

ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

Cette fiche d'information s'adresse principalement aux agents des administrations publiques (administration centrale de l'État, de sécurité sociale, autorités administratives, établissements publics, collectivités territoriales ...).

Elle a pour objet de les sensibiliser aux risques d'ententes anticoncurrentielles à l'occasion de l'organisation de marchés publics.

Les administrations publiques ne doivent ni favoriser, ni être à l'origine de telles pratiques, prohibées en France par le code de commerce.

Elles sont incitées, au contraire, à contribuer à la lutte contre ces atteintes graves à l'ordre public économique en signalant aux agents de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) toute anomalie qu'elles décèleraient dans le cadre de la passation de leurs marchés.



QU'EST-CE QU'UNE ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE ?

Qu'elle soit expresse ou tacite, une entente revêt plusieurs formes (actions concertées, conventions, coalitions) et a pour objet, ou peut avoir pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Elle implique donc une pluralité d'entreprises qui se concertent ou échangent des informations afin de :

- limiter l'accès à un marché ou le libre jeu de la concurrence ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Dans le cas des marchés publics, les ententes anticoncurrentielles ont généralement pour but une répartition de marchés (ou de lots) entre plusieurs entreprises soumissionnaires qui, en l'absence d'une réelle concurrence, sont en mesure de proposer un prix surélevé (et/ou des offres techniques sous-optimales).

Le boycott concerté d'un appel d'offres peut également être considéré comme une entente anticoncurrentielle (suivre le lien pour plus de précisions) :

http://www.nord-pas-de-calais.direccte.gouv.fr/IMG/pdf/a3_boycott-direccte-2.pdf



POURQUOI LUTTER CONTRE LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ?

Les ententes conduisent généralement à des hausses de prix injustifiées, de l'ordre de 20% en moyenne, selon les études économiques réalisées, ou à l'exclusion d'entreprises performantes d'un marché.

En tant qu'acheteur, les administrations publiques sont donc victimes de ces pratiques. Le tissu économique local est également affecté dans la mesure où une entente anticoncurrentielle n'incite pas les entreprises à innover et à accroître leur productivité.

Si un agent public favorise, directement ou indirectement une entente anticoncurrentielle, il participe au dysfonctionnement de l'économie locale et agit contre les intérêts de l'administration, et plus généralement des usagers.

Dans ce cas, il s'expose à des poursuites pénales car son attitude est susceptible de constituer des délits de favoritisme, de corruption passive, et/ou de participation frauduleuse personnelle et déterminante dans l'entente (voir encadré page suivante).



QUELS SONT LES COMPORTEMENTS SUSCEPTIBLES DE FAVORISER UNE ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE ?

De la simple négligence...

Toute communication d'informations stratégiques avant le choix définitif par le pouvoir adjudicateur (prix, positionnement des offres) est susceptible de fausser le jeu normal d'une concurrence.

Ainsi une administration ne doit pas communiquer aux membres d'un Groupement d'Intérêt Économique (GIE) les tarifs à pratiquer.

D'autres comportements peuvent conduire aux mêmes effets : le fractionnement d'un contrat pour qu'il n'atteigne pas les seuils obligatoires pour la mise en œuvre du droit de la concurrence, la minimisation de la publicité, un détournement de la procédure, ou encore l'acceptation d'offres que l'on sait de «couverture» (voir encadré ci-dessous) ou par un comportement passif face à des présomptions d'ententes.

à l'infraction pénale

L'agent d'une administration publique qui prend part à l'organisation d'un marché public a accès à des informations dont les entreprises soumissionnaires ne disposent pas.

La divulgation de ces informations à l'un des candidats pour lui faire emporter le marché est susceptible de constituer un délit d'octroi d'avantage injustifié. Leur cession, contre un avantage matériel, est constitutive d'un délit de corruption passive.

La corruption peut également être le prix à payer par des entreprises pour garantir le partage de la rente, par l'assurance que d'autres entreprises plus performantes seront écartées, et s'assurer ainsi de la durabilité de leur entente anticoncurrentielle.

Savoir repérer les offres de couverture

Les entreprises qui participent à une entente anticoncurrentielle organisent un simulacre de concurrence afin de tromper l'acheteur public sur l'intensité de la concurrence à l'occasion de la passation d'un marché public. Pour cela, afin que l'offreur choisi pour remporter le marché apparaisse le plus compétitif, les entreprises concurrentes parties à l'entente proposent des offres dont les prix sont délibérément non compétitifs.

La répression pénale en matière de marchés publics

L'article 432-14 du code pénal punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000€ toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

L'article 432-11 du code pénal punit d'un emprisonnement de dix ans et d'une amende de 150 000€ toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif «de solliciter ou d'agréer [...] des offres [...] pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique [...] des marchés».

L'article L.420-6 du code de commerce punit d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000€ quiconque qui prend frauduleusement une part personnelle et déterminante dans l'organisation d'une entente anticoncurrentielle



UNE INFRACTION ÉCONOMIQUE SÈVÈREMENT RÉPRIMÉE

S'agissant de comportements qui nuisent au bon fonctionnement de l'économie, les ententes anticoncurrentielles sont sévèrement réprimées.

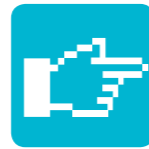
En France, l'article L.464-2 du code de commerce prévoit des sanctions pécuniaires pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise concernée par ces pratiques.

Lorsqu'il s'agit de pratiques de dimension locale commises par des entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 50 millions d'euros sur le plan individuel et à 200 millions d'euros pour l'ensemble des entreprises responsables, les Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE) peuvent, au nom de la DGCCRF et du ministre chargé de l'économie, leur enjoindre de mettre un terme aux pratiques constatées et de s'acquitter d'un règlement financier dont le montant est plafonné à 150 000€ dans la limite de 5% de leur chiffre d'affaires réalisé en France.

Les décisions de pratiques anticoncurrentielles locales peuvent être consultées sur le site Internet de la DGCCRF :

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrd/pratiques-anticoncurrentielles-transactions-et-injonctions>

En sanctionnant les ententes anticoncurrentielles en matière de marchés publics, le droit de la concurrence joue donc un rôle répressif mais aussi préventif. Il complète les règles formelles des marchés publics dont le non-respect est sanctionné par la nullité des contrats, les actions en responsabilité et la sanction pénale.



QUE FAIRE EN CAS DE SUSPICION D'ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE ?

L'ensemble des directions territoriales de la DGCCRF (voir encadré ci-dessous) participent à la surveillance du bon fonctionnement des marchés.

Les agents de la DGCCRF ne sont plus membres de droit des commissions d'appel d'offres des collectivités locales mais peuvent y être invités (article 23-II du code des marchés publics).

Lorsqu'ils sont invités, ils ont la possibilité de prendre connaissance du jeu concurrentiel des entreprises dès le stade de la formulation de l'offre et peuvent détecter des indices de pratiques anticoncurrentielles qui sont ensuite enrichis et traités par des agents spécialisés en droit de la concurrence au sein des brigades d'enquêtes de concurrence.

Même en l'absence d'un agent de la DGCCRF à une commission d'appel d'offres, une administration publique peut solliciter un avis auprès de la division en charge de la commande publique de la Direction Départementale (de la Cohésion Sociale) et de la Protection des Populations (DD(CS)PP) ou du Pôle C de la DIRECCTE du département ou de la région où elle se situe.

Elle est incitée à signaler tout comportement qu'elle jugerait suspect, conduisant à déclarer un marché infructueux ou à ne retenir qu'une seule offre en l'absence de concurrence sérieuse.

L'organisation territoriale de la DGCCRF

La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) est une direction du ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique.

Elle est présente sur l'ensemble du territoire, au sein des DIRECCTE, en régions métropolitaines, des DIECCTE, en outre-mer, et des DD(CS)PP dans chaque département.

Leurs coordonnées sont disponibles sur le site Internet de la DGCCRF :

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/coordonnees-des-DIRECCTE-DIECCTE>

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/coordonnees-des-DDPP-et-DDCSPP>

UNE AFFAIRE EMBLÉMATIQUE :

Les enrobés bitumeux du département de Seine-Maritime

À la suite d'une enquête de la DGCCRF, qui a procédé à des perquisitions dans les locaux de plusieurs entreprises actives dans le secteur des travaux routiers dans le département de Seine-Maritime, le Conseil de la concurrence (devenu depuis le 1^{er} mars 2009 l'Autorité de la concurrence) a sanctionné à hauteur de 33,66 millions d'euros, six entreprises du BTP, en décembre 2005. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris par une décision du 30 janvier 2007 ; la Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi formé par arrêt du 15 janvier 2008.

Ces entreprises s'étaient entendues pendant 10 ans sur une clé de répartition des tonnages d'enrobés destinés aux routes de Seine-Maritime pour les marchés passés par le Conseil général (devenu depuis mars 2015 le Conseil départemental). Les membres de l'entente déterminaient notamment les attributaires de chaque lot (les concurrents déposant alors des offres de couverture) et fonctionnaient en groupements dépourvus de justification économique ou financière.

La décision est consultable sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d69.pdf>

Parallèlement, la DGCCRF avait également saisi le juge pénal. L'enquête a montré que ces pratiques d'entente avaient été décelées par des agents du Conseil général de Seine-Maritime. Ces derniers avaient constaté que les mêmes lots étaient attribués aux mêmes groupements et que les prix étaient reconduits d'un appel d'offres à l'autre, mais n'avaient pas alerté les membres de la commission d'offres.

Au contraire ils avaient pris des mesures de nature à défavoriser les PME susceptibles de venir concurrencer les membres de l'entente, confortant celle-ci.

L'un d'entre eux a bénéficié d'avantages matériels de la part d'entreprises (travaux dans sa propriété).

Au total sur le plan pénal, onze personnes physiques ont été condamnées à des peines allant jusqu'à 18 mois de prison avec sursis et 40 000€ d'amende (cf Tribunal correctionnel de Rouen, 11 septembre 2008 et Cour d'appel de Rouen, 14 décembre 2009).

Le préjudice estimé de cette pratique a été d'environ 25 millions d'euros.

Cette affaire révèle le lien qui peut exister entre des entreprises membres d'une entente et des agents publics, en particulier au sein d'un service d'achat où les postes, qui impliquent une proximité de long terme et régulière avec des entreprises sont particulièrement sensibles.

