En cas de refus de transiger, le ministre chargé de l'économie saisit l'Autorité de la concurrence. Il saisit également l'Autorité de la concurrence en cas d'inexécution des injonctions prévues au premier alinéa ou des obligations résultant de l'acceptation de la transaction.

Les sommes issues de la transaction sont versées au Trésor public et recouvrées comme les créances étrangères à l'impôt et au domaine.

2. La saisine de l'Autorité de la concurrence par les personnes publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles

Qui peut saisir l'Autorité de la concurrence ?

Article L.462-5 du code de commerce :

« I.-L'Autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles [L. 420-1](#) à [L. 420-2-2](#) et [L. 420-5](#) ou contraire aux mesures prises en application de l'article [L. 410-3](#), ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique, ainsi que des manquements aux engagements pris en application de l'article [L. 430-7-1](#) ou pris en application des décisions de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

II.-Pour toutes les pratiques mentionnées aux articles [L. 420-1](#) à [L. 420-2-2](#) et [L. 420-5](#) ou contraires aux mesures prises en application de l'article [L. 410-3](#), l'Autorité de la concurrence peut être saisie par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes mentionnés au deuxième alinéa de l'article [L. 462-1](#).

III.-Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article [L. 430-8](#) ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

IV.-L'Autorité de la concurrence peut être saisie par les régions d'outre-mer, le Département de Mayotte, les îles Wallis et Futuna, la collectivité de Saint-Barthélemy, la collectivité de Saint-Martin et la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon de toute pratique mentionnée aux articles [L. 420-1](#) à [L. 420-2-2](#) et [L. 420-5](#) ou contraire aux mesures prises en application de l'article [L. 410-3](#), ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique, concernant leur territoire respectif. »

Article L.462-1 du code de commerce :

« L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus des collectivités relevant de l'[article 73](#) de la Constitution et des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge. »

2.1. Contenu de la saisine

Que mettre dans la saisine ?

Article L.420-5 du code de commerce :

« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

En Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion et dans le Département de Mayotte, lorsque des denrées alimentaires identiques ou similaires à celles qui sont produites et commercialisées localement sont proposées aux consommateurs à des prix manifestement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone, la conclusion d'un accord entre les acteurs de l'importation et de la distribution, d'une part, et ceux de la production et de la transformation locales, d'autre part, peut être rendue obligatoire par le représentant de l'Etat dans le territoire. Celui-ci prend en compte les volumes de produits concernés, la situation économique des producteurs locaux et l'intérêt des consommateurs à très faibles revenus. Cet accord, dont la négociation est conduite sous l'égide de l'Etat et des collectivités compétentes en matière de développement économique, doit mentionner les opérations continues menées par la distribution afin d'offrir au consommateur des denrées produites localement ainsi que la politique menée par les producteurs locaux afin de satisfaire au mieux les besoins des consommateurs. L'accord est rendu public par arrêté préfectoral. En l'absence d'accord dans le délai de dix jours ouvrables à compter de l'ouverture des négociations, le représentant de l'Etat dans le territoire prend par arrêté toute mesure relevant de sa compétence et permettant de répondre aux objectifs précités.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Les premier et troisième alinéas du présent article ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. »

2.2. Modalités de la saisine

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

2.3. Le délai pour agir

Article L.462-7 du code de commerce :

« L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.

Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence.

Toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci.

Tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile et de l'action indemnitaire engagée devant une juridiction administrative sur le fondement de l'article L. 481-1. L'interruption résultant d'un tel acte produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence compétente ou de la juridiction de recours ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire.

Le délai mentionné au troisième alinéa est suspendu jusqu'à la notification à l'Autorité de la concurrence d'une décision juridictionnelle irrévocable lorsque :

1° L'ordonnance délivrée en application de l'article L. 450-4 fait l'objet d'un appel ou lorsque le déroulement des opérations mentionnées au même article fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de cet appel ou de ce recours ;

2° La décision de l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8, à compter du dépôt de ce recours ;

3° La décision prise par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée fait l'objet d'un recours. Le délai mentionné au troisième alinéa du présent article est alors suspendu à compter du dépôt de ce recours. »

3. Les sanctions de l'Autorité de la concurrence

1. Les sanctions de l'Autorité de la concurrence

3.1 La fixation des sanctions pécuniaires

Article L464-2 du Code de commerce

I- L'Autorité de la concurrence (...). Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

3.1.1 ETAPE 1 : La détermination du destinataire des sanctions

Autorité de la concurrence, 21 mars 2006, Décision n° 06-D-07 bis* relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France

Tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise qui a mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de la pratique sont cédés à une tierce personne ; – lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques ; – et si aucune autre personne n'a reçu transmission de ses droits et obligations, à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle.

3.1.2 ETAPE 2 : La détermination du montant de base

1° Détermination du paramètre de référence :

En général

Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs

La référence prise par l'Autorité pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l'infraction, ou s'il y a lieu avec les infractions, vendues par l'entreprise ou l'organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle(s)-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l'infraction ou des infractions effectuée par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services.

34. Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France.

35. Leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause.

Dans le domaine des contrats publics

Autorité de la concurrence, 17 avril 2013

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 »

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

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

La méthode décrite à la section IV.A.2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques anticoncurrentielles portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'une infraction complexe et continue. En effet, la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique de ces pratiques, qui revêtent un caractère instantané, et du poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y prend part, en particulier lorsque leur implication consiste à réaliser des offres de couverture ou à s'abstenir de soumissionner.

67. Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, au chiffre d'affaires total réalisé en France par l'organisme ou par l'entreprise en cause, ou par le groupe auquel l'entreprise appartient, en principe pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction ou du dernier exercice comptable complet s'il en existe plusieurs. Ce coefficient tiendra compte du fait que ces pratiques, qui visent à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'effectivité même de la procédure d'appel d'offres, se rangent par leur nature même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère secret

a) La gravité des faits

Conseil de la concurrence, 20 février 2003, décision n° 03-D-10

S'agissant de la gravité des faits reprochés, il y a lieu de rappeler qu'une entente horizontale entre entreprises candidates à l'exécution d'un marché public mise en œuvre à l'occasion de la procédure de passation de ce contrat, notamment un échange d'informations entre les entreprises préalablement à la remise de leurs offres, est d'une particulière gravité.

b) Le dommage causé à l'économie

Cour d'appel de Paris, 8 octobre 2008, n° 07/22214, société SNEF

Le dommage à l'économie visé par les dispositions ci-dessus rappelées de l'article L. 462-4 du code de commerce ne se réduit pas au préjudice éventuellement subi par le maître d'ouvrage et s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause, laquelle est caractérisée, en l'espèce, par le désordre résultant de la découverte de deux offres identiques présentées par des sociétés concurrentes seulement en apparence

Cour d'appel de Paris, 13 janvier 1998, Fougerolle Ballot

Le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence

Cour d'appel de Paris, 12 décembre 2000

Que ces pratiques anticoncurrentielles, qui caractérisent un dommage à l'économie, sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituaient une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussaient le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur les prix a été suivi d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'oeuvre et de la commission d'ouverture des plis et que le marché a été, en définitive attribué à une entreprise ne participant pas à la concertation

Conseil de la concurrence, 14 juin 2006 Décision n° 06-D-15 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la pose et de l'entretien des voies de chemin de fer

Pourtant, en l'espèce, même si les entreprises mises en cause n'ont pas été attributaires du marché, il demeure qu'en se présentant faussement comme concurrentes, elles ont perturbé le déroulement normal de l'appel d'offres qui a permis seulement une attribution partielle des lots et que par l'entrave au libre jeu de la concurrence dont elles sont responsables, elles ont causé un dommage à l'économie.

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

Autorité de la concurrence, 26 janvier 2012, Décision n° 12-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon

Comme indiqué au paragraphe 229 ci-dessus, la durée de l'infraction est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage à l'économie. En effet, 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. 257. Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités pratiques suivantes. La proportion retenue pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage à l'économie est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle de chaque entreprise en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de la dernière année complète de participation à l'infraction, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent. 258. Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chaque entreprise à l'infraction et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

3.1.3 ETAPE 3 : L'individualisation

Article 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce

Les sanctions pécuniaires (...). Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

- Circonstances aggravantes

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

L'Autorité ajuste ensuite le montant de base pour tenir compte de circonstances atténuantes ou aggravantes, s'il y a lieu (1), et des autres éléments d'individualisation pertinents tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme (2).

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

46. Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que : – l'entreprise ou l'organisme a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, ou a joué un rôle particulier dans la conception ou dans la mise en œuvre de l'infraction ; – l'entreprise ou l'organisme a pris des mesures en vue d'en contraindre d'autres à participer à l'infraction ou a pris des mesures de rétorsion à leur encontre en vue de faire respecter celle-ci ; – l'entreprise ou l'organisme jouit d'une capacité d'influence ou d'une autorité morale particulières, notamment parce qu'il est chargé d'une mission de service public.

- Circonstances atténuantes

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

45. Les circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que : – l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ; – l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction ; – l'infraction a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques.

Conseil de la concurrence, 26 mars 1991, Décision n° 91-D-13 du relative à des pratiques d'entente relevées à l'occasion de deux marchés de fourniture de matériels et mobiliers scolaires conclus par la commune de Baie-Mahault (Guadeloupe)

Considérant que les entreprises Douz'h, Soprodec, Alizes-F.M.B. et Hilfo reconnaissent s'être prêtées, a posteriori, à un simulacre de mise en concurrence ayant pour objet de régulariser les commandes passées aux deux premières entreprises, et à propos duquel ont été établies des offres de complaisance ;

Mais considérant qu'en l'espèce l'initiative de cette opération a été le fait de la municipalité et que, dans ces conditions, il ne saurait, en tout état de cause être infligé de sanction aux entreprises susmentionnées.

La récidive

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

La réitération est une circonstance aggravante dont la loi prévoit, compte tenu de son importance particulière, qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'intéressé à respecter les règles de concurrence.

51. Pour apprécier l'existence d'une réitération, l'Autorité tient compte de quatre éléments cumulatifs : – une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la nouvelle pratique ; ce précédent constat d'infraction, qui ne doit pas nécessairement avoir été assorti d'une sanction pécuniaire, ne peut résulter ni d'une décision prononçant une mesure conservatoire en vertu de l'article L. 464-1 du code de commerce, ni d'une décision rendant obligatoires des engagements au titre du I de l'article L. 464-2 du même code ; – la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; – ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique, et – le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence ; l'Autorité n'entend pas opposer la réitération à une entreprise ou à un organisme lorsque le délai en question est supérieur à 15 ans.

3.1.4 ETAPE 4 : Vérification du plafond

Article L.464-2 du Code de commerce

Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

3.1.5 ETAPE 5 : La réduction

La procédure de clémence pour la participation à la preuve

Article L464-2 du Code de commerce

IV.-Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement.

Le rapporteur général informe le commissaire du Gouvernement de la démarche engagée par l'entreprise. Il informe l'entreprise par écrit, le cas échéant, de son éligibilité à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires encourues et lui indique les conditions de coopération définies par l'Autorité de la concurrence. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si ces conditions ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'organisation et d'application de cette procédure.

Conseil de la concurrence, 16 décembre 2008, Décision n° 08-D-32 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques

Pour déterminer (...) la part de l'exonération accordée, le Conseil prend en compte la date à laquelle la société a fait sa démarche, la valeur ajoutée des éléments apportés et toutes les autres circonstances concrètes de l'espèce. Il n'est, ce faisant, pas lié par la fourchette fixée dans l'avis conditionnel de clémence et peut aller plus loin dans l'exonération finalement décidée.

La non contestation des griefs

Article L464-2 du Code de commerce

III.-Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction.

Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure, 10 février 2012

14. Lorsqu'un organisme ou une entreprise choisit de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, il doit renoncer à contester les griefs qui lui ont été notifiés.

15. Cette renonciation, qui est retranscrite dans le procès-verbal décrit au point 36 ci-dessous, doit prendre la forme d'une déclaration par laquelle l'organisme ou l'entreprise en cause indique, dans des termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'il ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donnent les services d'instruction au regard des dispositions pertinentes du code de commerce et du TFUE, ni leur imputabilité. La renonciation à contester la réalité des pratiques en cause doit porter à la fois sur les faits constitutifs de ces pratiques, sur leur objet et leurs effets anticoncurrentiels, sur leurs caractéristiques, sur leur durée et sur les modalités de participation de l'intéressé aux pratiques.

Conseil de la concurrence, 4 août 2004, n° 04-D-4 (Cathédrale de Tréguier)

La non-contestation de la réalité des griefs notifiés consiste à ne contester ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du code de commerce, ni leur imputation à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce »

L'ajustement à la capacité contributive de l'entreprise

Autorité de la concurrence, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

61. Si les éventuelles difficultés générales du secteur concerné par les infractions ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du code de commerce, les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives

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

4.1 Les mesures conservatoires

Article L464-1 du Code de commerce

Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 4

L'Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires.

Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée 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.

Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

Article R464-1 du Code de commerce

Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 4

La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 4 février 1997, 94-21.233, Publié au bulletin

Mais attendu, en premier lieu, que s'il résulte des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que le Conseil de la concurrence, après avoir été saisi au fond, peut à la demande du ministre de l'Economie ou d'une partie prendre des mesures conservatoires pour faire cesser des pratiques manifestement illicites, celles-ci peuvent revêtir des formes diverses sous réserve qu'elles restent strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que l'injonction faite par le Conseil aux entreprises de cesser de vendre du béton prêt à l'emploi à un prix unitaire inférieur à son coût moyen variable de production tel qu'il résultait de la comptabilité analytique établie mensuellement par chacune des entreprises concernées pour chacune de ses centrales, ce coût s'entendant du coût du ciment, des granulats et des adjuvants et des autres matières premières entrant dans la composition du produit ainsi que du coût de l'énergie, augmentés, hormis les cas de livraison sous centrale, du coût de livraison sur chantier était, dans l'immédiat et jusqu'à ce qu'elle ait pris les mesures définitives permettant de rétablir l'ordre public économique, la décision provisoire la plus efficace pour faire cesser les pratiques de prix dénoncées, la cour d'appel a pu statuer ainsi qu'elle l'a fait ;

Conseil de la concurrence, « Les mesures conservatoires », Rapport d'activité pour 2007

L'intervention de l'Autorité de la concurrence « ne peut se limiter à l'adoption de sanctions adéquates au comportement infractionnel : le fonctionnement de la concurrence, sur tel ou tel marché, a souvent besoin d'être préservé pendant la période nécessaire à l'instruction de la saisine au fond. Tel est l'objet de la procédure relative aux mesures conservatoires qui ouvre le droit, aux entreprises victimes notamment, de demander au Conseil de prendre les mesures idoines dans l'attente de la décision au fond. En général, le Conseil se prononce sur les demandes de mesures conservatoires dans un délai de trois ou quatre mois. Cette célérité permet aux interventions du Conseil d'être en phase avec le temps économique »

Cons. conc. 18 février 2000, n° 00-MC-01, BOCCRF 21 avril 2000

« La mise en œuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites, auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder, ou susceptibles de causer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond »

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 8 novembre 2005

Les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L.420-1 ou L.420-2 du code de commerce, pratique à l'origine directe et certaines de l'atteinte relevée.

4.2 Les injonctions

Article L464-2 du Code de commerce

L-L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. »

Conseil de la concurrence, Rapport d'activité pour 2005

Les injonctions constituent toutefois un instrument délicat à utiliser pour plusieurs raisons. D'une part, elles doivent être claires, précises et dépourvues d'ambiguïté. D'autre part, elles ne doivent pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour faire cesser l'atteinte à la concurrence. La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation veillent aussi au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les injonctions prononcées par le Conseil.

4.3 La publication

Article L464-2 du Code de commerce

L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directeur de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

Sur la précision des consignes de l'Autorité de la concurrence :

Conseil de la concurrence, 28 novembre 2007, n° 07-D-41

« Ces publications interviendront dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à 5 mm sous le titre suivant, en caractère gras de même taille »

Autorité de la concurrence, 30 septembre 2019, n° 19-D-19

Publication dans l'édition électronique et papier du numéro du magazine le « Moniteur » qui paraîtra immédiatement après la publication de la présente décision ».

L'Ordre [des architectes] fera également figurer, pendant une durée de trois mois, sur la page d'accueil de son site internet national et de ses sites internet régionaux, le premier paragraphe du texte inclus au paragraphe 513 de la présente décision avec un lien vers le communiqué de presse relatif à la présente décision publié sur le site internet de l'Autorité.

4.4. Les astreintes

Article L464-2 du Code de commerce

II.-L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre :

- a) A exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ;
- b) A respecter les mesures prononcées en application de l'article L. 464-1.

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif

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

Article L464-2 du Code de commerce

I.-L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3.

Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence

L'Autorité n'applique pas la procédure d'engagements dans les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment a priori les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie important.

Partie II. La saisine du juge administratif

Le recours en contestation de validité du contrat

1. La compétence du juge administratif

Conseil d'État, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n°304802

« Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ;

qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles,

- Soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties,
- Soit de prononcer, le cas échéant avec effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation. »

Article L.420-3 du code de commerce :

« Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles [L. 420-1](#), [L. 420-2](#), [L. 420-2-1](#) et [L. 420-2-2](#). »

TC, 23 mai 2005, Département de la Savoie, C3450

« Les litiges opposant une personne morale de droit public à une entreprise ayant répondu à un appel d'offre préalable à la passation d'un marché public, relèvent comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives » .

Conseil d'État, 19 décembre 2007, Campenon-Bernard, n° 268918

« Les litiges ayant pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tenant à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même ».

2. Le délai pour agir

CE, Association pour le musée des Îles Saint-Pierre et Miquelon, 1 juillet 2019, n°412243

« Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci ».

CE, 15 mars 2019, 413584

« La circonstance que la concession soit arrivée à son terme en août 2017 et que les travaux prévus seraient achevés, qui n'est pas de nature à priver d'objet une mesure d'annulation et ne révèle par elle-même aucune atteinte à l'intérêt général (...) [n'est] pas de nature à faire obstacle au prononcé de l'annulation du marché »

3. La pratique anticoncurrentielle constitutive d'un dol

Article 1137 du code civil :

« Le dol est le fait pour un cocontractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des cocontractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

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

« Les actions en nullité devant le juge du contrat et en responsabilité quasi-délictuelle auxquelles peut donner lieu un dol viciant le consentement d'une partie à entrer dans des liens contractuels sont indépendantes l'une de l'autre et qu'il appartient à la partie qui en a subi les effets de choisir de s'engager dans l'une ou l'autre des deux actions, ou dans les deux »

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

« Lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge administratif (...) de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive »

Le recours indemnitaire devant le juge administratif

Les textes applicables :

Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne

Ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (qui transpose la

Le code de commerce => *Livre IV – Titre VIII : Des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : Article L.481-1 à L.483-11 créés par l'Ordonnance 2017-303*

Le code de justice administrative => *Livre VII – Titre VII – Chapitre V : Le contentieux indemnitaire du fait des pratiques anticoncurrentielles*

1. Le cadre de l'action indemnitaire

Quelle action choisir ?

Article L.481-2 du code de commerce :

« Une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours.

Une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative au constat de l'existence et de l'imputation d'une pratique anticoncurrentielle, prononcée par une autorité de concurrence ou par une juridiction de recours d'un autre Etat membre de l'Union européenne à l'égard d'une personne physique ou morale, constitue un moyen de preuve de la commission de cette pratique.

Lorsqu'une décision définitive de la Commission, statuant sur les accords, décisions ou pratiques relevant de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a constaté une pratique anticoncurrentielle prévue à ces articles et imputé cette pratique à une personne physique ou morale mentionnée à l'article L. 481-1, la juridiction nationale saisie d'une action en dommages et intérêts du fait de cette pratique ne peut, conformément au paragraphe 1 de l'article 16 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté économique européenne, devenus articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prendre une décision qui irait à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. »

2. La compétence du juge administratif

Conseil d'État, 19 décembre 2007, Campenon-Bernard, n° 268918

« Les litiges ayant pour objet l'engagement de la responsabilité de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses et tenant à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même ».

Cass. 1ère civ. 18 juin 2014, n°13-19 408

« Mais attendu que les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel ; qu'il résulte que la demande de dommages et intérêts en raison du caractère prétendument fautif de l'action en responsabilité engagée par la SNCF, qui ne peut être présentée qu'à titre reconventionnel dans l'instance ouverte par l'action principale, dont elle n'est pas détachable, ressortit à la compétence du juge administratif »

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

« Les litiges relatifs à la responsabilité des personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, notamment ses clauses financières dont la connaissance relève de la juridiction administrative, et d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat relèvent de la compétence de la juridiction administrative ».

**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**

« Un litige ayant pour objet l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec l'une d'entre elles, à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales, relève de la compétence des juridictions administratives ».

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

« Lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire ».

3. La prescription de l'action indemnitaire

Article L.482-1 du code de commerce :

« L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative :

1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ;

2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ;

3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique.

Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé.

Elle ne court pas à l'égard des victimes du bénéficiaire d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à l'encontre des auteurs de la pratique anticoncurrentielle autres que ce bénéficiaire. »

CE, Sté Morgan Carbon c/ SNCF, 12 octobre 2020

« Le délai de prescription commence à courir à compter de la publication de la décision de la Commission européenne sanctionnant l'entente, la victime ayant alors eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques anticoncurrentielles dont elle a fait l'objet de la part des membres de l'entente ».

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

CE, Préfet de l'Eure, 30 mai 1913 (indisponible sur légifrance, page 583 du Recueil Lebon)

CE, 18 mai 1988, Ville de Toulouse, n°39348

« Considérant que la VILLE DE TOULOUSE, qui tient du décret du 29 décembre 1962 le pouvoir d'émettre un titre exécutoire (...) n'est pas recevable à demander au juge administratif de condamner lesdits copropriétaires à lui payer les sommes qui lui sont dues ; qu'ainsi les conclusions reconventionnelles par lesquelles la VILLE DE TOULOUSE a demandé au tribunal administratif de condamner lesdits copropriétaires à payer des sommes excédant le montant de deux titres de perception contestés par le syndic de la copropriété n'étaient pas recevables »

CE, 24 février 2016, Département de l'Eure, n°395194

« Lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont dispose une personne publique ne fait pas obstacle à ce que celle-ci saisisse le juge administratif d'une demande tendant à son recouvrement, notamment dans le cadre d'un référé-provision engagé sur le fondement de l'article R.541-1 du code de justice administrative [...] l'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elles à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né des stipulations du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales doit être regardée, pour l'application [de l'exception au principe] comme trouvant son origine dans le contrat. »

5. Les personnes visées par l'action indemnitaire

Contre qui la victime intente l'action ?

CE Société Morgan Carbon c/ SNCF du 12 octobre 2020

« Enfin, lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire. »

6. Les conditions de fond de l'engagement de la responsabilité du fait de pratiques anticoncurrentielles

6.1 La faute : la pratique anticoncurrentielle

6.2 Le lien de causalité

CE, 19 décembre 2007, Société Campenon Bernard

« Considérant qu'en retenant qu'il existait entre les agissements dolosifs des entreprises en cause et l'excès de prix supporté par la S.N.C.F. pour l'exécution des travaux un lien de causalité engageant la responsabilité de ces entreprises, la cour qui souverainement apprécié l'existence de ce lien de causalité, n'a pas commis une erreur de qualification en lui attribuant un caractère direct ».

Article L.481-7 du code de commerce :

« Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice. »

6.3 Le préjudice

6.3.1. La typologie des préjudices

Article L.481-3 du code de commerce :

« Le préjudice subi par le demandeur du fait de la pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 comprend notamment :

1° La perte faite, résultant :

- a) Du surcoût correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service qu'il a effectivement payé et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût qu'il a éventuellement opérée sur son contractant direct ultérieur ;
- b) De la minoration résultant d'un prix plus bas que lui a payé l'auteur de l'infraction ;

2° Le gain manqué résultant notamment de la diminution du volume des ventes liée à la répercussion partielle ou totale du surcoût qu'il a été amené à opérer sur ses contractants directs ou de la prolongation certaine et directe des effets de la minoration des prix qu'il a dû pratiquer ;

3° La perte de chance ;

4° Le préjudice moral. »

Qu'est-ce qu'un surcoût ?

CAA Nancy, 4^e ch., 21 mars 2017, Département de la Meuse, req. n° 15NC02367

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment des éléments relevés par le juge de la concurrence, dont l'étude menée par le cabinet d'audit Deloitte, que le surprix pratiqué s'élève au plus à 7% du prix qui aurait résulté du jeu normal de la concurrence ; que les résultats de cette étude ne sont pas sérieusement remis en cause par la société Signaux Girod ; qu'il résulte de l'instruction que le prix des commandes passées de 2003 à 2005 par le département de la Meuse au titre du marché triennal n° 2003-003 susmentionné est de 1 189 598,37 euros ; que compte tenu du taux précité, le préjudice subi par le département peut être évalué à la somme de 83 271,89 euros »

Quid de la répercussion du surcoût ?

Article L.481-4 du code de commerce :

« L'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf la preuve contraire d'une telle répercussion totale ou partielle apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle »

Article L.481-5 du code de commerce :

« L'acheteur direct ou indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, qui prétend avoir subi l'application ou la répercussion d'un surcoût doit en prouver l'existence et l'ampleur.

Toutefois, l'acheteur indirect, qu'il s'agisse de biens ou de services, est réputé avoir apporté la preuve de cette répercussion lorsqu'il justifie que :

- 1° Le défendeur a commis une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L.481-1 ;
- 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.

Le défendeur peut cependant démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect ou qu'il ne l'a été que partiellement par son cocontractant antérieur »

6.3.2. La quantification du préjudice

Les principes

Article L.481-8 du code de commerce :

« Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de 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 raisonnablement prévisible. »

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

« si, selon les principes du droit de l'Union, le mécanisme de réparation du préjudice né d'une infraction aux dispositions de l'article 101 du TFUE doit garantir une réparation intégrale de la victime devant les juridictions nationales, cette réparation intégrale ne doit pas revêtir un caractère excessif [...] En définitive, la demande de restitution recherchée par le département de la Seine-Maritime est assimilable à une réparation. Elle doit alors répondre à l'objectif poursuivi par le droit de l'Union européenne en matière de réparation des pratiques anticoncurrentielles rappelé au point 16 [pas de réparation excessive]. Il résulte de l'instruction que les montants dont la restitution est réclamée par le département au titre de chacun des marchés en cause équivalent au chiffre d'affaires de la société pour chacun de ces marchés. Il est constant que le département de la Seine-Maritime n'aurait jamais pu bénéficier d'une prestation exécutée en matière de fourniture et de pose de la signalisation verticale et d'équipements de la route, à ces conditions. Les montants réclamés à titre principal excèderaient également ceux auxquels le département pourrait prétendre sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle, et qu'il réclame d'ailleurs à titre subsidiaire.

Ainsi, la demande de réparation va au-delà d'une réparation intégrale des préjudices subis, constitue un enrichissement sans cause du département et présente, dès lors, un caractère excessif au sens des principes dégagés par le droit de l'Union européenne. »

Les méthodes comparatives

CE, 27 avril 2021, n° 440348

« En quatrième lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Nantes s'est fondée, pour calculer le préjudice subi par le département, sur la méthode préconisée par l'expert consistant à comparer les taux de marge de la requérante pendant la durée de l'entente et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par le département de la Loire-Atlantique sur les marchés litigieux. Il ressort également des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a retenu, pour calculer ce préjudice, une part de 40% du chiffre d'affaires total de la requérante dédiée à l'activité de signalisation routière verticale. En se fondant sur ce taux, qui avait été établi par l'Autorité de la concurrence au point 43 de sa décision du 22 décembre 2010 et qui concernait spécifiquement l'activité de la société Lacroix Signalisation en 2009, et en excluant en conséquence le taux de 78% proposé par la requérante au motif que celle-ci ne justifiait pas la différence entre les deux taux, la cour administrative d'appel de Nantes a souverainement apprécié les faits de l'espèce, sans les dénaturer, et n'a pas commis d'erreur de droit, alors même que le paiement des marchés litigieux s'est étalé entre 1999 et 2010. En statuant ainsi, elle n'a pas davantage entaché son arrêt d'un défaut de motivation ou d'une contradiction de motifs.

En dernier lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que l'expert a vérifié la cohérence des résultats de la méthode mentionnée au point précédent en recourant à une autre méthode consistant à comparer les prix d'un échantillon de produits représentatifs, comportant neuf produits correspondants à la catégorie de la signalisation plastique. Si la société requérante soutient que ces produits ne pouvaient être inclus dans l'échantillon parce qu'elle n'aurait pas été condamnée pour des pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la signalisation plastique, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour s'est référée à la décision de l'Autorité de la concurrence du 22 décembre 2010 qui indique que les pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles elle a sanctionné la société requérante portaient sur " la signalisation routière verticale au sens large, laquelle concerne tant la signalisation verticale permanente et temporaire (panneaux métalliques) que la signalisation dite plastique (équipements de sécurité et de balisage en matière plastique) ". Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que la prise en compte de ces produits plastiques n'entachait pas la représentativité de l'échantillon retenu, la cour administrative d'appel aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier. »

Les difficultés

Arrêt du 27 janvier 2000, affaires jointes C-104/89 ET C-37/90

Il convient de souligner que, dans les présentes affaires, le manque à gagner n'est pas le fruit d'un simple calcul mathématique, mais le résultat d'une opération d'évaluation et d'appréciation de données économiques complexes.

La Cour est ainsi appelée à évaluer des activités économiques qui ont en grande partie un caractère hypothétique. Dès lors, à l'instar du juge national, elle dispose d'une marge d'appréciation importante soit à l'endroit des chiffres et données statistiques à retenir, soit surtout en ce qui concerne l'utilisation de ceux-ci pour le calcul et l'évaluation du préjudice.

Quid du rôle du juge de l'indemnisation en la matière ?

Article R.621-7 du code de justice administrative :

« Le président de la formation de jugement peut, après avoir recueilli les observations des parties, solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation.

L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au juge. A défaut de réponse dans ce délai, l'instance est poursuivie. »

Article L.462-3 du code de commerce :

« L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte.

L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction. Les dispositions prévues au présent alinéa ne sont pas applicables aux demandes de production de pièces formées en vue ou dans le cadre d'une action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 du présent code.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l'Autorité.

L'avis de l'Autorité peut être publié après le non-lieu ou le jugement. »

6.3.3. Réparation solidaire du préjudice

Article L.481-9 du code de commerce :

« Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1, elles sont **solidairement tenues de réparer le préjudice** en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation **à proportion de la gravité de leurs fautes respectives** et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage. »

Article L.481-10 du code de commerce :

« Par dérogation à l'article L. 481-9, une petite ou moyenne entreprise n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects 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° L'application de l'article L. 481-9 compromettrait irrémédiablement sa viabilité économique et ferait perdre toute valeur à ses actifs.

Cette dérogation n'est pas applicable lorsque la petite ou moyenne entreprise a été l'instigatrice de la pratique anticoncurrentielle, a contraint d'autres personnes à y participer ou a précédemment commis une telle pratique constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou une juridiction de recours.

Est une petite ou moyenne entreprise pour l'application du présent article une personne relevant de la catégorie des petites et moyennes entreprises au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et des mesures réglementaires prises pour son application. »

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