



MAULIN AVOCATS

DROIT DE LA CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

Savoir gérer, au regard du droit de la concurrence, les
réponses aux appels d'offres

EFB – Vendredi 12 octobre 2018

Romain Maulin

Avocat à la Cour

romain.maulin@maulin-avocats.com

<https://www.maulin-avocats.com/>

SOMMAIRE

Introduction	p. 3 à 6
Principe général d'interdiction des échanges d'informations sensibles et application au cas particulier des appels d'offres	p. 7 à 9
Typologie des pratiques anticoncurrentielles en matière d'appels d'offres	p. 10 à 14
Recommandations pratiques pour éviter la commission et/ou la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle	p. 15 à 18





MAULIN AVOCATS

DROIT DE LA CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

Introduction

Pourquoi un maître d'ouvrage recourt-il à un appel d'offres?

- > Un appel d'offres, qu'il soit public ou privé, consiste pour un maître d'ouvrage à sélectionner une entreprise, à l'issue d'une mise en concurrence
- > Le but de cette procédure, obligatoire à partir d'un certain montant dans le cas d'un appel d'offres public, est d'inciter les entreprises à faire les offres les plus compétitives possibles, tout en tenant compte des contraintes qualitatives imposées par le cahier des charges
- > L'offre la plus attractive est retenue par le maître d'ouvrage
- > En économie, les marchés d'appels d'offres entrent dans la catégorie des mécanismes d'enchères: une enchère étant un mécanisme d'allocation d'une ressource rare qui se distingue des marchés classiques par son caractère ponctuel
- > NB: conception très étendue de la notion de « *marché public* » en droit de la concurrence et qui dépasse la stricte définition du code des marchés publics puisque couvrant:
 - > marchés publics de travaux, de fournitures ou de services (qu'ils soient passés après un appel d'offres ouvert ou restreint, ou conclus sur bons de commande)
 - > les délégations de service public **et**
 - > les autres contrats conclus de gré à gré conclu entre une « *entreprise* » (au sens du droit de la concurrence) et une entité publique

Particularités des appels d'offres au regard du droit de la concurrence

- > En théorie, la remise en concurrence des fournisseurs potentiels permet une fragilisation des situations acquises, afin que le titulaire du marché soit toujours, à chaque nouvel appel d'offres, l'entreprise en mesure d'offrir le meilleur service au meilleur prix
- > En pratique, sauf exception, les procédures d'appels d'offres n'attirent pas des dizaines de candidats
 - > Le maître d'ouvrage peut même avoir un intérêt à chercher à limiter le nombre de candidats afin, par exemple, de limiter les coûts d'étude des offres remises
 - > Offres répétitives: les marchés répétitifs augmentent la probabilité de collusion, la fréquence des appels d'offres aidant les parties à un accord de soumissions concertées à se répartir les marchés
- > **Quelles conséquences en termes de droit de la concurrence?**
 - > Un risque accru de pratiques anticoncurrentielles puisque:
 - Le nombre relativement limité de candidats aux appels d'offres est susceptible de favoriser l'émergence d'une situation de marché propice à la collusion
 - La concurrence se joue dans un laps de temps court et bien défini: cela rend plus critiques les effets d'éventuels échanges d'informations intervenant lors de phase de préparation des offres
 - Souvent les produits ou services sont identiques ou simples: facilite la collusion sur une structure commune de prix

A quoi sert le droit de la concurrence ?



- > **Maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché, deux axes principaux:**
 - > Prohibition des **ententes** anticoncurrentielles: articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
 - > Prohibition des **abus de position dominante**: articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
- > **Finalité : protection des consommateurs – offre diversifiée au meilleur prix**
- > *A priori* la question des appels d'offres est exclusivement appréhendée au regard de la prohibition des ententes mais, récemment, une actualité concernant les abus de position dominante
- > **A ne pas confondre avec : concurrence déloyale – réglementation économique**

Principe général d'interdiction des échanges d'informations sensibles et application au cas particulier des appels d'offres

- > En quoi un tel échange d'informations est-il répréhensible? Car il emporte nécessairement une atténuation de « *l'incertitude* »
- > Echanges d'information prohibés lorsque
 - Atténuation ou suppression partielle/totale de l'incertitude
 - Réduction autonomie de l'entreprise dans la détermination de son comportement économique et, en particulier, sa politique commerciale

« [un] système d'échange d'informations entre les entreprises de ce marché atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et (...) est, dès lors, de nature à **altérer la concurrence** entre [les opérateurs économiques] »
CJUE 28 mai 1998, affaire C-7/95 P, John Deere, § 90

Dans le contexte particulier d'un appel d'offres, tout échange d'information susceptible de « *réduire* » l'incertitude d'un soumissionnaire sur le contenu des candidatures présentées par les autres soumissionnaires constitue une entente particulièrement grave
Voir notamment décision 10-D-39 du 22 décembre 2010, secteur de la signalisation routière verticale

Grille d'analyse en matière d'échanges d'informations sensibles

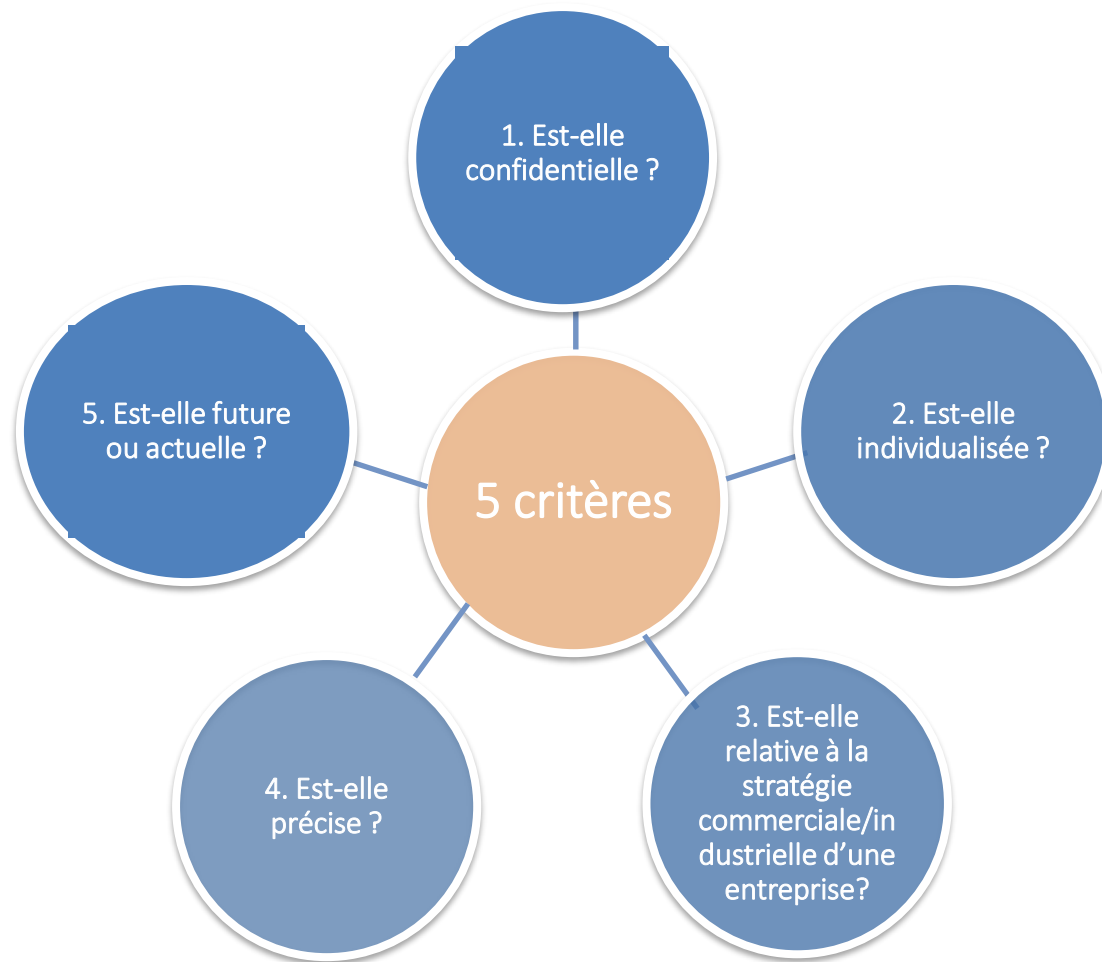
- > Analyse globale de différents facteurs :
 - Nature de l'information
 - Caractéristiques du marché
 - Structure de l'échange



- 2 principaux risques à éviter:
- Sanctions
 - Mais aussi l'excès de prudence



Qu'est-ce qu'une information sensible au sens du droit de la concurrence ?



Typologie des pratiques anticoncurrentielles traditionnellement mises en œuvre en matière d'appels d'offres

> 4 pratiques « types »:

- > Les offres de couverture (pratique la plus fréquente)
- > La suppression des offres
- > La rotation des offres
- > La répartition de marchés

> L'OCDE a dressé une liste de « signaux d'alerte » et de « schémas révélateurs » d'une soumission concertée

- > Le même fournisseur est souvent celui dont l'offre est la plus basse
- > **Répartition géographique des attributaires des marchés: certaines entreprises soumettent des offres qui ne sont gagnantes que dans certaines zones géographiques**
- > Une entreprise soumissionnant régulièrement ne soumet pas d'offre pour un marché alors qu'on s'attendrait à ce qu'elle le fasse, mais elle continue de soumissionner pour d'autres marchés
- > **Certains fournisseurs retirent leur offre contre toute attente**
- > Certaines entreprises soumissionnent toujours, mais ne remportent jamais le marché
- > Les entreprises semblent remporter le marché chacune à leur tour
- > Deux entreprises ou plus soumissionnent conjointement alors qu'au moins l'une d'elles pourrait soumissionner en propre
- > **L'attributaire du marché sous-traite de façon récurrente aux entreprises dont l'offre n'a pas été retenue**
- > L'entreprise dont l'offre a été retenue n'accepte pas le marché et se retrouve ultérieurement en position de sous-traitant

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence en matière d'appels d'offres

Un risque de détection particulièrement important

- > puissant maillage territorial de la DGCCRF et des chambres régionales des comptes
- > possibilité pour les autorités de concurrence de:
 - procéder à des inspections permettant de saisir des « *smoking guns* » ou pièces particulièrement incriminantes
 - recourir à des programmes électroniques de « filtrage » permettant de détecter les soumissions concertées grâce à des mesures de contrôle systématique des offres et de leur structure
- > risque que des éléments incriminants soient portés à la connaissance du Parquet (puis transmis aux autorités de concurrence) dans le cadre de plaintes portant, par exemple, sur des faits de favoritisme ou de corruption

Récurrence des condamnations et vigilance renouvelée des autorités de poursuite

- > Ces pratiques sont aujourd'hui assez systématiquement condamnées (sauf pour celles ayant une ampleur nationale) en application du régime des « micro-pac » prévu à l'article L. 464-9 du Code de commerce
 - Depuis 2008, le ministre de l'Economie, via la DGCCRF, dispose de la faculté, pour les pratiques anticoncurrentielles affectant des marchés locaux et commises par des entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à certains seuils, de prononcer une sanction pouvant aller jusqu'à 150 000 euros par entreprise (dans la limite de 5 % de leur chiffre d'affaires). En cas de refus, la DGCCRF transmet le dossier à l'Autorité qui apprécie alors si les faits justifient une sanction
 - **Bilan statistique:** En 2018 (au 5 octobre 2018), 4 des 9 décisions de micro-pac concernaient des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'appel d'offres

Principe général d'interdiction de la coordination entre concurrents

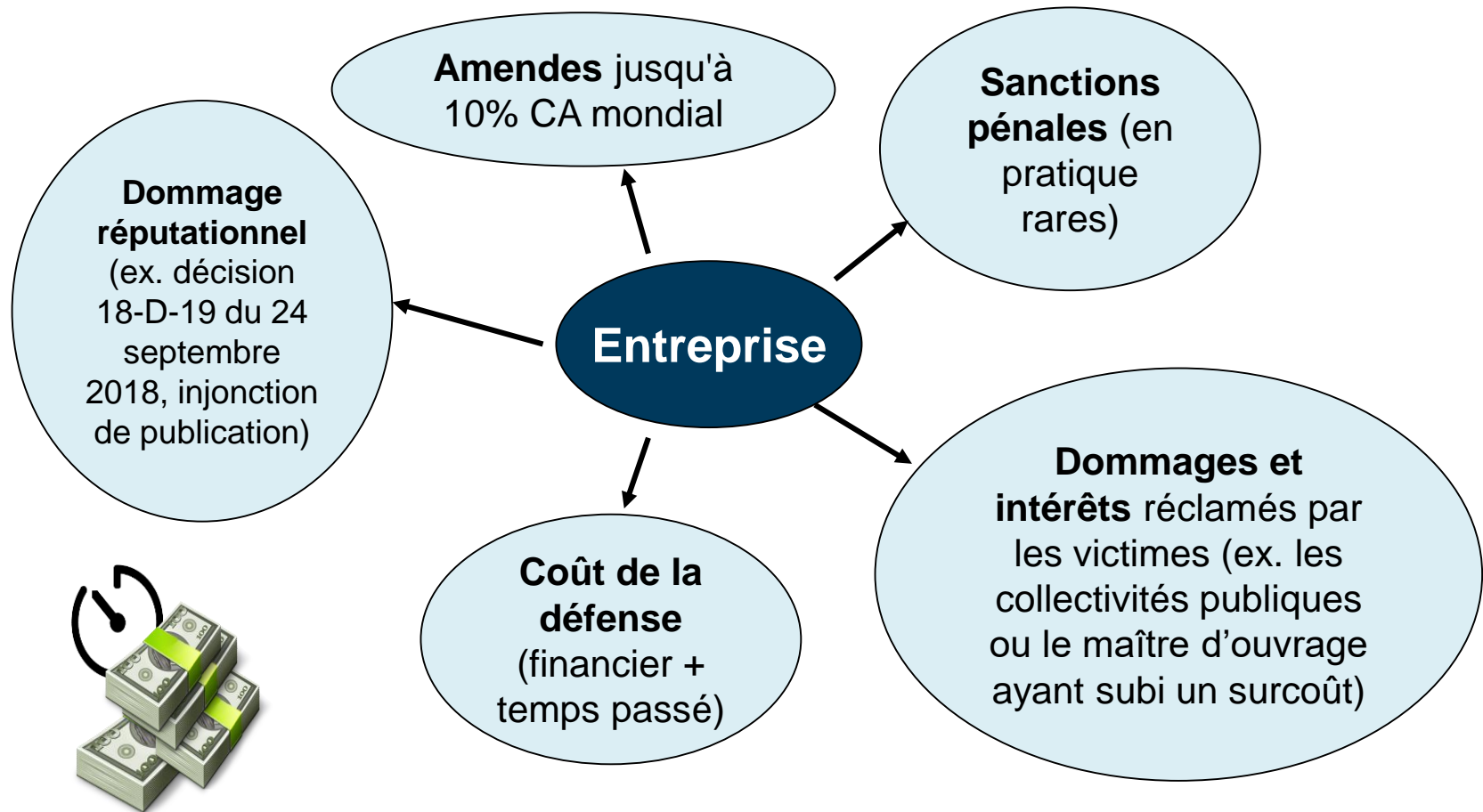
Un standard de preuve très bas car reposant sur des notions très englobantes de « faisceau d'indices graves, précis et concordants » et de « limitation de l'incertitude »

- > Autorité, décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001, secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais: « en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anti-concurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être », (surlignement ajouté)
- > [Autorité, décision n° 08-D-33 du 16 décembre 2008, transport par autocar en région Haute-Savoie, § 94](#): « 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 leurs concurrentes. Cette incertitude est 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. A 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 », (surlignement ajouté)
- > [Autorité, décision n°01-D-17 du 25 avril 2001, marchés d'électrification de la région du Havre](#): le fait que l'échange d'informations et la concertation n'aient pas atteint leurs objectifs ou n'aient pas concerné l'ensemble des entreprises soumissionnaires n'empêche pas la condamnation

Le simple fait de menacer de s'abstenir de soumissionner peut, en lui-même, constituer un abus de position dominante

- > Autorité, [décision 18-D-17 du 20 septembre 2018, secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse](#): un ensemble de pratiques abusives mises en œuvre par Sanicorse a été sanctionné, en l'occurrence de très significatives augmentations tarifaires (problématique des prix excessifs). L'Autorité retient que:
 - « À partir de 2007, SANICORSE a progressivement résilié les contrats qui la liaient avec les établissements de soins suivants : le Centre Hospitalier (ci-après, CH) de Castelluccio, le CH de Bastia et la Polyclinique du Sud de la Corse à Porto-Vecchio. En outre, **SANICORSE s'est abstenue de soumissionner aux appels d'offres lancés par certains de ces établissements de soins. En revanche, pendant cette période, SANICORSE a toujours accepté de contracter avec ces établissements de soins, hors marché et à des conditions tarifaires majorées par rapport aux conditions qui prévalaient dans le cadre des relations contractuelles résiliées. En l'absence d'alternative disponible pour collecter et éliminer les déchets en Corse, ces établissements de soins ont été contraints d'accepter les tarifs majorés** », (§§42-45, surlignement ajouté).
 - « ces augmentations tarifaires, appliquées en outre de manière hétérogène et erratique, **sous la menace de résiliation de contrats ou l'abstention de soumission à des appels d'offres**, n'ont pu être justifiées par aucun élément objectif tel que notamment une augmentation corrélée des coûts spécifique et significative », (§ 208, surlignement ajouté).
- > NB: l'abstention de soumissionner est également répréhensible au titre de l'interdiction des ententes: ex décision n°07-D-49 du 19 décembre 2007, approvisionnement des hôpitaux en défibrillateurs cardiaques implantables: l'Autorité sanctionne plusieurs entreprises s'étant entendues pour boycotter un appel d'offres

Des risques financiers et réputationnels significatifs



Recommandations pratiques à proposer à votre client en matière d'appels d'offres – Recommandation n°1: la démarche de conformité

- > Proposer à votre client de le former aux règles élémentaires du droit de la concurrence en lui rappelant, entre autres, que des poursuites pénales ont déjà été engagées à l'encontre de personnes physiques ayant enfreint les règles de concurrence dans le cadre d'appels d'offres – cela pourrait lui rappeler l'importance de mettre en place une démarche de conformité...

Recommandation pratique n°2: Interdiction, de principe, des échanges d'informations

- > Rappeler à votre client que les échanges directs entre concurrents ne doivent pas intervenir préalablement à la remise des offres:
 - Aucun échange avec les concurrents au sujet de l'identité des soumissionnaires
 - Aucun échange avec les concurrents au sujet du montant des offres
 - Aucun échange avec les concurrents au sujet de la répartition des lots
 - Aucune « offre de couverture » ou offre fictive ayant pour but de laisser croire au maître d'ouvrage qu'il existe une réelle mise en concurrence
 - Possibilité pour des entreprises faisant partie d'un même groupe (mais disposant d'une autonomie commerciale) de se concerter en réponse à un appel d'offres à la condition de ne déposer qu'une seule offre

Recommandation pratique n°3: vigilance en matière d'échanges internes (et donc susceptibles d'être saisis) de documents soumis au pouvoir adjudicateur

- > Rappeler à votre client qu'aucun échange interne ne doit faire état de termes ambigus et pouvant donc donner lieu à des soupçons de la part des enquêteurs en cas d'inspection:
 - Par exemple, le Conseil de la concurrence a pu statuer sur des pratiques d'offres de couverture en retenant comme preuve des documents sur lesquels figuraient expressément les mentions « *pour couvrir* » ou « *ne pas frapper* », suivies du nom d'une entreprise concurrente ayant finalement emporté le marché
 - Par ailleurs, l'OCDE au titre des « *signaux d'alerte* » pouvant figurer dans les documents soumis mentionne:
 - Le fait que les documents ou lettres transmis par les différentes entreprises dans leurs offres contiennent des erreurs identiques, notamment les mêmes fautes d'orthographe
 - Les offres des différentes entreprises présentent les mêmes erreurs de calcul
 - Les documents de différentes entreprises ont subi de nombreuses modifications de dernière minute, notamment par effacement ou autre altération matérielle

Recommandation pratique n°4: vigilance extrême en matière de groupements

- > Faire preuve d'une vigilance particulière en matière de sous-traitance ou de constitution d'un groupement
- > Pour les autorités de concurrence, la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes de groupements en vue de répondre à un appel d'offres peut avoir « *un effet pro-concurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive* »
- > Mais la constitution d'un groupement ou l'organisation d'une sous-traitance ne doivent pas être utilisées comme un instrument de répartition de marché (ex : sous-traitance systématique d'une partie du marché à un candidat non retenu) ou afin d'interdire l'accès au marché à des concurrents (ex : présence d'une clause limitant les conditions d'accès au marché dans la convention de groupement). NB: la constitution d'un groupement est admissible, au regard du droit de la concurrence, uniquement si:
 - Les compétences de chacune des entreprises soumissionnaires sont complémentaires (ex. une PME de plomberie qui s'adosse à une PME de menuiserie pour répondre à un marché global) et nécessaires pour déposer une offre complète
 - La taille de l'entreprise est insuffisante pour lui permettre de concourir seule.



MAULIN AVOCATS

DROIT DE LA CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

Vos questions