

La Régulation Des Marchés Publics Par Le Conseil De La Concurrence

The regulation of public procurement by The Competition Council

¹ BARKAT Djohra ,²AISSAOUI Azedine

- ¹Université Abderrahmane MIRA, BEJAIA,(Algérie) barkatdjohra@yahoo.com
- ²Université Abderrahmane MIRA, BEJAIA,(Algérie) aissaoui.azedine2018@gmail.com

Date de réception: 22/06/2021

Date d'acceptation: 20/03/2021

Date de publication: mars2022

Résumé :

L'exercice de l'activité économique par des personnes publiques implique l'application des règles du droit de la concurrence et, par conséquent, la compétence du Conseil de la concurrence en matière de protection des marchés publics de toute violation ou d'entrave au principe de la libre concurrence.

Cependant, les spécificités inhérentes aux marchés publics complexifient l'applicabilité et la mise en œuvre du droit de la concurrence par le Conseil de la concurrence. Ce dernier doit se montrer plus vigilant et plus rigoureux pour jouer son rôle, non seulement dans la protection des marchés publics des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi pour lutter contre la corruption et protéger les deniers publics.

Mots-clés: Marchés publics, pratiques anticoncurrentielles, Conseil de la concurrence, régulation.

Abstract:

The exercise of economic activity by public entities implies the application of the rules of competition law and, consequently, the competence of the Competition Council in matters of protection of public contracts from any violation or hindrance to principle of free competition.

However, the inherent specificities of public procurement complicate the applicability and enforcement of competition law by the competition board. The latter must be more vigilant and more rigorous to play its role, not only in the protection of public contracts from anti-competitive practices, but also to fight against corruption and protect public money.

Keywords: Public contracts, anti-competitive practices, competition council, regulation

Introduction

A fin de répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures et de services et atteindre un certain équilibre entre la rationalisation des dépenses publiques et l'efficacité de son intervention, l'Etat fait appel aux marchés publics, et il doit faire le meilleur choix en assurant le respect des obligations de la mise en concurrence.

En effet, l'ordonnance de 2003 relative à la concurrence telle qu'elle est modifiée en 2008 et en 2010¹ a considérablement posé le principe de la libre concurrence en matière des marchés publics. L'article 02 de cette ordonnance précise que : « *Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent, nonobstant toutes autres dispositions contraires : -.....*

- aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché...».

Il résulte de l'application des dispositions précitées la consécration de la liberté des entreprises d'accéder aux marchés publics pour offrir des travaux, des fournitures ou des services et, en contre partie du respect de l'engagement du bon fonctionnement du marché en assurant une concurrence transparente et loyale.

Le décret présidentiel n°15-247 régissant les marchés publics a également renforcé le principe de la libre concurrence en la matière par l'exigence du respect des garanties de transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats².

La volonté de soumettre les marchés publics aux règles du droit de la concurrence a été exprimée à plusieurs reprises³.

En somme, l'application des règles du droit de la concurrence aux marchés publics peut être la meilleure substitution à la régulation administrative du monopole public. Elle justifie aussi l'intervention du Conseil de la concurrence en lui reconnaissant sa compétence dont son exercice est un moyen de mise en œuvre.

C'est dans cet ordre d'idée qu'il convient de **s'interroger sur le rôle du Conseil de la concurrence, en tant que régulateur du marché concurrentiel, dans la protection des marchés publics?**

La soumission des marchés publics aux règles du droit de la concurrence ouvre un champ de compétence très étendu au Conseil de la concurrence (I), qui lui permet de mettre en exergue le principe de la libre concurrence (II).

I- L'étendue de la compétence du Conseil de la concurrence en matière des marchés publics : entre spécificité du marché et généralité des pratiques

Le Conseil de la concurrence est doté d'un large pouvoir décisionnel qui lui permet de garantir une régulation efficiente et favoriser le jeu de la concurrence. La faculté d'intervenir sur le marché dont est investit le Conseil de la concurrence représente un outil irremplaçable dans le maintien de l'ordre concurrentiel dans les marchés publics, ces derniers représentant

un véritable marché au sens du droit de la concurrence (A), pouvant par conséquent, être affecté par des pratiques anticoncurrentielles (B).

A- L'existence d'un marché concurrentiel en matière des marchés publics : un marché spécifique

Les marchés publics contiennent toutes les composantes essentielles d'un marché concurrentiel. En exerçant une activité économique (1), l'entité publique acquiert la qualité de l'entreprise au sens du droit de la concurrence (2), elle accède au marché par la procédure de l'appel d'offres qui représente en soi un marché pertinent (3).

1-L'exercice d'une activité économique par des personnes publiques

Aux termes de l'article 03 alinéa b, de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, « *le marché : tout marché des biens ou services concernés par une pratique anticoncurrentielle (...)* »⁴. Cette définition bien qu'elle semble brève par rapport à celle retenue dans le décret régissant les marchés publics, elle est sans doute plus précise en ce qui concerne l'objet du marché⁵.

En effet, la personne publique représentée par le service contractant peut agir en tant qu'opérateur économique producteur de biens ou prestataire de services, comme elle peut agir en tant qu'acheteur de biens ou de services sous forme de commande publique. Ces agissements rentrent dans le cadre d'une activité de production, de distribution ou de services qui sont des activités économiques au sens du droit de la concurrence.

En se référant à la jurisprudence française, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'exercice d'une activité économique par une personne publique, en considérant que les personnes publiques exerçant une activité économique sur un marché en fournissant des biens ou des services, sont soumises, comme tout opérateur économique, aux règles du droit de la concurrence⁶.

En somme, le critère de l'activité économique, justifie non seulement l'applicabilité des règles du droit de la concurrence⁷, mais permet également de définir l'opérateur économique en matière des marchés publics qui est l'entreprise au sens du droit de la concurrence.

2-La qualité de l'entreprise

L'entreprise telle qu'elle est définie par l'article 3 alinéa a de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence est : « *Toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de service ou d'importation* ». L'emploi de la notion « *entreprise* » exclut toutes les autres notions utilisées auparavant⁸ et englobe plusieurs formes et entités juridiques (association, service administratif, organisme professionnel...) ⁹.

L'entreprise étant le sujet direct du droit de la concurrence, cela signifie qu'elle repose sur le principe de « neutralité du capital », le caractère public ou privé du capital n'ayant pas

d'influence sur les droits et obligations que le droit de la concurrence engendre sur l'entreprise concernée¹⁰.

L'administration contractante, en tant que prestataire de services ou en tant qu'acheteur de biens ou de services, engage la procédure de marché public à travers des sociétés d'économie mixte, les établissements publics à caractère industriel et commercial et même par des établissements publics administratifs. Ces personnes accèdent au marché en qualité d'opérateurs économiques publics et entrent en concurrence avec les opérateurs économiques privés, afin d'exercer une activité économique et intervenir dans les activités de production, de distribution, de services ou d'importation.

Par conséquent, l'administration contractante acquiert la qualité d'entreprise au sens du droit de la concurrence dont les règles de ce dernier demeureront applicables.

Cependant, le critère organique « l'entreprise » semble moins important dans la mesure où le droit de la concurrence n'a pas exigé une forme juridique bien précise : « *quelle que soit sa nature* ».

3- L'appel d'offres

En règle générale, l'appel d'offre constitue le mode de passation des marchés publics¹¹, il « *est la procédure visant à obtenir les offres de plusieurs soumissionnaires entrant en concurrence et à attribuer le marché, sans négociation, au soumissionnaire présentant l'offre jugée économiquement la plus avantageuse sur la base de critères de choix objectifs, établis préalablement au lancement de la procédure* »¹².

L'ordonnance de 2003 relative à la concurrence ajoute en son article 3 que le marché comprend aussi « *la zone géographique dans laquelle sont engagées les entreprises dans l'offre des biens ou services en cause* ».

Selon une jurisprudence établie par la Cour d'appel de Paris¹³ et confirmée par la Cour de cassation¹⁴, en matière des marchés publics, le marché qui fait l'objet d'un appel d'offres constitue en soit le marché pertinent au sens du droit de la concurrence.

La même position a été retenue par l'autorité de la concurrence, en considérant que la passation d'un marché public selon la procédure d'appel d'offres fait de ce dernier un marché pertinent. Ce marché résulte de la confrontation de la demande du donneur d'ordres et des offres faites par les candidats qui répondent à l'appel d'offres¹⁵.

C'est dans la même direction que le Conseil de la concurrence algérien a forgé sa pratique décisionnelle en 2018, en considérant que tout marché public réalisé selon les procédures de l'appel d'offres constitue en soi un marché pertinent¹⁶.

En effet, la valeur juridique de l'appel d'offres, comme élément constitutif du marché concurrentiel en matière des marchés publics, peut être mesurée aux autres procédures de passation des marchés publics où le principe d'une réelle mise en concurrence est redoutable.

Si le recours à l'ensemble des critères pour définir le marché concurrentiel en matière des marchés publics contribue positivement à la délimitation du marché pertinent, il n'en demeure pas moins que les notions retenues pour cette mission sont difficiles à cerner. Etant donné que les marchés publics sont des marchés spécifiques, de nature « éphémère »¹⁷ compte tenu de leur durée limitée, la délimitation des « frontières juridiques »¹⁸ demeura indispensable pour pouvoir détecter les pratiques anticoncurrentielles.

B- L'existence de pratiques anticoncurrentielles en matière des marchés publics : des pratiques difficiles à détecter

Par définition, les marchés publics représentent un marché concurrentiel, plus ce dernier est étroit, plus le risque des pratiques anticoncurrentielles est avéré. L'intervention sur le marché impose le respect des règles du droit de la concurrence. Par conséquent, tout agissement des intervenants hors du cadre tracé par la loi peut constituer une entrave au libre jeu de la concurrence dans le marché et prendre la qualification de pratiques anticoncurrentielles. Ces pratiques peuvent être rangées en deux catégories ; les pratiques restrictives au sens classique du droit de la concurrence (1) et les autres pratiques qui faussent le jeu de la concurrence aux termes du décret régissant les marchés publics (2).

1-Les pratiques restrictives de la concurrence classiques

En matière des marchés publics, les pratiques les plus visées sont : les ententes illicites et les abus de position dominante prohibées en vertu des dispositions des articles 6 et 7 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence.

- Les ententes illicites

Au sens classique de l'article 6 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, l'entente est constituée lorsque les parties ont librement exprimé une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché. Elle peut être expresse ou tacite, quelle que soit sa forme juridique.

Les ententes illicites se manifestent par une concertation entre les entreprises concurrentes, soit en coordonnant leurs offres, soit en échangeant des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, afin d'échapper au principe de l'indépendance des offres, fausser le jeu d'une libre concurrence¹⁹ et tromper le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence dans le marché²⁰.

En effet, le Conseil de la concurrence français, a considéré que « Le fait que les pratiques de concertation et d'échange d'informations préalablement au dépôt des offres ont concerné les soumissionnaires au marché..., suffit à établir le caractère sensible de l'effet potentiel de ces pratiques »²¹.

De plus, l'échange d'informations ne peut être retenu comme étant une pratique illicite que lorsque les données et les informations échangées ont été utilisées par les soumissionnaires au marché²².

Les ententes illicites représentent les pratiques les plus fréquentes par rapport aux abus de position dominante.

- L'abus de position dominante

L'article 15 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence a énuméré les différentes formes susceptibles de constituer un abus de position dominante. Il s'agit du fusionnement de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes, de l'acquisition d'un contrôle déterminant sur le marché et de la création d'une entreprise commune accomplissant d'une manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. L'abus de position dominante suppose, à la fois, l'existence d'une position dominante et l'abus de cette position.

En effet, les personnes publiques ont la force suffisante pour résister à la puissance du marché ; elles sont le plus souvent mises en cause au titre d'abus de position dominante.

Le risque majeur d'abus de position dominante réside dans la situation de monopole ou de quasi-monopole de droit ou de fait. Ces situations se présentent particulièrement du côté des grandes entreprises de service en réseau exerçant des activités de production, de distribution ou de service en complément du service public²³.

Il s'agit plus précisément d'un ancien opérateur historique²⁴ conservant une activité de service public, tel que SONELGAZ, ADE... En sortant de leur stricte activité de service public, les possibilités de position dominante sont largement ouvertes à ces entreprises.

En droit français, l'autorité de la concurrence a relevé d'autres formes d'abus de position dominante de la personne publique. A titre d'exemple, le refus par le détenteur de l'infrastructure essentielle²⁵ de donner l'accès à ses concurrents dans des conditions équitables et non discriminatoires constitue un abus de position dominante, si ce refus n'est pas justifié par des raisons légitimes²⁶.

Aussi, le refus de fournir des informations aux concurrents ou de les fournir incomplètes, tardives ou inexactes²⁷, ainsi que l'exercice de toute sorte de pression visant à éliminer des concurrents ou réduire l'intensité de la concurrence sur le marché peut constituer un abus de position dominante²⁸.

Bien que la qualité d'opérateur historique ne peut être, à elle-même qualifiée de position dominante, elle comporte néanmoins, « *des risques qui suscitent des précautions particulières afin de préserver l'égalité des conditions de la concurrence sur les marchés concernés* »²⁹.

Toutefois, l'opérateur historique peut être lui-même victime d'un abus de position dominante, l'entreprise peut abuser de sa position dominante pour obtenir des avantages injustifiés au détriment des intérêts de l'acheteur public³⁰.

L'abus de position dominante comme les ententes illicites sont susceptibles de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle, en exerçant la pratique des prix prédateurs. Cette dernière peut être comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante

ou plusieurs entreprises mènent une stratégie commune de fixation des prix à un tel niveau qu'elles subissent des pertes ou renoncent à des profits à court terme, dans le but d'évincer un ou plusieurs concurrents³¹

En somme, l'énumération des pratiques et des actions susceptibles de constituer un abus de position dominante ou une entente illicite pose des difficultés pratiques dans la qualification des pratiques en cause. Elle les rend difficiles à concevoir et à réprimer car elle suppose aussi l'existence d'autres pratiques qui faussent le jeu de la concurrence, mais qui ne figurent pas dans les listes citées par la loi relative à la concurrence.

2- Autres pratiques qui faussent le jeu de la concurrence

Le décret régissant les marchés publics prévoit la possibilité de rejeter l'offre retenue par le service contractant « *S'il est établi que certaines pratiques de soumissionnaire concerné sont constitutives d'abus de position dominante du marché ou si elles fausseraient, de toute autre manière, la concurrence dans le secteur concerné* »³².

Les autres pratiques qui faussent le jeu de la concurrence peuvent être exercées collectivement par les entreprises telles que les groupements, la sous-traitance et la subdélégation, comme elles peuvent être exercées à titre individuel telles que les offres de couvertures et les offres carte visite.

- Les groupements et la soumission des filiales d'un même groupe

En principe, la constitution de groupements n'est pas illicite en elle-même, aux termes de l'article 81 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public « *...Les candidats et les soumissionnaires peuvent présenter leurs candidature et offres dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence* ».

Les groupements peuvent être demandés par le maître de l'ouvrage³³, ils peuvent apporter un intérêt économique et avoir « un effet pro-concurrentiel s'ils permettent à des entreprises ainsi regroupées de concourir alors qu'elles n'auraient pas été capables de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive ou de meilleure qualité »³⁴.

Cependant, si la constitution du groupement provoque des perturbations dans la structure du marché et limite l'accès des entreprises à la concurrence, sans aucune justification économique ou technique, cela peut avoir un caractère anticoncurrentiel³⁵. Donc le droit positif reconnaît avec prudence les groupements « utiles » en dehors de tout enjeu illégitime³⁶.

Quant à la soumission d'entreprises (filiales) d'un même groupe, l'existence d'une entente entre les filiales est possible lorsque ces dernières répondent à un appel d'offres public en présentant des offres apparemment distinctes et autonomes, mais en réalité coordonnées sans en informer les décideurs publics.

En effet, les relations entre filiales société mère d'un même groupe ne peuvent être constitutives d'une entente lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distinctes. En l'absence d'éléments permettant de caractériser l'autonomie des filiales, l'autorité de la concurrence française a écarté l'application des dispositions prohibant les ententes édictées aux articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce³⁷.

Cependant, l'inapplicabilité de l'interdiction des ententes aux soumissions concertées de filiales dépourvues d'autonomie de comportement sur le marché n'exclut pas la possibilité de tomber sous le coup des pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où elles peuvent induire en erreur l'acheteur public et fausser le résultat de la commande publique³⁸.

- La sous-traitance et la subdélégation

Considérée comme étant une relation juridique entre les entreprises, la sous-traitance est une pratique acceptée par la loi. Le décret régissant les marchés publics dispose en son article 140 alinéas 1 dispose que « *Le partenaire cocontractant peut confier à un sous-traitant l'exécution d'une partie du marché, par un contrat de sous-traitance, dans les conditions prévues dans le présent décret* »³⁹. Toutefois, les accords de sous-traitance peuvent tomber sous le coup des pratiques anticoncurrentielles, s'ils ne respectent pas la loi⁴⁰, ou s'ils portent atteinte à la concurrence⁴¹.

En effet, Le recours à la sous-traitance permet aux entreprises de s'appuyer sur des compétences et des moyens extérieurs, pour faire face à leur incapacité technique ou matérielle afin d'exécuter le marché attribué⁴². Cette technique juridique favorise notamment l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

A la différence de la sous-traitance, qui touche les marchés publics et la délégation de service public, la subdélégation concerne seulement cette dernière catégorie du marché, elle peut être « un moyen de faire échec à la concurrence en introduisant dans le marché des entreprises qui en ont été écartées »⁴³.

Afin d'éviter le risque de pratique anticoncurrentielle, les sous-traitants des délégataires doivent informer l'autorité délégante et avoir son approbation.

Bien que le recours à la sous-traitance et à la subdélégation permet une certaine complémentarité entre les entreprises ainsi que l'accès du plus grand nombre de partenaires permettant aux autorités publiques de faire le meilleur choix, il n'en reste pas moins qu'au regard du droit de la concurrence, ces pratiques constituent un risque à ne pas négliger.

- Les offres de couverture et les offres carte visite

L'offre de couverture dite complémentaire est la pratique la plus fréquente utilisée par les entreprises, elle est établie lorsque ces dernières s'accordent pour que l'une d'entre elles accepte de soumettre une offre qui est plus élevée que celle de son concurrent censé remporter le marché. L'entreprise soumet une offre associée à des conditions inacceptables par l'acheteur public, l'objectif étant de donner l'apparence d'une véritable concurrence.

La pratique des offres de couverture en matière de soumissions à des marchés publics est, en soi, anticoncurrentielle par son objet⁴⁴. En effet, les offres multiples établies en concertation et les échanges d'informations en vue de produire des devis de couverture peuvent être qualifiées d'ententes anticoncurrentielles⁴⁵.

Contrairement aux offres de couverture, les offres carte visite sont en principe licites, lorsque l'objectif de l'entreprise est de se faire connaître de l'acheteur public sans aucune intention d'obtenir le marché en question⁴⁶.

Toutefois, les offres carte visite peuvent être qualifiées de pratiques anticoncurrentielles lorsque elles résultent d'un échange d'informations consécutifs entre les entreprises concurrentes soumissionnaires⁴⁷ ou lorsque l'objectif est d'orienter le choix de l'acheteur public⁴⁸.

Il est notable que les pratiques relatives aux offres peuvent prendre des formes très variables, telle que la suppression d'offres ou la non soumission et la rotation des offres.

Il en résulte que les pratiques qui faussent le jeu de la concurrence dont la concertation, la coordination et l'échange d'informations sont des éléments constitutifs, ne représentent pas de nouvelles formes de pratiques anticoncurrentielles, mais elles peuvent être rangées sous les ententes illicites prohibées par le droit de la concurrence.

En somme, entre la généralité des pratiques et la spécificité des marchés publics, la compétence du conseil de la concurrence semble moins étendue. En revenant sur les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance relative à la concurrence, le Conseil ne peut intervenir que sur les pratiques commises à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché, Par conséquent, les autres pratiques commises après le gain et l'exécution du marché échappent à son contrôle.

II- La mise en œuvre de l'intervention du Conseil de la concurrence dans les marchés publics : quelle efficacité ?

Les marchés publics étant des marchés concurrentiels soumis aux règles du droit de la concurrence, la mission de leur protection relève sans aucun doute de la compétence du conseil de la concurrence. En usant de ses pleins pouvoirs, il intervient en aval pour garantir le principe de la libre concurrence dans les marchés publics.

Afin de mettre en œuvre son pouvoir de contrôle sur les marchés publics, le Conseil de la concurrence doit, au préalable, prouver l'existence de la pratique anticoncurrentielle (A), en suite la qualifie (B) pour pouvoir la sanctionner s'il y a lieu de la faire(C).

A- La preuve des pratiques anticoncurrentielles

Sans se méfier des particularités propres aux marchés publics, la mission de prouver l'existence d'une pratique anticoncurrentielle a suscité un vaste débat et a soulevé de nombreuses difficultés en droit de la concurrence⁴⁹. Le Conseil de la concurrence doit

s'appuyer sur des éléments matériels (1) ou sur un ensemble d'indices convaincants et suffisamment probants (2).

1- La preuve matérielle

La preuve matérielle, dite directe, constitue le mode de preuve le plus convaincant en droit de la concurrence pour démontrer la réalité d'une pratique, elle peut être orale ou écrite. Plus constamment, les preuves matérielles sont :

- *Les rapports d'enquête*

Dans le cadre de son domaine de compétence, le Conseil de la concurrence peut procéder à une enquête⁵⁰. L'ordonnance relative à la concurrence, notamment les dispositions des articles 49 bis et 51, fait illusion à deux types d'enquêtes : les enquêtes simples qui s'effectuent au niveau du Conseil de la concurrence par le rapporteur général et les rapporteurs, et les enquêtes lourdes telles que les perquisitions, les visites des locaux et les saisies de documents⁵¹.

S'agissant de la valeur probante des rapports d'enquête établis par les personnes habilitées, l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence reste muette sur la question.

En revanche, l'article L. 450.2 du Code de commerce français précise que « *les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire* ». En ce sens, les rapports d'enquête sont dotés d'une force probante simple, ils doivent être établis dans le cadre du respect des droits de la défense des concernés⁵², ils contiennent tous les documents et les éléments matériels y compris les messages et les enregistrements des conversations⁵³.

Parce que le recours aux enregistrements et messages téléphoniques porte atteinte aux libertés des entreprises poursuivies, la jurisprudence française a strictement vérifié l'utilisation de tels moyens, en exigeant la loyauté des procédures suivies pour leur obtention⁵⁴. Ces enregistrements qualifiés de « clandestins »⁵⁵ sont privés de toute vertu probante.

- *Les procès verbaux*

Les procès verbaux englobent toutes les déclarations recueillies au cours des débats en séance devant le collège du Conseil, en entendant les parties concernées lors du déroulement de la séance, le conseil de la concurrence peut retenir certains propos comme éléments de preuve « quasi-documentaires »⁵⁶.

Par ailleurs, même les déclarations téléphoniques anonymes reçues par les enquêteurs et retranscrites par écrit peuvent constituer de preuves suffisantes, à condition qu'elles sont obtenues d'une façon loyale⁵⁷. Cependant, la crédibilité et la valeur probante des déclarations peuvent être remises en cause en raison de leur caractère incertain et subjectif.

Le dossier peut comprendre d'autres éléments matériels qui peuvent servir davantage le conseil de la concurrence pour prouver les pratiques anticoncurrentielles, tels que les factures présentées par les entreprises, les reçus de livraison...

Toutefois, le dossier ne comporte pas de preuves matérielles suffisantes des pratiques dénoncées, mais les éléments recueillis constituent des indices suffisants de l'existence des pratiques illicites.

2- Le faisceau d'indices

En l'absence de preuves directes d'une pratique anticoncurrentielle, le Conseil de la concurrence peut prouver l'existence d'une telle pratique en s'appuyant sur un ensemble d'indices circonstanciels comme preuve indirecte⁵⁸. Les comportements indiciaires⁵⁹ peuvent être résumés en trois comportements essentiels :

- Le parallélisme de comportements

Le parallélisme de comportements se matérialise par la variation identique des prix présentés par les entreprises concurrentes et la fixation des prix anormalement élevés ou bas par rapport au référentiel des prix. Cet indice peut aussi se manifester par d'autres manières, telle que la réduction des participations des entreprises à appel d'offres (rotation des offres), ou l'adoption des conditions de vente uniformes...

Cependant, la simple constatation de parallélisme de comportement n'est pas à elle seule suffisante pour apporter la preuve d'une pratique concertée, le Conseil de la concurrence peut s'appuyer sur d'autres éléments⁶⁰.

- Le rapprochement des entreprises concurrentes

La situation de rapprochement se matérialise par l'échange d'informations, la concertation et la coordination entre les entreprises concurrentes concernées par l'appel d'offres⁶¹, comme elle peut être déduite par d'autres indices matériels dans le cadre d'un rapprochement structurel.

Lors de son auto saisine en 2018, le Conseil de la concurrence a retenu un ensemble d'indices matériels pour prouver l'existence d'une entente illicite entre la SARL ODV Plus, SARL PUB City et SARL PUB TOP⁶² à l'occasion de l'appel d'offres de la commune de Bab-Elouad en 2016⁶³.

Le Conseil de la concurrence a démontré la situation des sièges des trois sociétés dans le même bâtiment, mutuellement gérées, avec un bureau de réception commun et un capital associé, ce qui facilite la communication entre les sociétés concernées. De tels indices prouvaient l'existence d'un rapprochement entre les sociétés, et qu'ils étaient suffisamment probants d'une pratique prohibée au sens de l'article 6 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence⁶⁴.

- Les signaux documentaires

Les dossiers de candidature des entreprises à l'appel d'offres peuvent contenir des signaux

d'alarme qui font illusion à des intentions de concertation, à titre d'exemple : l'emploi d'une manière similaire pour présenter les offres, des évaluations identiques chez différentes sociétés soumissionnaires ainsi que l'existence des mêmes erreurs et la ressemblance dans la méthode de rédaction des observations écrites demandées par le Conseil de la concurrence⁶⁵.

En somme, en l'absence de preuves directes d'une pratique anticoncurrentielle, la valeur probante d'un faisceau d'indices est retenue, elle est constituée par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction⁶⁶.

Bien que le faisceau d'indices présente un double intérêt tant pour la personne publique ainsi que pour le Conseil de la concurrence, leur caractère ambigu qui suscite plusieurs interprétations écarte ces indices de la catégorie des preuves « irréfragables »⁶⁷, et suppose le recours à d'autres éléments complémentaires.

De toute manière, La frontière n'est pas toujours nette entre la preuve matérielle directe et le faisceau d'indices comme preuve indirecte, par conséquent, les pratiques anticoncurrentielles peuvent être prouvées, soit par des éléments matériels suffisants eux même, soit par un ensemble d'indices figurant dans le dossier d'instruction.

Dès lors que la preuve est apportée, le Conseil de la concurrence doit établir la pratique et la qualifier.

B- La qualification des pratiques anticoncurrentielles

En principe, la qualification des pratiques anticoncurrentielles suppose une atteinte à la concurrence comme élément principal de qualification, en représentant un caractère abusif et anticoncurrentiel d'une position dominante ou d'une entente, cependant, les particularités inhérentes aux marchés publics introduisent d'autres éléments spécifiques pour la qualification, il s'agit essentiellement de l'intériorité de la pratique par rapport au dépôt de l'offre **(1)**, la limitation de l'indépendance des offres **(2)** ainsi que l'effet et l'objectif de tromper le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence **(3)**.

1- L'intériorité de la pratique par rapport au dépôt de l'offre

Les concertations et les coordinations entre soumissionnaires avant le dépôt de l'offre visant à prévoir à l'avance le bénéficiaire du marché sont de nature à restreindre et à fausser le jeu de la concurrence.

En effet, l'autorité de la concurrence française a considéré que les échanges d'informations commerciales sensibles antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, faussent la sincérité de ce dernier⁶⁸.

La preuve de l'intériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite de la date mentionnée sur les documents et toute autre pièce du dossier, telles que les dates d'agrément des entreprises concernées et les dates des réunions tenues entre les entreprises agréées⁶⁹ comme elle peut l'être, à défaut d'une date certaine, de l'analyse du

contenu de dossier et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques et notamment avec le résultat de l'appel d'offres⁷⁰.

Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, la preuve de l'intériorité de la pratique par rapport au dépôt de l'offre peut également résulter d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement des divers éléments, même si chacun d'eux n'a pas pris isolément, un caractère suffisamment probant⁷¹.

Par conséquent, les pratiques et les concertations entre soumissionnaires à un marché public après le dépôt de l'offre ne sont pas constitutives d'une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte au principe de l'indépendance des offres.

2- La limitation de l'indépendance des offres

L'indépendance des offres, comme condition normale du jeu de la concurrence⁷², est le principe sur lequel repose l'appel d'offres en matière des marchés publics. Les entreprises candidates à un marché public sont tenues de présenter des offres distinctes, en évitant la possibilité d'établir entre elles des liens et toute coordination ou échange d'informations qui peut limiter l'indépendance des offres et altérer le libre jeu de la concurrence.

L'autorité de la concurrence française a rappelé à plusieurs reprises que les échanges d'informations sur l'existence de concurrents, leur situation financière et personnelle, les prix qu'ils envisagent de proposer sont constitutifs de pratiques prohibées au sens du droit de la concurrence, car, non seulement ils faussent le jeu de la concurrence, mais ils portent aussi atteinte au principe de l'indépendance des offres⁷³.

Cette pratique s'articule parfaitement avec la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris qui a considéré que la coordination des offres et l'échange d'informations afin d'échapper au principe de l'indépendance des offres sont « par nature anticoncurrentielles »⁷⁴. Elles peuvent être sanctionnées même en l'absence d'effet ou en cas d'effet limité, car elles font échec au déroulement normal de la procédure d'appel d'offres par la violation du principe de l'indépendance des offres comme moyen de garantir une libre concurrence dans ce type de procédure⁷⁵.

En somme, l'objectif est d'écartier toute chance et tentative tendant à induire en erreur le maître de l'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix.

3- Tromperie du maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence

Toute pratique visant à priver le maître de l'ouvrage de jouer la concurrence, en le laissant dans l'ignorance de l'étendue et l'intensité réelle de la concurrence est qualifiée comme étant une pratique anticoncurrentielle.

Le recours aux travaux de la sous-traitance non déclarés au maître de l'ouvrage, ainsi que la répartition préalable des travaux visent à tromper le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence » et à le priver du jeu de la concurrence⁷⁶

En effet, La tromperie de l'acheteur public est une pratique anticoncurrentielle par son effet d'induire en erreur, elle porte une atteinte grave à l'ordre public économique⁷⁷.

C- La sanction des pratiques anticoncurrentielles

L'article 45 de l'ordonnance relative à la concurrence habilite le conseil de la concurrence à prononcer des sanctions à l'égard des personnes auteurs des pratiques anticoncurrentielles. A ce titre il doit proportionner la sanction **(1)** et déterminer la personne responsable **(2)**.

1- La proportionnalité des sanctions

Au sens de l'article 62 bis 1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, le conseil de la concurrence doit s'appuyer sur des critères économiques et tenir compte aussi des critères personnels pour apprécier la sanction infligée.

- La gravité des faits

La gravité des faits peut être mesurée à la nature et aux caractéristiques des pratiques mises en œuvre ainsi qu'à la nature du secteur sur lequel elles ont été commises. A titre d'exemple, les pratiques d'éviction commises par des entreprises dominantes ayant pour effet d'évincer les concurrents et d'élever les barrières à l'entrée, revêtent un degré certain de gravité en ce qu'elles tendent à empêcher les concurrents de se développer sur le marché⁷⁸. Le degré de la gravité peut être plus élevé lorsque ces pratiques sont commises dans le cadre d'une stratégie globale et sophistiquée⁷⁹.

La pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence française⁸⁰ ainsi que la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris⁸¹ illustrent une certaine rigueur dans le traitement de toutes les pratiques ayant un effet anticoncurrentiel.

Pour mieux apprécier la gravité des faits, il est également important de prendre en considération la situation du secteur dans lequel sont intervenues les entreprises. A titre d'exemple, les pratiques mises en œuvre au détriment des collectivités publiques dans l'accomplissement de leur mission d'intérêt général représentent un caractère de gravité supplémentaire⁸². La même gravité est présentée par les pratiques commises dans les secteurs ouverts à la concurrence dans l'objectif de développer le secteur et les entreprises concurrentes⁸³.

- L'importance du dommage causé à l'économie et des bénéfices cumulés

L'importance du dommage causé à l'économie ou le dommage concurrentiel⁸⁴ s'apprécie d'une façon globale, elle se mesure à la perturbation générale que peut engendrer les pratiques commises pour l'économie⁸⁵.

L'appréciation du dommage causé à l'économie se fonde sur une analyse globale du dossier, en cherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause⁸⁶.

La jurisprudence française retient d'autres éléments pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, en tenant compte des conséquences conjoncturelles ou structurelles, les caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné⁸⁷, ainsi que les effets potentiels de la pratique⁸⁸.

S'agissant de l'autorité de la concurrence, elle tient compte aussi, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, de l'action cumulée de tous les participants⁸⁹, de l'ampleur de l'infraction, par sa couverture géographique ou par la part de marché de l'entreprise sanctionnée sur le secteur ou le marché concerné⁹⁰, de la durée de la pratique et de l'exécution du marché⁹¹.

Quant à l'importance des bénéfices cumulés, bien que ce critère est difficile à établir en Algérie en l'absence de maîtrise des données⁹². Le Conseil de la concurrence prend comme référence le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie durant le dernier exercice clos⁹³

- L'importance de la position de l'entreprise sur le marché en cause

La puissance économique de l'entreprise concernée par les pratiques peut être prise en considération dans l'appréciation de la sanction. Selon une jurisprudence constante de CJUE européenne, la taille, la puissance économique et les ressources d'une entreprise sont des éléments légitimes d'appréciation, ils peuvent être déduits à travers le chiffre d'affaire global⁹⁴.

Dans la même direction, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont rappelé à plusieurs reprises que la sanction pécuniaire peut être plus élevée et plus dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée. Aussi l'appartenance d'une entreprise à un groupe qui dispose lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes, par rapport aux autres participants à la pratique est de nature à aider à l'appréciation de la sanction⁹⁵.

En effet l'autorité de la concurrence a suivi cette logique économique, en retenant la taille et la position des entreprises concernées sur le secteur comme élément d'appréciation dans la détermination de la sanction⁹⁶.

En somme, le montant de la sanction peut être déterminé en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie et des bénéfices cumulés, ainsi que de l'importance de l'entreprise concernée, mais cela n'empêche pas le Conseil de la concurrence d'augmenter la sanction en se fondant sur les circonstances aggravantes⁹⁷, comme il peut la réduire lorsque les entreprises concernées par la pratique collaborent avec lui et s'engagent à ne plus commettre l'infraction⁹⁸.

Enfin, bien que le principe de la proportionnalité des sanctions⁹⁹ est un élément important dans l'appréciation de la sanction, son effectivité dépend de la détermination de la personne responsable de la pratique.

2- L'imputabilité des pratiques

Conformément aux dispositions du droit de la concurrence, la responsabilité est personnelle¹⁰⁰, par conséquent, toute entité économique autonome, dotée des moyens juridiques et matériels, qui exerce une activité économique d'une manière durable sur un marché¹⁰¹ est responsable des pratiques qu'elle commet.

Cette logique peut être discutée à la lumière de la jurisprudence et la pratique décisionnelle française, notamment lorsqu'il s'agit de l'imputabilité entre la société mère et sa filiale, d'un cessionnaire d'une entreprise ou des participants à la pratique.

- L'imputabilité entre la société mère et sa filiale

En droit de la concurrence, la société mère et sa filiale sont qualifiées d'entreprise, ce qui suppose leur responsabilité individuelle des pratiques qu'elles commettent. En ce sens, la filiale dotée d'une personnalité morale distincte qui est en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique en dehors de toute influence économique ou juridique, est une personne responsable de toutes ces pratiques.

Toutefois, la séparation entre la filiale et la société mère ne peut être que « formelle »¹⁰², elle ne pourrait s'opposer à l'unité de leur comportement sur le marché, et ne suffit pas à écarter la possibilité que le comportement soit imputé à la société mère¹⁰³.

En effet. Le Conseil de la concurrence français a estimé qu'une filiale qui n'est pas en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et qui ne peut s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège dont elle dépend, est une entité économique dépendante à laquelle la pratique ne peut être imputée¹⁰⁴.

Afin d'écarter sa responsabilité et se mettre hors cause et d'éviter la responsabilité conjointe et solidaire, la société mère peut prouver la capacité de sa filiale à déterminer sa stratégie économique et l'absence de son pouvoir effectif sur le comportement de sa filiale¹⁰⁵.

- L'imputabilité de la pratique au cessionnaire d'une entreprise

La question de l'imputabilité des pratiques peut être posée en cas de restructuration ou de cession d'activité. Dans sa décision, le conseil de la concurrence français a distingué entre deux techniques de restructuration : le cas de la fusion, dans lequel la pratique commise doit être imputé à la société absorbante, et le cas de la cession d'activité, où la pratique ne peut être imputée au cessionnaire¹⁰⁶.

Cette solution semble similaire à celle retenue en droit algérien, en ce que le code de commerce interdit d'imposer au cessionnaire d'autres obligations et charges que celles qu'il a expressément acceptées¹⁰⁷.

Par conséquent, la pratique anticoncurrentielle commise antérieurement à l'adoption d'un plan de cession ne peut être imputé au cessionnaire d'une entreprise en difficulté.

-L'imputabilité de la pratique aux participants

La possibilité de mise en cause solidaire de l'entreprise attributaire de marché avec des entreprises qui n'ont présenté aucune offre, mais qui avaient participé à une pratique à l'encontre des concurrents, est ouverte.

Plus récemment, le Conseil d'Etat français a retenu la possibilité de condamner solidairement les entreprises participantes à une entente à l'occasion de la passation d'un marché public, en estimant que « lorsque une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, des pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle, non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire »¹⁰⁸.

Certes, cette solution exprime la tendance de renforcer la protection des personnes publiques au détriment des entreprises privées, mais cela ne peut exclure l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles aux personnes publiques qui ont activement contribué à la mise en œuvre d'une entente et d'être sanctionner au même titre que les entreprises privées¹⁰⁹.

En somme, en intervenant sur les marchés publics, le pouvoir du conseil de la concurrence se limite à la mise en œuvre de son pouvoir de contrôle pour assurer le bon fonctionnement du marché, et non pas à l'appréciation de la légalité des procédures de l'appel d'offres dont la compétence revient au juge administratif.

Conclusion

L'intervention du Conseil de la concurrence en matière des marchés publics résulte de l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux personnes publiques exerçant une activité économique et agissant en tant qu'entreprise au sens du droit de la concurrence.

Cependant, les caractéristiques inhérentes aux marchés publics complexifient l'application du droit de la concurrence et rendent la mission du Conseil de la concurrence plus délicate, ce dernier étant appelé à coordonné entre la spécificité du marchés concurrentiel et la généralité des pratiques anticoncurrentielles en matière des marchés publics.

En fin, le Conseil de la concurrence est non seulement, le meilleur garant du principe de la libre concurrence dans les marchés publics, en prenant une place importante dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, mais représente aussi un outil irremplaçable de la lutte contre la corruption et de la protection des deniers publics.

A cet effet, l'efficacité de son intervention dépend des moyens dont il dispose pour prouver l'existence des pratiques anticoncurrentielles afin de les sanctionner.

Notes bibliographiques:

- 1- Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20-07-2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 22-07-2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18-08-2010.
- 2- Art. 05 du décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *JORA* n°50 du 20-09-2015.
- 3- Voir, à titre d'exemple, l'art. 9 de la loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, *JORA* n° 14 du 08-03-2006, complétée par ordonnance n°10-05 du 20 août 2010, *JORA* n°50 du 01-09-2010, complétée par loi n°11-15 du 02 août 2011, *JORA* n°44 du 10-08-2011. Voir également, l'art.946 du code de procédure civile et administrative.
- 4- Sous l'empire de l'ordonnance n° 95-06 relative à la concurrence, les marchés publics prenaient la forme de contrats administratifs, et échappaient aux règles du droit de la concurrence et au contrôle du conseil de la concurrence. Voir, art. 02 de l'ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, *JORA* n° 09 du 20-02 1995 (abrogée) ; Conseil de la Concurrence, Décision n°26-2003 du 03 juin 2003, *Société MID contre l'Institut INSID*.
- 5- L'art.02 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public définit les marchés publics comme suit : « ***Les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation en vigueur, passés à titre onéreux avec des opérateurs économiques, dans les conditions prévues dans le présent décret, pour répondre à des besoins du service contractant, en matière de travaux, de fournitures, de services d'études*** ».
- 6- CE, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence*, Etudes et Documents no 53, la Documentation française, Paris, 2002, p.225.
- 7- Elsa BERNARD, " « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation", *Revue International de Droit Economique*, t 3, 2009, p. 354, www.cairn.info/revue-international-de-droit-economique-2009-3
- 8- Le législateur dans les dispositions de l'art. 03 de l'ordonnance n° 95-06 (abrogée) opte pour le vocabulaire «***Agent économique*** ».
- 9- Laurence IDOT, "La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel", in *Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, édition FRISON ROCHE, Paris, 2003, pp. 523-545.
- 10-Marie-Anne FRISON-ROCHE, " Proposition pour une notion : l'opérateur crucial", *Recueil Dalloz*, n° 07, 2006, p. 1896.
- 11- L'art. 39 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public dispose que « ***Les marchés publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres, qui constitue la règle générale, ou la procédure de gré à gré*** »
- 12- Art. 40 al. 1 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *op.cit.*

-
- 13- CA Paris, 1ère Chambre, Section H, arrêt n° 2000/12332, 2000/13394 du 12 décembre 2000 ; Arrêt no 16/06962 du 21 décembre 2017, *Royer Holding et autres*, www.légifrance.gouv.fr
- 14- Cass. Com., Arrêt du 13 février 2001, *Ordre des avocats au barreau de Marseille, syndicat des avocats de France*, www.légifrance.gouv.fr
- 15- ADLC, Décision n°10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du Conseil général des Alpes- Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement du carrefour routier, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 16- Conseil de la concurrence, Décision no06/2018 du 19 juillet 2018, *Bulletin Officiel de la concurrence*, www.conseil-concurrenc.dz
- 17- Cette expression a été utilisée par Elisa JEANNAU & Marie-Hélène PACHEN-LEFÈVRE, "L'abus de position dominante dans les marchés publics", *Contrats publics* no 182, décembre 2017, www.moniteurjuriste.fr.
- 18- François CAMPAGNOLA, " Les frontières juridiques du marché en droit de la concurrence", *Village de la justice*, 16 septembre 2019, www.village-justice.com
- 19- Voir, CA Paris, Arrêt n°2003/04154 du 18 novembre 2003, *Sas Signaux Lapporte et autres* ; Arrêt n°2001/09043 du 18 décembre 2001, *SA Bajus Transport et autres*, www.légifrance.gouv.fr
- 20- Art. 94 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *op.cit*, voir également, la décision du Conseil de la concurrence français n° 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 21- Cons. Conc. Décision n° 01-D-17 du 25 avril 2001, *précitée*.
- 22- Cons. Conc., Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 23- Cf. CE, *Rapport public 2002, collectivités publiques et concurrence*, Etudes et Documents no53, la Documentation française, Paris, 2002, p. 238.
- 24- Sur la qualité de l'opérateur historique, voir, CA Paris, Arrêt n° 2009/09599 du 23 mars 2010, *La société gaz et électricité de Grenoble*, www.légifrance.gouv.fr.
- 25- Sur la définition et les critères cumulatifs de l'infrastructure essentielle, voir, Cons. Conc., Décision n°08-D-08 du 29 avril 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition de la vente de monographies touristiques ; Avis n° 07-A-04 du 15 juin 2007 relatif à la possibilité de réserver aux producteurs d'une filière de qualité agricole ou alimentaire certains produits intermédiaires, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 26 -ADLC, Décision n° 15-D-05 du 15 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par le group SNCF dans le secteur de transport de personnes, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 27- ADLC, Décision n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 28- ADLC, Décision n° 10-D-39 du 22 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 29- ADLC, Décision n° 15-D-05 du 15 avril 2015, *précitée*.
-

30-Elisa JEANNAU & Marie-Hélène PACHEN-LEFÈVRE, *op.cit.*

31- Cons. Conc., Décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline, ; Décision n° 09-D-12 du 18 mars 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Vulco développement et le groupement d'intérêt économique Pneuman à l'égard de pratiques des sociétés Manufacture française des pneumatiques Michelin et Pneumatiques Kléber, www.autoritedelaconcurrence.fr/

32- Art. 72 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *op.cit.*

33- Cons. Conc., Avis no03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, www.autoritedelaconcurrence.fr/

34- ADLC, Décision n°18-D-19 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'éclairage public en Ardèche ; Décision no09-D-03 du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales, www.autoritedelaconcurrence.fr/; CA Paris, Arrêt no2009/02679 du 05 janvier 2010, *Société d'exploitation de l'entreprise Ponsaly et autres*, www.légifrance.gouv.fr

35- ADLC, décision n° 16-D-02 du 27 janvier 2016 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin, www.autoritedelaconcurrence.fr/; CA Paris, Arrêt n° 16/06962 du 21 décembre 2017, *Royer Holding et autres*, *précité*

36- Jean-Christophe GRALL & Erwan LE MORHEDEC, "Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence", *Revue Lamy droit des affaires* n° 75, octobre 2004 p. 16 et 17.

37- ADLC, Décision n° 20-D-19 du 25 novembre 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgirMer, www.autoritedelaconcurrence.fr/

38- Max VAGUE, "Ententes et soumissions concertées par des filiales d'un même groupe à des appels d'offres", <https://www.village-justice.com>

39- Pour une étude bien détaillée sur la sous-traitance voir Abdelkader GHATAOUI, " La sous-traitance dans les marchés publics : étude comparative entre la France et l'Algérie", *El-Hakika Review*, pp. 20-32.

40- Voir successivement les arts.14 al.2 et 3, art.142 et 143 du décret présidentiel n°15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *op.cit.*

41- Cons. Conc., Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003, *précité*.

42- ADLC, Décision n° 11-MC-01 du 12 mai 2011 relative à la demande des mesures conservatoires présentée par la société Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison des colis, www.autoritedelaconcurrence.fr/

43- Cons. Conc., Avis no 99-A-16 du 26 décembre 1999 relative à une demande d'avis du conseil général du nord sur les procédures de mise en concurrence relative à l'attribution de la

gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires, www.autoritedelaconcurrence.fr/

44- CA Paris, Arrêt no95/11210 du 23 février 1996, *Société Sonevie* ; Arrêt no 97/05292 du 27 février 1998, *Vallédu Cavalon*, www.légifrance.gouv.fr

45- ADLC, Décision n°18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique ; Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux ; Décision n°14-D-16 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique, www.autoritedelaconcurrence.fr/

46- Cons. Conc., Décision n°09-D-20 du 11 juin 2009 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux de voirie et d'entretien routier en région de Rhône-Alpes, www.autoritedelaconcurrence.fr/

47- Jean-Christophe GRALL & Erwan LE MORHEDEC, *op.cit.*, p.19

48- Cons. Conc., Décision n°02-D-48 du 29 juillet 2002 relative aux marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe, www.autoritedelaconcurrence.fr/

49- Pour plus de détail voir Laurence IDOT, " Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques anticoncurrentielles devant les autorités de la concurrence", *Concurrences* no04, 2017.

50- Art. 37 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit.*

51- Voir la loi no 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, *JORA* n° 41 du 27-06-2004, modifiée et complétée par loi n° 10-06 du 15 aout 2010, *JORA* n° 46 du 18-08-2010.

52- Voir Emmanuel DAOUD & Sara ALBERTIN "L'autorité de la concurrence: les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense", *Revue Lamy de droit des affaires* n° 93, mai 2014, <http://lamyline.lamy.fr> , pp. 102-108.

53- Sur ce point voir Mayer BROWN, "Les enquêtes de la concurrence", *Revue Concurrences*, no04, 2017.

54-CA Paris, Arrêt no07/08196 du 19 juin 2007, *SA Société Generali Assurances IARD, Assurance Générale de France IART et Zurich Assurances* ; Arrêt no2008/11907 du 29 avril 2009, *La société HILIPS France, S.A.S, et autres*; Cass., Arrêt no 587 du 7 janvier 2011 ; Arrêt no 664 du 3 janvier 2008, www.légifrance.gouv.fr

55- Elisabeth FLAICHER-MANEVAL, "Moyens de preuve en droit de la concurrence : la loyauté s'impose", www.cms.law/fr/fra/publication

56- Nathalie JALABERT-DOURY, " Les déclarations en droit de la concurrence : la preuve d'infraction peut-elle se déduire de « certitudes probables » ?", *Concurrences* no 02, 2005, pp. 41-47.

57- CA Paris, 1ère Chambre, Section H, Arrêt du 13 décembre 2001, www.légifrance.gouv.fr

-
- 58- John CLARK, "Ententes : poursuites en l'absence de preuves directes", *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, n° 03, vol.9, 2007, pp. 65-103, <https://cair.info/>
- 59- Pour plus de détails sur les comportements indiciers voir, Cons. Conc. Décision no 04-D-03 du 18 février 2004 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par la direction régionale des douanes à Marseille pour la mise en conformité électrique de la cité de la Joliette, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 60- ADLC, Décision no09-D-20 du 20 janvier 2009, *précitée*.
- 61- Voir successivement les décisions du Conseil de la concurrence français, Décision no03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille ; Décision no03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 62- Conseil de la concurrence, Décision no06/2018 du 19 juillet 2018, *précitée*.
- 63-CneBab-Elouad, Marché no 294 du 14 avril 2016.
- 64 -Conseil de la concurrence, Décision no06/2018 du 19 juillet 2018, *précitée*.
- 65-*Ibid.*
- 66 -Voir Cons. Conc., Décision no07-D-36 du 07 novembre 2007 relative à un marché de travaux de rénovation d'enceinte maritime à Montigny- les- Metz, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 67- Jacques TALLINEAU, " La preuve de collusion dans les marchés publics au sein de l'union européenne", Actes de la journée d'étude sur *Les indices de collusion en matière des marchés publics en débat*, organisée par le Conseil de la concurrence, organisée par le Conseil de la concurrence, le 16 décembre 2015, *op.cit.*
- 68- ADLC, Décision n°13-D-09 du 17 avril 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la construction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 69- Cons. Conc., Décision no 05-D-19 du 12 mai 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre des marchés de construction des ouvrages d'art pour la réalisation de l'autoroute A84, dite "Route des Estuaires", dans le département de la Manche, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 70- CA Paris, Arrêt no 94/011132 du 15 mai 1996, www.légifrance.gouv.fr
- 71- CA Paris, Arrêt no2009/24813 du 16 septembre 2010, *La société RAFFALLI & CIE, S.A.R.L.*
- 72-ADLC, Pratique de l'autorité de la concurrence, *Rapport de 2012*, p. 186. www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 73- Cons. Conc., Décision no 06-D-08 du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault; Décision no 08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 74- CA Paris, Arrêt no 2006/07494 du 23 octobre 2007, *SNC Eiffage Construction Languedoc* ; Arrêt no 2009/01024 du 3 novembre 2009, *Compagnie française de transport*
-

interurbain ; Arrêt no 2009/02679 du 5 janvier 2009, *Ponsarlysarl et autres*, www.légifrance.gouv.fr

75 -Voir Arrêt de la CA Paris, Arrêt no 2000/01240 du 18 décembre 2001 ; Cass., Arrêt no 01-12.309 du 18 novembre 2003, www.légifrance.gouv.fr, voir également, Cons. Conc., Décision no 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'équipement pour la navigation aérienne, www.autoritedelaconcurrence.fr/

76 -Voir ADLC, Décision no 13-D-09 du 17 avril 2013, *précitée*.

77 -Voir Cons. Conc., Décision no 09-D-03 du 21 janvier 2009, *précitée*.

78 -Voir ADLC, Décision n°09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communication électroniques dans le département de la Martinique de la Guadeloupe et de la Guyane, www.autoritedelaconcurrence.fr/, voir également CJUE, Arrêt du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, point 275, www.eur-lex.europa.eu

79 ADLC, Décision n°12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, www.autoritedelaconcurrence.fr/

80 -Voir successivement les décisions de l'autorité de la concurrence française : Décision n°07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit ; Décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM; Décision n°10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération; Décision n°14-D-16 du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique, www.autoritedelaconcurrence.fr/

81 -CA Paris, Arrêt du 28 octobre 2010, *Maquet SA et Maquet GMBH & Co.kg*; Arrêt no2011-20125 du 28 mars 2013, *Société Allez et Cie et autres*, www.légifrance.gouv.fr

82 -ADLC, Décision n°18-D-19 du 24 septembre 2018 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'éclairage public en Ardèche, www.autoritedelaconcurrence.fr/

83 -ADLC, Décision n°12-D-25 du 18 décembre 2012, *précitée*.

84- Pour une étude bien détaillée sur le dommage concurrentiel Voir Nicolas DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, Presse universitaire de Perpignan, 2000, www.openedition.org

85- CA Paris, Arrêt no 2007-18040 du 8 octobre 2008, *La société SNEF, S.A*, www.légifrance.gouv.fr

86- CA Paris, Arrêt no 2010-12049 du 30 juin 2011 ; Cass., Arrêt no11-22.144 du 30 mai 2012, *Orange France*, www.légifrance.gouv.fr

87-*Ibid*.

88- Cass., Arrêt no 04-13910 du 28 juin 2005, *Novartis Pharma*, CA Paris, Arrêt no 2007-10371 du 17 septembre 2008, *Coopérative agricole l'Ardéchoise*, www.légifrance.gouv.fr

89- ADLC, Décision n°13-D-09 du 17 avril 20013, *précitée*.

90- ADLC, Décision n°12-D-25 du 18 décembre 2012, *précitée*.

-
- 91- Voir successivement : ADLC, Décision n°11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, www.autoritedelaconcurrence.fr/ ; Décision n°13-D-09 du 17 avril 2013 ; Décision n°16-D-02 du 27 janvier 2016; Décision n°18-D-19 du 24 septembre 2018, *précitées*.
- 92- Voir successivement les décisions du Conseil de la concurrence du 13 décembre 1998 relative aux pratiques mises en œuvre par la Société nationale des tabacs et allumettes (SNTA), unité de Tiaret (inédite) et du 23 juin 1999 relative aux pratiques mises en œuvre par l'Entreprise nationale des industries électroniques(ENIE), unité de Sidi-Bel-Abès (inédite).
- 93- Voir les arts.56, 62 et 62 bis de l'ordonnance no03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*.
- 94- CJUE, Arrêt du 26 juin 2006, pp.119-121, www.eur-lex.europa.eu
- 95- CA Paris, Arrêt no 2011-01228 du 29 mars 2012, *La société La société LA CROIX SIGNALISATION, S.A.S et autres* ; Arrêt no 2011/03298 du 11 octobre 2012 *La société ENTREPRISE H CHEVALIER NORD et autres* ; Cass., Arrêt no12-14401 du 18 septembre 2012, *Sephora et autres*, www.légifrance.gouv.fr
- 96- Cons. Conc., Décision n°08-D-15 du 2 juillet 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire ; Décision n°09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de transport maritime entre la Corse et le continent, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 97- Voir successivement les arts. 57, 58, 59, 62 et 62 bis de l'ordonnance no 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*.
- 98- Art. 60 de l'ordonnance no 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*.
- 99 -Sur ce point voir Florence THIBAULT, "La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de la concurrence françaises et communautaires", *Revue Internationale du Droit Comparé*, 2003, pp.487-490.
- 100- Art. 57 de l'ordonnance no 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*.
- 101- Art. 30 al. a de l'ordonnance no 03-03 relative à la concurrence (modifiée et complétée), *op.cit*.
- 102- ADLC, Décision no 09-D-06 du 5 février 2009, *précitée*.
- 103- CJUE, Rapport no 2011/1-08947 du 29 septembre 2011 relatif à l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles d'une filiale à sa société mère, présomption de l'exercice effectif d'une influence dominante, www.eur-lex.europa.eu
- 104- Cons. Conc., Décision no 03-D-17 du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes, www.autoritedelaconcurrence.fr/
- 105- Clarisse LECORRE et Emmanuel DAOUD, " La présomption d'influence déterminante : l'imputabilité à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale", *Revue Lamy Droit des Affaires* no76, novembre 2012, p. 86. Voir également, Michel DEBROUX,"
-

Sanction des cartels en droit communautaire : définition et conséquences d'une responsabilité de groupe", *Concurrences* no 01, 2008, pp. 2- 15.

106- Cons. Conc., Décision no 02-D-48 du 29 juillet 2002, *précitée*.

107-Voir les arts. 715 bis. du Code de commerce.

108- Voir successivement CE, Arrêt no 432981 du 12 octobre 2020 ; Arrêt no 420045 du 10 juillet 2020 ; Arrêt no 420491 du 27 mars 2020, www.legifrance.gouv.fr

109- Voir CA Paris, Arrêt no 06/22474 du 3 juillet 2008, www.legifrance.gouv.fr
; Cons. Conc., Décision no 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France, www.autoritedelaconcurrence.fr/