

# Les ententes dans les marchés publics

## L'expérience française

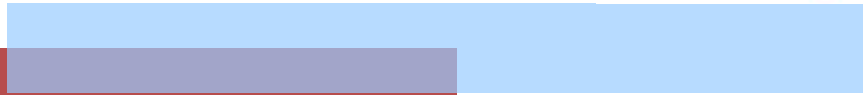


Stanislas Martin

7 juillet 2010



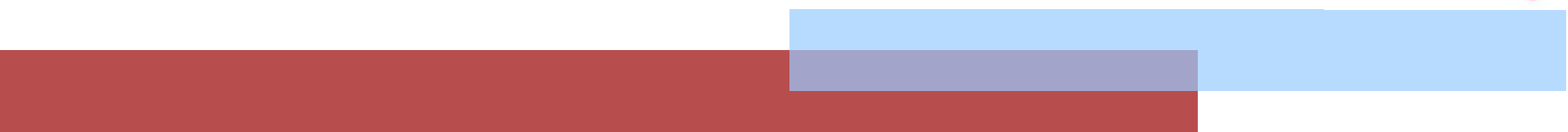
# Introduction



- Les pratiques de concertation générale, d'échanges d'information, de dépôts d'offres de couverture en vue de la répartition d'un marché comptent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves.
- Part importante de l'activité de l'ADLC :

Année	2004	2005	2006	2007	2008
%	22%	20%	16%	26%	28,5%

# Introduction



- La part des indices recueillis tend toutefois à diminuer :

year	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
%	54%	50%	45%	39%	42%	37%	30%

- Bonne ou mauvaise nouvelle ?

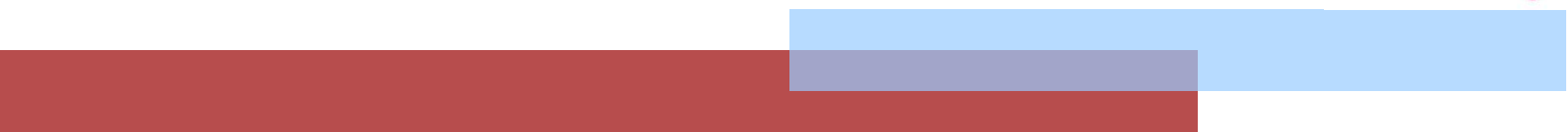
# Les types d'entente

- Les collusions tacites (« chacun chez soi ») – Dommageables mais difficilement sanctionnables
- Les échanges d'informations – Réduisent l'incertitude. Un simple échange d'informations, même ponctuel, suffit à établir la pratique

CJCE, C-8/08, 4 juin 2009, T-Mobile NL :

- 1) Une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation. **L'échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel** lorsqu'il est **susceptible d'éliminer les incertitudes** quant au comportement envisagé par les entreprises concernées.
- 2) Dans le cadre de l'examen du lien de causalité entre la concertation et le comportement sur le marché des entreprises participant à celle-ci, lien qui est exigé pour établir l'existence d'une pratique concertée au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, le juge national est tenu, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe à ces dernières de rapporter, d'appliquer la **présomption de causalité** énoncée par la jurisprudence de la Cour et selon laquelle lesdites entreprises, lorsqu'elles demeurent actives sur ce marché, **tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents**.
- 3) Pour autant que l'entreprise participant à la concertation demeure active sur le marché considéré, la présomption du lien de causalité entre la concertation et le comportement de cette entreprise sur ce marché est applicable **même si la concertation n'est fondée que sur une seule réunion** des entreprises concernées.

# Les types d'entente



- Des offres « carte de visite » (non sanctionnables) aux offres de couverture
- Les accords de répartition de marché
- Les groupements d'entreprises injustifiés

# Les échanges d'informations

- Ambulance des Deux-Sèvres (10-D-05)
  - Appel d'offres d'un hôpital pour les transports médicalisés sur trois sites
  - 1 seule réponse par lot (site) : pas anticoncurrentiel, économiquement justifié
  - Les trois entreprises ont proposé un élément nouveau : forfait pour les nuits sans sortie, d'un montant identique
    - Economiquement justifié (pas de surprofit)
    - Mais... les entreprises se sont rencontrées juste avant une réunion avec le directeur de l'hôpital
      - Réunion d'une association professionnelle qui « dérape » : la simple participation à la réunion ne suffit pas, il faut d'autres éléments de preuve
      - Réunion informelle, occulte ou secrète : la simple participation, même passive, à la réunion est condamnable
  - L'échange d'informations est condamnable même s'il ne porte que sur un aspect des offres
  - Et même si les entreprises ne sont pas frontalement concurrentes (*yardstick competition*)

# Les offres de couverture

- Stade de Bastia (06-D-13)
  - En 1992, effondrement de la tribune nord du stade de Bastia (Furiani), en Corse, pendant la 1/2 finale de Coupe de France contre Marseille
  - Reconstruction complète du stade. Appel d'offres pour la tribune ouest en mars 2000
  - 3 Offres supérieures de 30 à 40% à l'estimation. Toutes les offres sont non conformes : les offres ne respectent pas la nomenclature en 61 rubriques fixée par le maître d'ouvrage. Marché déclaré infructueux.
  - Pressions politiques : dérogation de la Ligue Nationale de Football expire au 1er août
  - Marché négocié : Les 3 entreprises y répondent plus une entreprise italienne, Codelfa. Encore 20% supérieur aux estimations du maître d'ouvrages

# Les offres de couverture

- Stade de Bastia (06-D-13) : le faisceau d'indices
  - Aucune des offres ne respectait le cahier des charges
  - Offre de l'une des entreprises trouvée dans le dossier de celle qui a remporté l'appel d'offres
  - Les offres sont similaires dans leur structure, dans l'évaluation des quantités ou dans la désignation des travaux
  - Aucune des entreprises, sauf une, n'avait réellement la capacité d'assumer ces travaux (offre carte de visite / offre de couverture)
  - L'offre de la société italienne s'est révélée être un faux

# Les offres de couverture

- Déchets ménagers dans les Vosges (07-D-40)
  - 4 lots de collectes de déchets. Espac sortant. Appel d'offres pour 5 ans, renouvelable une fois
  - Sur chacun des lots et sous-lots, Onyx est plus cher que le sortant, avec à chaque fois un écart de 4 à 5%
    - Surprenant compte tenu de la relative complexité des lots et sous-lots
    - Surprenant aussi compte tenu de la « malédiction du vainqueur »
  - L'enquête n'a pas abouti, mais peu après aveux spontanés des entreprises
    - Attrait de la non-contestation de griefs (*settlement*)
      - *Compliance programs*
      - *Whistleblowing...*
    - Attrait de la clémence
    - Sanction réduite de 35%

# Les accords de répartition de marché

- Travaux publics en Ile-de-France (06-D-07)
  - Organisés par les 5 majors du BTP, 34 entreprises en tout. Répartition des marchés SNCF (ligne E du RER) et RATP (construction de la ligne 14 du métro) en région parisienne - 60 à 80% du *business* obtenu via l'entente
  - Organisation en « tables » par zone géographique, par projet (Eole, Meteor), par client ou par type de travaux. Une dizaine de « tables »
  - Répartition des marchés au sein de chaque « table »
  - Offres de couvertures élaborées par le vainqueur désigné. Logiciel DRAPO (DéteRmination Aléatoire du Prix de l'Offre)
  - Suivi des avances et des retards de chacun au sein de chaque « table »
  - Compensation par des sous-traitances officielles ou officieuses
    - *Il sera quasiment impossible, en cas d'enquête approfondie, de justifier d'une telle mise en commun des moyens (Note DJ de Bouygues)*
  - Si nécessaire, compensation inter-tables

# Le boycott

- Défibrillateurs cardiaques (07-D-49)
  - 5 entreprises fabricantes. 17 CHU sur 31 (50% du CA France) décident de se regrouper pour lancer un appel d'offres
  - Les lots sont calibrés pour que les 5 puissent répondre, mais aucune garantie que chacun ait sa part -> fin d'une collusion tacite (?)
  - Quelques jours avant la date de dépôt des offres, les 5 sociétés informe le CHU qu'elles ne répondront pas à l'appel d'offres (courriers datés des 3, 4, ou 5 juillet 2001) - Les courriers présentent des similitudes et font notamment état de préoccupations de concurrence (entente entre les CHU) ou sur la légalité de l'appel d'offres
  - Saisies montrent accord entre les entreprises pour boycotter l'appel d'offres, via le syndicat professionnel (SNITEM) -> pas un simple parallélisme de comportements, mais pratique concertée

# Le boycott

- Défibrillateurs cardiaques (07-D-49)

- Après l'appel d'offres : « *ne pas recourir au Snitem Maintenir l'impression d'action individuelle de chaque entreprise Envisager de profiter du passage à l'euro pour harmoniser les prix des industriels* » (note saisie, conf-call entre industriels)
- Appel d'offres infructueux. Pas relancé du fait de l'opposition des cardiologues
- Moyens en défense soulevés par les industriels
  - L'appel d'offres groupé n'était pas conforme au code de marchés publics
    - L'entente n'est pas une réponse appropriée à un appel d'offre jugé illégal : il fallait saisir le tribunal compétent
  - L'appel d'offres était lui-même anticoncurrentiel, et l'entente a eu des effets proconcurrentiels
    - Le progrès économique peut permettre d'exempter une entente (art. 101(3) du Traité)
    - Critères stricts : le progrès invoqué doit être la conséquence directe des pratiques en cause et être proportionné aux atteintes à la concurrence

# La détection des ententes

- Indices à partir de l'études des offres
  - L'attributaire est le seul à avoir remis une offre conforme au cahier des charges
  - Nombre très restreint de candidats au regard des offreurs potentiels
  - Ecart des prix unitaires répartis selon des coefficients constants
  - Groupements surdimensionnés
  - Compensations ou « tour de rôle » sur plusieurs appels d'offres
- Recherche de preuves
  - Perquisitions sous contrôle du juge
  - Concluant dans 40% des cas
- Clémence

# La prévention des ententes

- La définition du périmètre des marchés et des lots
  - Si trop petits, facilitent la répartition
  - Si trop gros, éliminent les plus petites entreprises
- La fréquence des appels d'offres
  - Si trop fréquents, facilitent la répartition et les compensations
  - Si trop peu fréquents, rente du titulaire
- Les références exigées
- Casser la routine
  - Modifier la composition des lots (ex: défibrillateurs cardiaques)
  - Permet de casser le « chacun chez soi »
  - Source de conflits entre entreprises et nécessite des échanges d'informations (= prise de risque et infraction constituée)
- Surveiller les groupements et les sous-traitances

# Bid Rigging Workshop

**Merci de votre attention**

Les décisions citées (et bien d'autres !) sont disponibles sur

[www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr)