

Concurrence - Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics - Chronique par Audrey MAUREL

Document: Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, chron. 4

Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, chron. 4

Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics

Chronique par Audrey MAUREL avocate

[Accès au sommaire](#)

Pour le troisième numéro de cette chronique, l'attention est portée sur la nécessité de sensibiliser les personnes publiques à l'existence de pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce. Hausse de prix injustifiée ou exclusion d'entreprises d'un marché, les acheteurs ne doivent ni favoriser, ni être à l'origine de telles pratiques. Ils sont incités, au contraire, à lutter contre ces atteintes graves à l'ordre public économique dont elles sont parfois victimes. De la sanction pécuniaire à la sanction pénale, ces pratiques peuvent être dénoncées devant un panel d'autorités – juridictionnelles ou non – afin de dissuader leur survenance. L'année 2019-2020 aura ainsi montré que les acteurs publics ne sont peut-être pas encore assez formés pour détecter leur existence et mesurer la gravité de leurs effets.

1. L'Autorité de la concurrence : autorité souveraine dans la qualification et la sanction des pratiques anticoncurrentielles

1. - L'actualité de cette chronique est sans équivoque : dans sa feuille de route pour l'année 2020, l'Autorité de la concurrence (ADLC) a annoncé souhaiter porter une attention particulière à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics, particulièrement exposés au risque d'ententes, ce qui cause un préjudice considérable aux acheteurs publics et nuit la bonne utilisation des deniers publics. Pour cela, l'Autorité travaille en lien avec les services des ministères de l'Économie et des Finances et de l'Action et des Comptes publics, à la mise en place d'outils permettant la collecte et l'analyse automatique des données de marchés publics afin de détecter de manière encore plus exhaustive les comportements collusifs. Elle restera également vigilante sur les chantiers relatifs aux infrastructures majeures nécessitant la passation d'importants marchés publics.

2. - Mais cette annonce n'est pas un hasard. Alors que l'ADLC avait rejeté, par une décision du 19 avril 2019 la saisine de la communauté urbaine de Bordeaux (CUB), devenue Bordeaux métropole (*Aut. conc., déc. n° 19-D-06, 19 avr. 2019*), qui dénonçait une entente entre plusieurs entreprises candidates aux appels d'offres lancés pour les travaux d'extension de son réseau de tramway, deux décisions prises au dernier semestre 2019 sont venues réaffirmer son pouvoir en la matière.

A. - Sanction d'un barème de prix illégal pour la maîtrise d'œuvre publique

3. - Saisie par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), l'Autorité a sanctionné, à hauteur de 1,5 million d'euros, l'Ordre des architectes pour avoir, à travers quatre de ses conseils régionaux, mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles (*Aut. conc., déc. n° 19-D-19, 30 sept. 2019*). Ces pratiques étaient au nombre de quatre : (i) mise en place, diffusion et respect d'un barème d'honoraires applicables aux architectes intervenant dans les marchés de maîtrise d'œuvre publics, dans un secteur où la fixation des honoraires est libre ; (ii) accompagner la diffusion de ce barème d'une « police des prix » ; (iii) mise en place des mesures de rétorsion à l'encontre des architectes ne respectant pas ces consignes

tarifaires ; (iv) intervenir auprès des maîtres d'ouvrage publics afin de les dissuader de passer des marchés avec des architectes proposant des taux d'honoraires considérés « trop faibles ». Pour rappel en effet, lorsqu'ils exercent en qualité de maître d'œuvre, les architectes sont chargés par le maître d'ouvrage public de concevoir le projet, d'élaborer le dossier de consultation des entreprises, de contrôler la bonne exécution des travaux et de jouer un rôle d'interface avec les entreprises chargées d'exécuter les travaux. Leurs honoraires sont libres et non réglementés par la puissance publique, ce qui permet de faire jouer la concurrence sur le marché. Pour autant, et aux fins de lutter contre les pratiques de « *dumping* » de certains de leurs confrères, quatre conseils régionaux de l'Ordre des architectes ont détourné de sa finalité le guide de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) – destiné à aider les collectivités pour évaluer l'enveloppe prévisionnelle des honoraires de maîtrise d'œuvre – en érigeant ce document en référence du calcul des honoraires des architectes, et en incitant ces derniers à fixer leurs honoraires selon les fourchettes préconisées par le guide, sans prise en compte de leurs coûts réels. Ces conseils régionaux ont, enfin, multiplié les interventions indues auprès des maîtres d'ouvrage publics, les alertant illégitimement des « risques », aussi bien au plan contentieux que technique, qui auraient, selon eux, découlé de la négociation de taux d'honoraires trop faibles avec les architectes, et les incitant à relancer les procédures et, parfois, à renoncer à l'opération de construction du bâtiment public. Or, après enquête, les effets de ces pratiques sur l'attitude des maîtres d'ouvrage publics ont bien été constatés : certaines collectivités locales ont été découragées de choisir des architectes proposant des honoraires modérés ; d'autres ont remis en cause des marchés déjà passés ou en cours de négociation, entraînant une dépense supplémentaire de deniers publics au détriment du contribuable. Le montant élevé de cette sanction est par ailleurs symbolique au regard de l'auteur de l'entente constatée, l'Ordre des architectes jouissant d'une autorité morale indéniable, aussi bien auprès de ses membres que des maîtres d'ouvrage publics. Cette décision fait toutefois l'objet d'un recours non encore jugé à ce jour.

B. - Sanction pour entente dans le marché des titres-restaurant

4. - Une amende de près de 415 millions d'euros a été infligée aux quatre émetteurs de titres-restaurant historiques pour avoir méconnu le droit de la concurrence en raison de la mise en place des pratiques constitutives d'entente suivantes (*C. com.*, art. L. 420-1) : (i) échange d'informations commerciales confidentielles portant sur leurs parts de marché respectives, restreignant ainsi la concurrence entre eux et (ii) adoption d'accords ayant pour objet de verrouiller le marché des titres-restaurant en contrôlant l'entrée de nouveaux acteurs et en s'interdisant réciproquement de se lancer dans l'émission des titres dématérialisés (*Aut. conc.*, déc. n° 19-D-25, 17 déc. 2019). Des pratiques n'ont ainsi pas été sans impact sur la passation des marchés publics de titres-restaurant dont l'objet, rappelons-le, est de fournir un service de nature financière à l'acheteur, lequel est rémunéré par une commission (la livraison du document papier étant uniquement un accessoire de la prestation de service elle-même), l'émetteur créant un réseau d'enseignes susceptibles d'accepter les titres. En effet, compte tenu des caractéristiques du marché, et notamment de la forte concentration du secteur des titres-restaurant, l'échange de ces données avait une utilité stratégique pour les émetteurs, ces derniers pouvant détecter tout changement de stratégie tarifaire de ses concurrents, réduisant ainsi leur autonomie commerciale, et perturbant le bon fonctionnement de la concurrence sur ce marché. L'action occulte des membres de l'entente permettait d'organiser une concurrence artificielle destinée à tromper la vigilance de l'acheteur public. Or, tant que la preuve de la pratique anticoncurrentielle n'est pas apportée, les candidats bénéficient d'une présomption de comportement licite. Hormis quelques cas où la pratique anticoncurrentielle peut paraître évidente dès le stade de la remise des offres, le pouvoir adjudicateur doit attendre, comme en l'espèce, la décision des juges ou de l'autorité de concurrence qui peut sanctionner la pratique anticoncurrentielle. Il n'en reste pas moins que les acheteurs publics victimes de ces pratiques peuvent obtenir réparation du préjudice subi devant le juge administratif sur le fondement du dol, ou solliciter la nullité du contrat sur le fondement de l'article L. 420-3 du Code de commerce aux termes duquel « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 » (*V. sur ce point, TA Bastia, 6 févr. 2003, n° 0100231, SARL Autocars Mariani c/ Dpt Haute*

Corse). Il est toutefois conseillé d'agir dès que la décision de l'Autorité de la concurrence est devenue définitive, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui, cette décision faisant l'objet d'un recours non encore tranché.

2. Le juge administratif, protecteur de l'Administration victime de pratiques anticoncurrentielles

5. - Dans sa décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, l'ADLC avait condamné plusieurs entreprises fabricantes de panneaux de signalisation routière et d'équipements annexes pour entente illégale sur la répartition et les prix des marchés publics auxquelles les unes et les autres soumissionnaient ou renonçaient à soumissionner. Le département de l'Orne, qui avait passé des marchés de fournitures pour ces produits avec l'une des sociétés condamnées, a demandé, après une expertise ordonnée par le juge des référés ayant évalué à plus de 2,2 millions d'euros le surcoût que ces pratiques anticoncurrentielles ont provoqué à son détriment, à ce que ces entreprises soient condamnées solidairement à réparer ce préjudice. Condamnées en première instance et en appel, plusieurs de ces sociétés ont saisi le Conseil d'État qui, par deux arrêts du 27 mars 2020 a rejeté ces pourvois (*CE, 27 mars 2020, n° 421758 et 421833, CD de l'Orne : JurisData n° 2020-004179 ; V. infra Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 197, obs. M. Ubaud-Bergeron*). La Haute Juridiction a ainsi précisé qu'une personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles peut mettre en cause la responsabilité quasi délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté mais aussi celle des autres entreprises qui, bien que n'ayant pas été ses cocontractantes, ont été impliquées dans ces pratiques illégales ayant affecté la procédure de passation au détriment de l'acheteur. Cette responsabilité des entreprises reconnues coupables d'entente illégale est engagée, pour les autres entreprises que l'attributaire, aussi bien si elles ont remis une offre non retenue que si elles n'ont pas remis d'offre lors des procédures de passation des marchés (*V. Lettre de la DAJ, n° 294, 23 avr. 2020*). Pour les marchés publics conclus sur la base d'offres ayant participé à cette entente, le préjudice subi par la personne publique dure tant que ces marchés produisent des effets, c'est-à-dire sont exécutés. S'agissant des modalités d'indemnisation de l'acheteur, le Conseil d'État a en outre confirmé que le juge administratif est fondé à condamner solidairement les entreprises condamnées pour cette entente illégale et à ne pas procéder de sa propre initiative à la répartition entre elles de leur dette envers la personne publique quand ces entreprises n'ont pas présenté de conclusions tendant à établir la part de chacune à cette dette.

3. Vers un renforcement du rôle des régulateurs dans le respect des règles de la commande publique ?

6. - Par un arrêt du 15 janvier 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation a validé l'approche de l'Autorité des transports sur sa légitimité à agir en référé sur le fondement des principes de mise en concurrence et non sur leurs effets, pour les marchés passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes. En l'espèce, la société concessionnaire d'autoroute Autoroutes du Sud de la France (la société ASF) avait mis en œuvre une procédure de passation d'un marché public ayant pour objet l'entretien des chaussées d'une section de l'autoroute A837. Soutenant que la méthode de notation des offres retenue et appliquée par la société ASF était, par elle-même, de nature à priver de portée le critère technique ou à neutraliser la pondération des critères de notation annoncée aux candidats, l'Autorité des transports avait introduit un référé précontractuel contre la société concessionnaire afin que soit prononcée l'annulation de la procédure de passation relative au marché en cause. La Cour a ainsi jugé que « l'Autorité est, comme les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement, habilitée à saisir le juge en la forme des référés avant la signature du contrat. [...] cette autorité, chargée de la défense de l'ordre public économique en veillant, notamment, au respect des règles de concurrence dans les procédures d'appel d'offres, n'a pas, lorsqu'elle exerce cette action, à établir que le manquement qu'elle dénonce a, directement ou indirectement, lésé les intérêts de l'une des entreprises candidates » (*Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-11.134 : JurisData n° 2020-000372 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 120, obs. H. Hoepffner ; Dr. adm. 2020, comm. 22, obs. R. Ducloyer et R. Roussel*).

7. - Si la Cour a rejeté la requête du régulateur au motif que l'écart entre les notes était peu important et que celui-ci ne démontre pas en quoi cette situation pourrait constituer une irrégularité, cette décision renforce toutefois le rôle des régulateurs sur le respect des règles de publicité et de mise en concurrence par les entreprises soumises aux règles de la commande publique.

4. Covid-19 : les conditions (strictes) d'un assouplissement des règles de concurrence

8. - Par une communication formelle du 8 avril 2020 (*Doc. COM (2020), 3200 final, 8 avr. 2020, Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de Covid-19*), la Commission européenne a précisé les conditions de validité d'un accord de coopération entre entreprises dans le secteur des médicaments à destination des hôpitaux. Rejoignant le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2020 (*Aut. conc., comm. 23 mars 2020, Le réseau européen de concurrence adresse un message aux entreprises sur les mesures qu'elles peuvent prendre face à l'épidémie du Covid-19*), la Commission a rappelé à la fois, la nécessité pour les entreprises de prendre en compte les règles de concurrence, même pendant la période exceptionnelle de crise que nous vivons, et le fait que ces circonstances extraordinaires peuvent nécessiter que les entreprises coopèrent afin de garantir la production et la distribution équitable de produits de première nécessité à l'ensemble des consommateurs. Mais la ligne de partage entre coopération licite et accord anticoncurrentiel pouvant être subtile, la Commission a jugé nécessaire d'éclairer les entreprises sur les risques éventuels associés aux accords qu'elles envisagent. Si le secteur de la santé est mis en avant, cette communication s'applique à tous les secteurs fournissant des biens ou des services essentiels et qui subissent une hausse brutale de la demande ainsi qu'aux secteurs qui ont vu leur production réorientée pour répondre rapidement à la crise sanitaire si certains critères sont remplis. Dans le cadre de la fourniture de médicaments ou produits de santé essentiels, la Commission a rappelé que la coopération peut se traduire par le fait de confier à un tiers (i) la coordination du transport conjoint pour les intrants ; (ii) l'identification des produits essentiels pour lesquels il existe un risque de pénurie ; (iii) l'agrégation des informations de production et de capacité afin de permettre la réaffectation des stocks (tout échange d'informations individuelles étant exclu) ; (iv) la mise en place d'un modèle permettant de prévoir la demande au niveau des États membres et d'identifier les difficultés d'approvisionnement ; (v) le partage d'informations agrégées relatives aux difficultés d'approvisionnement afin d'y remédier pour répondre à la demande. De tels accords ne posent pas de problématiques de concurrence particulières sous réserve que les garde-fous classiques (notamment sur l'échange d'informations sensibles entre concurrents) soient mis en place. Or, la Commission considère que, pour répondre aux risques de pénuries, les entreprises pourraient avoir à coordonner leurs productions en se répartissant les types de produits à fabriquer et partager toutes sortes d'informations commerciales sensibles. Ces pratiques qui, en temps normal, sont contraires aux règles de concurrence pourraient, dans le contexte actuel, s'avérer bénéfiques pour les consommateurs si elles sont assorties de garanties. Des coopérations ou pratiques qui pourraient s'avérer anticoncurrentielles ne feront donc pas l'objet de poursuites si elles remplissent trois conditions : 1 – elles ont pour seul but de et sont objectivement nécessaires pour effectivement augmenter la production de la manière la plus efficace en vue de remédier ou d'éviter une pénurie d'approvisionnement de produits ou services essentiels ; 2 – elles sont de nature temporaire (tant que le risque de pénurie existe et en tout état de cause strictement limitées à la durée de la pandémie) ; 3 – elles n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire pour répondre ou remédier aux pénuries de produits et services essentiels. La Commission a ainsi précisé qu'une attention particulière sera portée à toute pratique qui, au contraire, serait préjudiciable aux consommateurs, notamment si les entreprises cherchent à tirer avantage de la situation actuelle en concluant des ententes anticoncurrentielles ou en abusant de leur position dominante pour, par exemple, augmenter leurs prix. Cette vigilance s'est traduite de manière immédiate par les mesures prises au niveau national dans toute l'Union européenne. À titre d'exemple, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence invitent toute personne qui estimerait qu'une pratique est susceptible d'être anticoncurrentielle à utiliser l'adresse dédiée pour la signaler. C'est ainsi que le 3 avril 2020, l'Autorité de concurrence hollandaise annonçait la clôture d'une enquête à l'encontre de Roche Diagnostics à la

suite de la prise d'engagements de cette dernière en vue de garantir l'approvisionnement de test de dépistage du Covid-19 aux laboratoires et aux hôpitaux locaux. De même, le 6 avril 2020, l'Autorité de la concurrence française a clôturé une enquête ouverte relative à des pratiques d'importation exclusive dans le secteur du matériel médical à destination des hôpitaux en Guyane et Antilles française à la suite d'un signalement fait du 30 mars 2020 (*Aut. conc., comm. 6 avr. 2020, Matériel d'assistance respiratoire en Guyane et aux Antilles françaises : clôture de l'enquête sur les importations exclusives*).

Mots clés : Concurrence. - Chronique annuelle

Mots clés : Encyclopédies : Contrats et marchés publics, fasc. 14

Mots clés : Autres publications LexisNexis : Contrats-Marchés publ. 2019, chron. 3 : Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics, Chronique par A. Maurel

© LexisNexis SA