



Commande publique

L'action civile en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles

Une personne publique victime d'une pratique anticoncurrentielle à l'occasion de la conclusion d'une commande publique peut obtenir réparation du préjudice subi devant le juge administratif. Explications.

Les pratiques anticoncurrentielles sont définies aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Elles consistent en des ententes entre entreprises ou des abus de position dominante. Ces pratiques, constatées par des enquêtes conduites par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), sont sanctionnées par le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante. En pratique, lors de la passation d'un marché public, la pratique anticoncurrentielle la plus fréquemment rencontrée est l'entente entre entreprises soumissionnaires. Il arrive en effet que des entreprises désignent entre elles le futur attributaire d'un marché en organisant une concurrence artificielle destinée à tromper la vigilance de l'acheteur public. Cette pratique contribue à renchérir le coût des prestations pour ce dernier.

Une charge pour les finances publiques

A plusieurs reprises, le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion de marchés publics. Par exemple, dans une décision du 15 décembre 2005 (n° 05-D-69), confirmée par la cour d'appel de Paris le 30 janvier 2007 et par la Cour de cassation le 15 janvier 2008 (n° 07-11677), plusieurs entreprises de BTP ont été sanctionnées pour s'être livrées à une entente complexe et continue, lors de la passation de divers marchés de travaux publics routiers en Seine-Maritime. Cette entente a eu pour effet d'augmenter le coût des travaux pour la collectivité. Dans cette affaire, le surcoût pour la collectivité a été estimé à 269 millions de francs de 1991 à 1998 (pour un marché d'environ 1 milliard de francs), soit 26 % du montant total du marché. Des études économiques ont estimé que les surcoûts dus aux pratiques anticoncurrentielles variaient de 15 à 30 %.

Pour l'année 2007, le Conseil de la concurrence a sanctionné huit ententes à l'occasion de marchés publics. Le montant total des sanctions infligées par le Conseil, pour ces ententes, s'est élevé à 66 millions d'euros. Étrangement toutefois, aucune des personnes publiques victimes de ces ententes n'a agi en justice pour obtenir réparation du dommage.

Pourtant en ce domaine, l'action en justice des personnes publiques est primordiale car les autorités de la concurrence, lorsqu'elles sont saisies de telles pratiques, prononcent des sanctions pécuniaires (amende). Elles n'ont

pas pour vocation d'indemniser la victime d'une pratique anticoncurrentielle.

Autrement dit, les conséquences financières de ces pratiques sont supportées directement par le budget de la collectivité. Pour l'acheteur public, il est donc important d'agir en réparation contre les conséquences de la pratique anticoncurrentielle qui seront toujours supportées par le contribuable.

Un droit élémentaire à réparation

Pour obtenir réparation de son préjudice, l'acheteur public victime de pratiques anticoncurrentielles doit engager une

Ce que disent les textes

« 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.

Source : article L. 420-1 du Code de commerce

« 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 (...) ou en accords de gamme. »

Source : article L. 420-2 du Code de commerce



Commande publique



action devant le juge administratif en lui demandant de se prononcer sur les conséquences de cette pratique. Cette action lui permettra de demander la rétrocession des sommes majorées illégalement par l'entreprise fautive dans le cadre de l'entente.

Les actions civiles des victimes de pratiques anticoncurrentielles sont prônées par la Commission européenne, dans un « Livre vert relatif aux actions en dommage et intérêt pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante ». La Commission européenne milite ainsi pour la mise en place, dans chaque Etat membre, de procédures civiles susceptibles de permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles d'être indemnisées.

En pratique, l'action en réparation de pratiques anticoncurrentielles permet à la victime de faire valoir son droit. Cette action alourdit les conséquences pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles pour leurs auteurs. Elle permet ainsi au dispositif de lutte contre ces pratiques d'être plus dissuasif.

Une procédure de droit commun

En droit national, les décisions du Conseil de la concurrence sont susceptibles de recours devant la cour d'appel et de pourvoi en cassation devant la Cour de cassation. La victime doit attendre que la décision du Conseil soit devenue définitive avant d'engager son action.

En cas de pratiques anticoncurrentielles de portée limitée, une procédure de rappel de réglementation à l'encontre des entreprises fautives est mise en œuvre. Afin de préserver le droit des victimes, la DGCCRF réalise une information concomitante de l'acheteur public. Ce dernier pourra ensuite accéder aux informations utiles permettant d'établir son préjudice, tout cela sous le contrôle du juge.

L'action est introduite devant le juge administratif, qui est en l'occurrence le juge du contrat. Elle sera ouverte à l'encontre du titulaire du marché sur lequel l'entente aura produit des effets.

Un exemple isolé illustre la procédure à mettre en œuvre. La SNCF a introduit une action devant le juge administratif afin d'obtenir réparation pour le préjudice subi à la suite de pratiques anticoncurrentielles condamnées par le Conseil de la concurrence pour la construction des lignes de TGV Nord et Rhône Alpes (n° 99PA01016, 99PA01043). Si cette procédure n'a pas encore abouti, le montant total des dommages que la SNCF peut espérer obtenir n'en est pas moins important. La Cour des comptes a en effet estimé ce surcoût à 14,5 % de l'ensemble des marchés de construction qui atteignaient plus de 500 millions d'euros. Dans un arrêt récent en date du 19 décembre 2007 (n° 268918), le Conseil d'Etat a confirmé le bien fondé de l'action de la SNCF devant le juge administratif.

Précisons qu'à défaut d'action d'une personne publique victime de pratiques anticoncurrentielles, un citoyen contribuable peut agir en justice au nom de la personne



Un guide pratique pour les acheteurs publics

Dans le cadre d'un partenariat conclu entre la DGCCRF et l'Université Paris II Panthéon-Assas, un guide pratique a été élaboré à destination des acheteurs publics victimes de pratiques anticoncurrentielles pour leur permettre de mettre en œuvre efficacement la procédure civile d'action en réparation. Réalisé par Eugénie Derycke (aux côtés d'Eric Elberstein sur la photo ci-dessus), étudiante en master 2 « juriste des collectivités territoriales », ce guide est gratuitement mis à la disposition des acheteurs publics sur simple demande à l'adresse b1@dgccrf.finances.gouv.fr

publique afin d'obtenir réparation du dommage occasionné à la collectivité. Dans ce cadre, les sommes indûment versées à la société fautive seront alors remboursées à la personne publique. Pour sa part, le contribuable aura droit au remboursement des frais de justice engagés. Mais il est également possible d'imaginer que le contribuable soit peu enclin à agir à la place de la collectivité. Il peut alors saisir le juge administratif pour carence de l'initiative publique. En effet, l'inaction d'une collectivité publique acheteuse victime de pratiques anticoncurrentielles porte préjudice à tout contribuable.

Les actions en justice des collectivités publiques victimes de pratiques anticoncurrentielles restent peu nombreuses à ce jour. Leur intérêt direct et celui de leurs contribuables doivent ainsi les conduire à ne pas hésiter à agir afin d'être dédommagées du préjudice subi. Car les sommes en jeu sont loin d'être anodines, et il en va ici tant de la bonne gestion des deniers publics que du respect de la concurrence et de la transparence dans la commande publique.

**Direction générale de la concurrence,
de la consommation
et de la répression des fraudes
(DGCCRF)**