

Non classifié

DAF/COMP/GF/WD(2010)51

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

01-Feb-2010

Français - Or. Français

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

COLLUSION ET CORRUPTION DANS LES MARCHES PUBLICS

Contribution de la France

-- Session V --

Cette contribution est soumise par la France au titre de la session V du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 18 et 19 février 2010.

Contact: Hélène Chadzynska, Chef du programme du Forum mondial sur la concurrence
Tél : +33 1 45 24 91 05; Email : helene.chadzynska@oecd.org

JT03277824

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format



**DAF/COMP/GF/WD(2010)51
Non classifié**

Français - Or. Français

COLLUSION ET CORRUPTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

-- France --

Introduction

1. En France, les marchés publics reposent sur une réglementation abondante, détaillée dans le code des marchés publics : la procédure et la mise en œuvre des achats sont organisées à chacune de leurs étapes (décision de passer un marché, choix de la procédure, choix du titulaire, exécution du marché), restreignant significativement les marges de manœuvre de l'acheteur. Aux règles propres à la commande publique s'ajoutent les règles qui régissent l'activité des collectivités publiques et celle de leurs agents : principes généraux (principe de légalité, notion d'intérêt général), dispositions statutaires, règles déontologiques (désintéressement, probité, discrétion...).

2. Ce foisonnement de règles, dont l'objectif est d'assurer, par la transparence de l'information et l'intégrité des procédures, tant l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, que l'égalité des citoyens devant les charges publiques et la libre concurrence, devrait permettre de s'approcher de l'optimum concurrentiel, aucune entreprise ne devant être avantagée pour des raisons autres que ses mérites propres.

3. Pourtant, collusion et corruption continuent d'exister dans les marchés publics. Ainsi, le Service central de lutte contre la corruption observe-t-il que « *Ces multiples contrôles constituent autant de garde-fous destinés à garantir la régularité du processus d'achat... ... pourtant, les marchés publics restent, en France comme dans la plupart des pays, le support privilégié de la corruption publique* », d'où la « *situation paradoxale qui est faite aux marchés publics en France : d'un côté, la commande publique se caractérise par la lourdeur de la réglementation et des contrôles, de l'autre, on constate que les marchés publics restent plus que jamais le lieu de prédilection de pratiques déviantes* »¹.

4. Ce paradoxe n'est cependant qu'apparent et l'analyser permet de mieux comprendre le lien entre ces phénomènes distincts mais étroitement liés que sont collusion et corruption.

5. Il a ainsi pu être observé que la corruption était susceptible de se développer sous l'effet d'une asymétrie d'information souvent propre aux marchés publics : le demandeur n'a pas une connaissance précise de ses besoins ou des caractéristiques du produit qui lui est offert et fait appel à un spécialiste, en position d'intermédiaire prescripteur, par qui il est conseillé ou qui devient purement et simplement son mandataire.²

6. Le prescripteur détient alors un pouvoir potentiellement corruptible et la concurrence sur le marché concerné est susceptible d'être entravée, l'intermédiaire orientant le choix du demandeur public

¹ « L'audit de la corruption dans les marchés publics des collectivités publiques » Rapport annuel 2007.

² Voir « corruption et pratiques anticoncurrentielles » par F. Jenny, in *Pratiques et contrôle de la corruption*, Montchrestien, 1997.

non pas vers l'offre la plus performante mais en fonction de son propre intérêt. Du point de vue de l'offreur, la corruption est le moyen d'évincer les entreprises concurrentes pour l'obtention du marché.

7. Mais la corruption peut aussi constituer le prix à payer par plusieurs entreprises membres d'une entente pour pouvoir faire fonctionner et dissimuler cette dernière ; en ce cas, pratique anticoncurrentielle et corruption sont particulièrement liées. La corruption apporte des solutions aux problèmes des cartels. Le cartel doit en effet garantir le partage des rentes, s'assurer du respect des règles par tous ses membres et dissuader d'éventuels déviants de sortir du cartel. La corruption fournit des clés de répartition des rentes, des moyens de rétorsion contre les déviants et crée des barrières à l'entrée.

8. L'entente organise un simulacre de concurrence qui vise la réalisation de surprofits pour chaque membre de la coalition et la protection du prescripteur qui cherche à échapper au soupçon³. Il s'agit alors de faire en sorte que l'offreur choisi apparaisse comme le plus compétitif, et que d'autres offres, dites de « couverture » dissimulent le choix préétabli. Mise en place sur un marché, une entente mène naturellement à une autre par un processus de compensation et pour que chaque entreprise effectuant une offre de complaisance, puisse à son tour, en contrepartie, bénéficier d'un contrat sur un autre marché public.

9. Il résulte de ces ententes concertées dans un contexte de corruption un surcoût de la commande publique qui se répercute finalement sur les contribuables ; la gravité de ce phénomène est donc un sujet de préoccupation récurrent. Dans les affaires où le préjudice de l'acheteur public a été estimé, le surcoût estimé dû à l'absence de concurrence varie de 15 % et 30 %.

10. Dans le contentieux de l'Autorité de concurrence, le nombre d'affaires relatives à des ententes dans le cadre de marchés publics démontre la fréquence des pratiques collusives, notamment par échanges d'informations. Pourtant, les amendes infligées aux entreprises y participant peuvent être très lourdes voire assorties d'une condamnation pénale pour les personnes impliquées.

11. La fréquente coexistence de la corruption de l'acheteur et des collusions entre entreprises soumissionnaires dans les affaires de marchés publics rend nécessaire le cumul de la répression pénale et administrative (1). A cet effet, l'Autorité de la concurrence et les juridictions pénales mettent en œuvre les instruments de lutte contre la collusion et la corruption dans les marchés publics dont elles disposent (2) et les interactions et passerelles procédurales entre ces instances doivent permettre d'accroître l'efficacité de la répression (3).

1. Les instruments de lutte contre la collusion et la corruption dans les marchés publics

1.1 Le droit de la concurrence, arme contre la collusion et la corruption

12. Le droit de la concurrence sanctionne les pratiques d'entente en matière de marchés publics ; il peut jouer un rôle à la fois dissuasif et répressif et prendre une place utile entre les règles formelles relatives aux marchés publics, dont le non-respect est sanctionné par la nullité des contrats, les actions en responsabilité, et la sanction pénale.

13. Dans le domaine de la commande publique, l'Autorité de la concurrence, qui a succédé au Conseil de la concurrence, s'intéresse presque exclusivement aux pratiques des offreurs et laisse aux juridictions administratives, financières ou pénales le soin d'examiner les comportements des demandeurs publics.

³ Voir « *Corruption et pratiques anticoncurrentielles : une première réflexion à partir d'une étude de cas* », Jean Cartier –Bresson, Petites Affiches, 1^{er} juillet 1999.

14. Toutefois, indépendamment de leur éventuelle responsabilité administrative, voire pénale, les maîtres d'ouvrage qui ont activement contribué à la mise en œuvre d'une entente par fourniture de moyens et qui exercent une activité économique sur un marché peuvent être sanctionnés pour entente anticoncurrentielle au même titre que les entreprises (décision 05-D-61 du 9 novembre 2005). Des assistants au maître d'ouvrage ou tout professionnel apportant son aide à la commission de l'entente pourraient aussi être retenus comme responsables de l'entente. Tel a été le cas d'une société d'assistance à la maîtrise d'ouvrage dans l'affaire 07-D-15 du 9 mai 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île de France confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 2008 (Eiffage) (voir aussi arrêt du TPICE, 8 juillet 2008, Treuhand AG) .

15. Si l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier, au regard des règles du droit de la concurrence, les pratiques mises en œuvre par des entreprises visant à fausser la consultation, elle ne l'est pas pour apprécier la légalité d'un appel d'offres, ou d'une délégation de service public, dont seul le juge administratif compétent peut être saisi.

16. En effet, les juridictions administratives, dont le rôle consiste à contrôler la légalité des actes administratifs, ne sont pas exclues du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, eu égard à l'intensification des interventions économiques des personnes publiques.

17. Les juges administratifs ont vocation à contrôler l'action administrative, qui doit respecter le cadre légal dans lequel elle doit être mise en œuvre ; or le droit de la concurrence et en particulier les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles font partie du bloc de légalité : les règles de concurrence s'imposent aux pouvoirs publics non seulement quand ils assurent des prestations économiques mais également quand ils en supervisent l'organisation.

18. A ce titre, le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'un acte détachable d'un contrat ou par le biais d'un déféré préfectoral pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, peut contrôler la légalité de celui-ci au regard du droit de la concurrence et en prononcer l'annulation. C'est par ce mécanisme que peut être contrôlé, par exemple, l'allotissement retenu, une décision de refus ou d'acceptation de la candidature d'un groupement au motif que sa constitution violerait des règles de concurrence. Il s'agit donc de mécanismes qui permettent de prévenir les risques d'ententes du fait des choix du pouvoir adjudicateur dans les modalités des procédures de passation des marchés publics.

19. Même si la juridiction administrative ne peut prononcer de sanction, elle constitue donc un rouage essentiel d'intervention dans ce domaine.

1.2 La pratique de l'Autorité de la concurrence s'agissant de la collusion dans les marchés publics

20. L'analyse de la pratique décisionnelle du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence permet de constater qu'en matière d'entente dans les marchés publics toutes les administrations publiques peuvent être concernées, administration centrale de l'État, collectivités territoriales, administrations de sécurité sociale, et que c'est le secteur des marchés relatifs à la construction et aux travaux publics qui est le plus affecté ; ces pratiques engendrent un coût pour la collectivité et un réel dommage à l'économie, c'est pourquoi l'Autorité s'attelle à poursuivre et à sanctionner avec détermination ce type de comportement.

21. Ainsi, chaque année, entre 16 et 28 % des sanctions prononcées par l'Autorité, au titre de ses fonctions contentieuses, concernent des affaires de marchés publics, soit une moyenne de 13 affaires par an entre 2004 et 2008.

22. Les *échanges d'information*, plus ou moins formalisés et organisés, constituent la première (et parfois la seule) phase de la mise en œuvre d'une entente et peuvent gravement perturber la loyauté d'un

appel d'offres et fausser le jeu de la concurrence. Ils peuvent aussi constituer les seuls indices d'ententes, les preuves d'une répartition de marchés faisant défaut.

23. Récemment encore, l'Autorité de la concurrence soulignait qu'« à de multiples reprises, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'en matière de marchés publics sur appel d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente 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 »⁴.

24. Si certaines pratiques peuvent clairement avoir pour objet de fixer des niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions ou de désigner à l'avance le futur titulaire du marché en le faisant apparaître comme le moins disant, il n'en demeure pas moins que « *de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres* »⁵.

25. Les pratiques *d'offres de couverture* (simulation de concurrence par la présentation d'offres rédigées de telle sorte qu'elles ne seront pas sélectionnées au profit de l'offre qui doit être couverte) *et les accords de répartition des marchés* constituent les formes les plus abouties, souvent liées, de comportements anticoncurrentiels. En particulier, dans le cas des appels d'offres complexes, l'entente n'est pas réalisable sans une *concertation organisée* nécessitant réunions et arbitrages. Il est admis que la preuve soit rapportée par un faisceau d'indices, éléments non susceptibles de constituer une preuve à eux seuls, mais dont la gravité, la précision, l'accumulation et la concordance permettent de considérer la pratique comme établie.

26. Une affaire d'envergure exceptionnelle peut être signalée à ce titre.

27. Dans une décision de 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France le Conseil de la concurrence a sanctionné, à hauteur de 48 millions d'euros, 34 entreprises de BTP pour entente généralisée sur les marchés publics d'Île-de-France, décision confirmée par la Cour d'appel et la Cour de cassation⁶.

28. De 1991 à 1997, les principales entreprises du secteur se sont entendues pour répartir les marchés de travaux publics d'Île-de-France, entre elles ou entre leurs filiales, entraînant avec elles de nombreuses autres entreprises. Au total, ce sont les appels d'offres d'une quarantaine de marchés qui ont été faussés. Dans le cadre de cette entente générale, les grandes entreprises du secteur répartissaient les travaux à venir entre les sociétés de leur groupe en procédant à des "tours de table", réunions au cours desquelles les responsables des entreprises se réunissaient, exprimaient leurs vœux pour les chantiers futurs, et veillaient au respect des attributions prévues. Le partage des marchés a fonctionné sur une longue période et reposait sur un système très élaboré de répartition ; sa mise en œuvre s'est traduite par un courant habituel

⁴ Décision n° 09-D-18 du 2 juin 2009 relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille et Décision n°09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse.

⁵ Décision n° 09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées (décision ayant fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Paris, affaire pendante).

⁶ Décision 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France, Cour d'appel de Paris, arrêt du 24 juin 2008 (société France Travaux), Cour de cassation, arrêt du 13 octobre 2009.

d'échanges d'informations et par la pratique d'offres de couverture. Le respect de la clé de répartition était garanti par la comptabilisation des avances et retards de chaque entreprise et par un système de compensations qui pouvaient consister dans le versement de sommes d'argent, l'octroi de travaux en sous-traitance officielle ou occulte ou encore par la constitution de sociétés en participation.

29. Mais, les entreprises peuvent aussi s'entendre pour ne pas répondre à un appel d'offres, les *échanges d'information visant alors à s'abstenir de soumissionner*. Le Conseil a ainsi sanctionné, à hauteur de 2,6 millions d'euros, cinq entreprises commercialisant des défibrillateurs cardiaques implantables pour s'être entendues afin de ne pas répondre à un appel d'offres national lancé en 2001 par dix-sept centres hospitaliers qui s'étaient regroupés pour acheter leurs défibrillateurs sur deux ans, afin de bénéficier de meilleures conditions de prix et de service.⁷ Les entreprises s'étaient réunies à plusieurs reprises, dès l'annonce du projet d'appel d'offres groupé et jusqu'à deux semaines avant la date limite de dépôt des offres et avaient défini leur stratégie commune consistant à ne pas répondre à l'appel d'offres, à écrire au maître d'ouvrage pour soulever des points techniques, et à expliquer individuellement leur absence de réponse. L'entente a mis en échec la nouvelle procédure d'achats groupés et l'a découragée pour l'avenir, concernant les dispositifs médicaux. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel⁸.

30. Il convient de noter que le Conseil a, à plusieurs reprises, rappelé la vigilance nécessaire des maîtres d'ouvrage, et leur rôle dans l'animation de la concurrence, notamment dans l'appel au groupement et dans la constitution des lots : ils ont toujours la faculté de refuser l'offre d'un groupement sur le seul soupçon que son objet serait anticoncurrentiel et ont « toujours la possibilité de diviser le marché offert et de fixer le règlement des appels d'offres en constituant des lots tels que le plus grand nombre d'entreprises puissent individuellement y concourir, et en se ménageant la possibilité de refuser a priori, selon des critères dont ils sont juges, que les entreprises se groupent »⁹.

31. Le pouvoir adjudicateur a aussi la charge de veiller à l'égal accès des soumissionnaires aux informations disponibles (notamment en cas de renouvellement d'un marché ou d'une délégation, afin que l'entreprise sortante ne dispose pas d'un avantage comparatif trop important par rapport aux concurrents), à rédiger le cahier de charges de façon à ce qu'elle n'avantage pas certaines entreprises, notamment par le choix de spécifications techniques qui avantagent leurs produits ou services¹⁰ ou encore le manque de clarté du règlement de consultation se prêtant à une discrimination entre concurrents¹¹.

32. Les juridictions administratives confirment que maîtres d'ouvrage, collectivités acheteuses ou autres entités adjudicatrices ont une responsabilité particulière dans la prévention des ententes entre entreprises. Ils doivent écarter les offres dont ils savent qu'elles résultent de pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires et de façon plus générale, veiller à ce que les règles de libre concurrence soient effectivement respectées¹².

33. Ainsi, bien qu'il ne revienne pas aux maîtres d'ouvrage de se substituer aux autorités de concurrence et aux juridictions pour établir l'existence de pratiques illicites et les sanctionner, ils peuvent

⁷ Décision 07-D-49 du 19 décembre 2007.

⁸ Arrêt du 8 avril 2009.

⁹ Décisions 05-D-19, 05-D-26 et 05-D-70.

¹⁰ Décision du Conseil de la concurrence 92-D-62 ; Cour d'appel de Paris, 7 mai 1997 et Cour de cassation, 18 mai 1999 : affaire Biwater.

¹¹ Décision 03-MC-01.

¹² Arrêt du 6 février 2003 du Tribunal administratif de Bastia, arrêt du CE, 28 avril 2003, Fédération nationale des géomètres experts.

contribuer à la lutte contre les ententes de plusieurs façons : en prévenant les ententes par leur politique d'appels d'offres, en détectant les entreprises qui ont échangé des informations et en saisissant l'Autorité de la concurrence, en liaison avec les agents de l'État chargés de veille concurrentielle ».

34. Il faut toutefois souligner que, selon la pratique décisionnelle constante, le comportement, ou l'inexpérience, du maître de l'ouvrage, à l'occasion d'un appel d'offres, même s'il est susceptible de faciliter les pratiques irrégulières des entreprises, ne peut faire échec à l'application des règles de concurrence.

35. Ainsi, dans une récente décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales, l'Autorité de la concurrence a relevé que « *selon la jurisprudence, les pratiques utilisées par le maître de l'ouvrage à l'occasion d'un appel d'offres, même si elles facilitent les pratiques irrégulières des entreprises, ne peuvent pas faire échec à l'application des dispositions de (...) l'article L. 420-1 du code de commerce, dès lors que sont établies à l'encontre des sociétés des pratiques tendant à fausser le jeu de la concurrence (chambre commerciale de la Cour de cassation, 12 janvier 1993, SA Sogea)* ». ¹³

36. Les sociétés de transport auxquelles il était reproché d'avoir pris part à la concertation anticoncurrentielle, en utilisant la constitution d'un seul groupement par lot pour procéder à une répartition du marché des transports scolaires du département, avaient en effet tenté de mettre en avant le rôle joué par le donneur d'ordre, qui aurait lui-même suggéré la formation de groupements pour répondre à l'appel d'offres.

1.3 Les outils de la répression pénale en matière de marchés publics

1.3.1 Les délits spécifiques : délit de pratiques anticoncurrentielles et favoritisme

L'article L. 420-6 du code pénal

37. Avant 1986 tout fait d'entente ou d'abus de position dominante était puni d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatre ans.¹⁴ La compétence pour contrôler et sanctionner ces pratiques relevait donc des tribunaux répressifs. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁵ a procédé à une large dépenalisation du droit de la concurrence et a marginalisé les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité pénale en cas de mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Désormais, l'article L. 420-6 du code de commerce dispose: « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2* ».

38. Cette possibilité d'incrimination des personnes physiques constitue un complément indispensable des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence, qui, elle, ne peut sanctionner que les personnes morales.

39. Cependant les sanctions pénales à ce titre sont encore très fréquentes¹⁶; le caractère frauduleux de la pratique, qui exclut par exemple la simple négligence de la personne poursuivie, rend en effet

¹³ Décision 09-D-03 (décision ayant fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Paris, affaire pendante).

¹⁴ Ordonnances n°45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945.

¹⁵ Ordonnance n°86-1243, 1^{er} décembre 1986.

¹⁶ Néanmoins, sur les huit dernières années, concernant des pratiques pénalement sanctionnables dans la commande publique (indifféremment 420-6 ou favoritisme), les parquets sont « saisis » en moyenne par la DGCCRF de 22 affaires par an ; compte-tenu d'un taux moyen de classement de 40 %, ce sont plus de 13 affaires différentes dans le domaine de la commande publique qui sont jugées chaque année par les

l'appréciation des faits délicate, ce qui explique que les condamnations à ce titre soient prononcées principalement dans les cas de cartels en matière de marchés publics et lorsque les faits dénoncés s'accompagnent par exemple de corruption, le caractère frauduleux étant alors aisé à démontrer.

40. Les éléments constitutifs de l'infraction pénale reposent en grande partie sur les mêmes pratiques que les infractions administratives que réprime l'Autorité : il faut caractériser les pratiques visées aux articles L.420-1 (entente) et L. 420-2 (abus de position dominante) du code de commerce.

41. Il est à noter que cette infraction sert parfois de clé d'entrée pour la poursuite d'autres infractions pénales (corruption, favoritisme, abus de biens sociaux ...), les ententes dans les marchés publics étant souvent liées à ces infractions et nécessitant souvent « la passivité ou la complicité active des organes administratifs qui sont capables de détecter les ententes ou tout du moins les subodorer »¹⁷.

1.3.2 Le délit de favoritisme

42. Le délit d'« octroi d'avantage injustifié », plus connu sous le nom de « favoritisme », institué en 1991¹⁸ et réprimé par l'article 432-14 du code pénal, forme aujourd'hui l'essentiel du contentieux pénal des marchés publics.

43. Il s'agit d'une infraction pénale spécifique au droit de la commande publique, susceptible de sanctionner des atteintes au droit de la concurrence, en particulier par les acheteurs publics.

44. Aux termes de cet article : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

45. Il en va ainsi par exemple, de l'octroi d'informations privilégiées accordées à un candidat au marché¹⁹, du défaut d'allotissement (passation d'un marché global, alors que l'hétérogénéité des fournitures aurait justifié l'allotissement, dès lors que la mise en concurrence a été organisée de telle manière que la société adjudicataire était seule en mesure de répondre au marché)²⁰, de l'insertion dans un cahier des charges de clauses techniques qui ne peuvent être satisfaites que par une seule entreprise ou le fait de procéder à des reconsultations ou déclarations d'infructuosité dans le but de permettre à un candidat déterminé d'être attributaire d'un marché²¹.

tribunaux de l'ordre pénal, (le nombre total des affaires pénales dans la commande publique est des les faits supérieur dans la mesure où la procédure de l'article 40 du CPP peut être initiée par tout fonctionnaire).

¹⁷ Jean Cartier –Bresson, « *Corruption et pratiques anticoncurrentielles : une première réflexion à partir d'une étude de cas* », Petites Affiches, 1^{er} juillet 1999.

¹⁸ Loi n°91-3 du 3 janvier 1991.

¹⁹ Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87.898.

²⁰ Cass. crim., 20 mai 2009, n° 08-87.354.

²¹ Id note23.

46. Ces pratiques relevant du délit de favoritisme peuvent d'ailleurs constituer parallèlement une violation du droit de la concurrence.

47. Les opérateurs économiques ayant bénéficié du délit de favoritisme ou des pratiques anticoncurrentielles peuvent en outre être poursuivis de recel de délit de favoritisme ou pour recel de l'infraction prévue à l'article L. 420-6 du code de commerce. Le chef de complicité de ces délits peut également être retenu à l'encontre de personnes qui ne seraient pas visées par le délit principal.

1.3.3 *Le délit de corruption*

48. Par ailleurs, la corruption est traditionnellement réprimée par le code pénal à travers les délits de corruption passive et de trafic d'influence²² et de corruption active²³.

49. La corruption est ainsi un délit à deux facettes : d'une part, la corruption passive du corrompu qui est celui qui détient le pouvoir et accepte ou sollicite un don ou un avantage quelconque en contrepartie d'un acte entrant dans sa mission et qu'il accomplit favorablement pour le corrupteur et, d'autre part, la corruption active du corrupteur qui est celui qui remet ou propose le don ou l'avantage en échange du service rendu par le fonctionnaire, l'élu ou le gestionnaire véral. Le pacte passé entre le corrompu et le corrupteur prend notamment la forme d'une rémunération sous forme de pots-de-vin qui permet de faire accélérer une procédure pour obtenir un marché public. Cette notion de contrepartie entre deux personnes différencie principalement ce délit du délit de favoritisme.

50. Le trafic d'influence a une finalité différente ; son auteur est supposé abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir un contrat ; il se présente donc comme un intermédiaire entre le bénéficiaire potentiel et le destinataire de cet abus. On parle de trafic actif lorsque l'initiative est prise par

²² Article 432-11 du code pénal : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :*

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

²³ Article 433-1 du code pénal : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui, afin :*

1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou d'abuser de son influence dans les conditions visées au 2° »

un particulier qui demande à la personne influente d'en abuser et de trafic passif lorsque l'initiative est prise par la personne influente.

51. Les sanctions encourues, très lourdes, font de la corruption et du trafic d'influence l'arsenal répressif le plus grave en matière de commande publique.

52. Par ailleurs, il existe de nombreux autres délits, notamment financiers de droit commun, dans le champ d'application desquels peuvent parfois entrer les atteintes au droit de la concurrence dans les marchés publics : la prise illégale d'intérêt (article 432-12 du code pénal), l'abus de confiance (article 314-1 du code pénal), l'escroquerie (article 313-1 du code pénal), l'abus de biens sociaux (articles L. 242-6 et L. 242-30 du code de commerce), le faux en écriture publique (article 441-1 du code pénal) ou la subornation de témoins (article 434-15 du code pénal)...

53. Si une entente complexe peut parfois impliquer la combinaison de plusieurs infractions pénales, les violations du droit de la concurrence dans les marchés publics ne recourent pas systématiquement les éléments constitutifs de ces délits pénaux, si bien que l'application du droit pénal ne peut se faire qu'au cas par cas.

2. L'articulation de la lutte contre la collusion et contre la corruption

2.1 L'affaire des lycées d'Île de France

54. Dans une décision de 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île de France²⁴, le Conseil a sanctionné une entente générale de répartition des marchés entre les grands groupes du BTP et leurs filiales, concernant le programme de rénovation des lycées d'Île de France, portant sur 88 marchés d'entreprises de travaux publics passés de 1989 à 1997 en sept vagues successives pour un montant total de 10 milliards de francs.

55. Cette entente générale a été conclue dès le lancement du programme de construction par le biais de réunions de répartition, de contacts directs entre les entreprises ou d'échanges d'informations ; elle a fonctionné pendant 7 ans sous l'égide de Patrimoine Ingénierie, assistant du maître d'ouvrage, selon un mode opératoire toujours identique : chaque entreprise, présélectionnée, faisait en sorte, soit d'obtenir l'attribution du marché en indiquant à ses « concurrents » les marchés sur lesquels ses choix s'étaient portés et en leur communiquant ses prix, soit d'y renoncer en déposant une offre de prix délibérément majorée (offre de couverture). La bonne exécution de ce partage général des marchés était garantie par Patrimoine Ingénierie, qui, en amont, donnait des informations aux entreprises sur les opérations à venir, et, en aval, veillait à ce que l'entreprise pressentie obtienne bien le marché.

56. Le Conseil a énoncé aussi, à l'occasion de cette décision, que n'exonère pas les entreprises de leur responsabilité le fait de démontrer que la pratique n'aurait pas eu d'effets anticoncurrentiels (comme une hausse de prix), puisque qu'il suffit pour prononcer une sanction de démontrer que l'accord avait un objet anticoncurrentiel, ni que le maître de l'ouvrage était à l'origine de l'entente et a participé activement à sa mise en œuvre, puisque la responsabilité de l'incitateur et du meneur n'exclut pas celle des suiveurs, sauf à démontrer une contrainte irrésistible.

²⁴ Décision 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île de France- Cour d'appel, 3 juillet 2008, Eiffage- Cour de cassation, 13 octobre 2009, société Spie.

57. Soulignant l'extrême gravité du comportement des entreprises et le dommage particulièrement grave causé à l'économie, le Conseil a prononcé des sanctions exemplaires, à hauteur de 5 % du chiffre d'affaires des intéressées - soit le maximum autorisé par la législation alors applicable.

58. Parallèlement à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, cette affaire a donné lieu à des poursuites et à des condamnations pénales; elle a montré, dans une ampleur exceptionnelle, comment peuvent s'imbriquer les pratiques de collusion, de favoritisme et de corruption, le tout ayant contribué à la mise en place d'un système de financement de partis politiques.

59. Il est ainsi apparu que l'exécutif régional et ses représentants avaient favorisé l'entente entre les filiales des grands groupes de travaux publics en vue d'une répartition « équitable » entre elles des marchés des lycées d'Île de France, et avaient exigé en contrepartie des entreprises qu'elles financent, par des rétrocessions de prix, les partis politiques représentés à la Région et dont les membres siégeaient notamment à la commission d'appels d'offres.

60. Ce dispositif frauduleux a ainsi fonctionné au prix de violations des règles du code des marchés publics, des règles de concurrence et de la législation pénale.

61. Il a pu opérer pendant plusieurs années notamment par l'intervention du bureau d'études Patrimoine Ingénierie (cette société étant elle même attributaire, par des procédés relevant du délit de favoritisme, de 170 marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage sur les 214 conclus par le conseil régional), dont la mission très étendue (analyse des dossiers d'appels d'offres établis par le maître d'œuvre et des candidatures, mise au point des marchés et organisation de leur exécution...) traduisait « *la volonté du (conseil régional) d'(en) faire son assistant permanent et de lui déléguer une part importante de ses prérogatives pour en faire (...) le pivot du dispositif frauduleux.* »²⁵

62. Sous une apparente régularité formelle, les juridictions pénales ont en outre constaté un recours systématique, contraire aux règles relatives aux marchés publics, à la procédure particulière du marché d'entreprise de travaux publics, qui permet des appels d'offres restreints, ainsi que des anomalies du fonctionnement de la commission des appels d'offres au sein de laquelle ont été constatées des pratiques de corruption qui ont contribué à l'ensemble du dispositif.

63. Les entreprises bénéficiaires des marchés publics se sont concertées et ont obtenu, du cabinet de l'exécutif régional d'Île de France et du bureau d'études précité, des informations privilégiées sur les estimations prévisionnelles de chaque opération, les noms et les prix des autres candidats ou groupements retenus lors de la sélection, ce qui a permis un alignement des offres, et ce dans le cadre d'une règle de répartition plus large entre les grands groupes du secteur imposée par l'exécutif de la région lui même. Le délit de favoritisme visait donc à garantir la mise en œuvre de l'entente entre les entreprises affiliées aux grands groupes du BTP en vue de se répartir la commande publique.

64. La Cour d'appel a ainsi jugé que les partis politiques ont imposé aux entreprises, comme condition de leur accès à la commande publique, l'engagement de leur rétrocéder un pourcentage du prix des marchés obtenus.

65. Elle a conclu également que « l'entente organisée entre les entreprises, avec l'accord du maître de l'ouvrage, renforçait le pouvoir d'influence des membres de l'exécutif régional et des partis politiques sur les entreprises qui se sentaient « redevables » des contributions financières qui leur étaient réclamées », caractérisant le pacte de volonté constituant le délit de corruption et de trafic d'influence.

²⁵ Arrêt Cour d'appel de Paris 27 février 2007.

66. Les cadres et dirigeants de ces entreprises ont été condamnés des chefs d'abus de confiance ou d'abus de biens sociaux, de corruption et d'ententes illicites pour fausser ou restreindre le jeu de la concurrence, les fonctionnaires territoriaux et le délégué du conseil régional pour favoritisme et atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès dans les marchés publics, enfin, les trésoriers, collecteurs de fonds et élus des partis politiques pour complicité et recel de corruption et de trafic d'influence.

67. On peut noter que la Cour de cassation a notamment précisé, à l'occasion de l'examen de cette affaire, que le recel de corruption n'exige pas que le receleur ait tiré un profit personnel des choses recelées, et a justifié la décision de condamnation d'un dirigeant d'une entreprise de travaux public en relevant qu'une offre de couverture simulant une proposition concurrente pour faire apparaître une autre entreprise comme mieux-disante est bien de nature à entraver le libre jeu de la concurrence et susceptible de provoquer une hausse artificielle des prix.²⁶

2.2 L'affaire des enrobés bitumeux du département de Seine-Maritime

68. L'affaire des enrobés bitumeux du département de Seine-Maritime est emblématique d'une situation de collusion et de corruption dans les marchés publics, tant par la durée des pratiques en cause, près de dix années, que par le montant du surcoût pour la collectivité qui s'est élevé, selon une hypothèse basse, à plus de 24,8 millions d'euros de 1992 à 1998 (soit un peu plus de 10 % du montant du marché).

69. A la fin des années 1980, le Conseil général de Seine-Maritime a décidé de lancer un vaste programme de rénovation de son réseau routier portant sur 2 500 km de routes. Le marché nécessitait l'épandage de 200 000 à 350 000 tonnes d'enrobés pour un budget annuel de 23 à 38 millions d'euros.

70. Le 14 mars 1994, grâce à des informations communiquées par une entreprise plaignante, le ministre de l'Économie demandait à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) une enquête sur la situation des travaux routiers, notamment la fourniture d'enrobés bitumineux, dans le département de Seine-Maritime.

71. Sur autorisation des présidents des Tribunaux de grande instance (TGI) de Rouen et Dieppe, la DGCCRF est intervenue dans les entreprises avec des pouvoirs de perquisition ; elle a procédé à des saisies de documents et des auditions de responsables des sociétés.

72. Un rapport d'enquête relatant le déroulement de la procédure et présentant les éléments probants recueillis a ensuite été rédigé.

73. Saisi du dossier, le Conseil de la concurrence a condamné, le 15 décembre 2005, plusieurs sociétés de travaux publics, filiales pour la plupart de grands groupes. Le Conseil a ainsi sanctionné ces entreprises qui s'étaient regroupées pour constituer des centrales de fabrication d'enrobés bitumineux et répondre aux appels d'offres pour infractions à la réglementation sur les actions concertées, ententes ou coalitions 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, pour un montant total de 33,66 millions d'euros.

74. Cette condamnation a été confirmée en appel et le recours en cassation a été rejeté.

75. Parallèlement, une action a été entreprise afin rechercher d'éventuelles responsabilités pénales de la part des personnes physiques ayant pris une part personnelle frauduleuse et déterminante dans l'organisation de cette entente.

²⁶ Cass. Crim, arrêt du 20 février 2008.

2.3 *Le marché des enrobés en Seine-Maritime*

76. Pour la fabrication des enrobés, les professionnels utilisent deux types de centrale. Dans les deux cas, la création de ces centrales qui peuvent engendrer des répercussions sur l'environnement requiert une autorisation préfectorale.

- La *centrale mobile*, utilisée à flux continu, est adaptée à un chantier ponctuel qui monopolise sa production et qui doit donc être suffisamment important pour rentabiliser son installation
- Pour un investissement compris entre un million et demi et quatre millions et demi d'euros, l'utilisation d'une *centrale fixe* autorise le stockage d'enrobés de qualités différentes, l'approvisionnement de clients multiples, pour des chantiers mettant en œuvre des tonnages moindres que la centrale mobile. Ce type de centrale était adapté aux demandes du département de Seine-Maritime, lequel recourait, pour la mise en œuvre des enrobés, à des marchés fractionnés à bons de commande pluriannuels, regroupant des commandes d'importance variée et géographiquement dispersées.

77. Dans son jugement du 11 septembre 2008, le tribunal de Rouen note par ailleurs que les coûts de fabrication et de transport des enrobés représentent respectivement 80 % et 10 % du montant des travaux, ce qui permet aux entreprises de travaux publics actionnaires de centrales où elles peuvent s'approvisionner à un tarif privilégié, de jouir d'un « avantage non négligeable ».

2.4 *Le comportement collusif des entreprises d'enrobés bitumeux*

78. Dans la décennie 1990, ces entreprises de travaux publics s'étaient entendues sur une clé de répartition des tonnages d'enrobés destinés aux routes de Seine-Maritime, pour l'exécution de l'ensemble des marchés. Elles échangeaient des informations sur les tonnages mis en œuvre de façon à s'assurer que chacune respecte son quota et rétablir tout déséquilibre, le cas échéant en recourant à la sous-traitance.

79. Les membres de l'entente se rencontraient régulièrement lors des appels d'offres du département afin de déterminer les groupements attributaires de chaque lot, leurs concurrents se contentant de faire des offres de couverture ; lors de la publication des programmes de travaux en début d'année afin de se répartir les chantiers en fonction des tonnages auxquels chacun pouvait prétendre.

80. Elles concouraient en groupements dépourvus de justification économique ou financière. Ces groupements faussaient les prix, lesquels n'étaient plus fixés par le libre jeu du marché dès lors que les offres de couverture trompaient nécessairement le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché des enrobés.

81. Elles allaient même jusqu'à intriguer contre les concurrents susceptibles de perturber l'entente, constituant, par exemple, des pseudo-associations de défense de l'environnement pour empêcher la construction d'une centrale d'enrobés rivale.

82. Ces pratiques ont perduré grâce au soutien de fonctionnaires qui par leurs actions ont pérennisé le système en place.

83. Deux fonctionnaires en poste à la direction départementale des infrastructures avaient constaté que les mêmes lots étaient attribués aux mêmes groupements et que les prix étaient reconduits d'un appel d'offres à l'autre.

84. Ils en avaient conclu qu'une entente existait.

85. Or, ils ne se sont pas opposés aux groupements et n'ont pas alerté les élus, auprès desquels ils avaient pourtant un poids prépondérant du fait de leurs connaissances techniques. Ils sont même allés jusqu'à pérenniser l'entente par leurs actions : en premier lieu, en exigeant une caution couvrant 100 % du marché ce qui défavorisait les petites entreprises susceptibles de venir concurrencer les majors déjà en place et en second lieu, en insérant une clause exigeant des candidats la possession d'une centrale opérationnelle à la date de remise des offres. Compte tenu des délais très courts entre la publication et la remise des offres, cette clause, à l'intérêt restreint, rendait impossible son respect pour tout candidat ne disposant pas d'une centrale fixe dans le département.

86. Ces actions ont ainsi favorisé les sociétés attributaires des marchés précédents, déjà en possession de centrales d'enrobés. Il y avait donc une barrière à l'entrée sur le marché d'ordre contractuel, insérée dans le cahier des charges des appels d'offres.

87. Des fonctionnaires ont bénéficié d'avantages au préjudice d'entreprises de travaux publics.

88. Ces deux fonctionnaires ont bénéficié, de la réalisation de travaux de recouvrement d'enrobés bitumeux à titre gratuit dans leur propriété. Ils se sont vus également offrir des voyages d'agrément pour eux-mêmes et leur famille, d'un prêt gratuit de véhicule et le financement d'heures de vol nécessaires au maintien d'une qualification.

2.5 La réparation des préjudices

89. Le Conseil de la concurrence a considéré que le dommage à l'économie résultait de la durée importante des pratiques et de la majoration des prix, hors concurrence, pendant cette période. Selon une hypothèse basse, l'acheteur public aurait été victime, de 1992 à 1998, d'un surcoût annuel de l'ordre de trois millions et demi d'euros, sur la seule année 1998 un surcoût de 16,45 % a été estimé, soit 4,95 millions d'euros.

90. Le Conseil de la concurrence n'a pas la possibilité d'indemniser les victimes de leur préjudice. Celles-ci doivent donc obtenir réparation devant une juridiction de l'ordre judiciaire.

91. L'acheteur public s'est donc constitué partie civile devant le tribunal de grande instance, à l'encontre des personnes physiques responsables des entreprises et des deux fonctionnaires de son service achat. Onze personnes physiques et sept sociétés ont ainsi été condamnées solidairement à réparer le préjudice matériel pour un montant de 4,95 millions d'euros.

92. Au titre du préjudice moral, le tribunal a accordé à l'acheteur public un euro symbolique que devront verser solidairement les deux fonctionnaires territoriaux. .

2.6 La condamnation pénale

93. Les personnes physiques ayant pris une part personnelle frauduleuse et déterminante dans l'organisation de l'entente ont été condamnées à des peines allant jusqu'à 18 mois de prison avec sursis et 40 000 euros d'amende soit au total 144 mois de prison avec sursis et 269 000 euros d'amendes. Ce système de condamnation pénale renforce le dispositif de sanction des pratiques anticoncurrentielles en France.

94. Cette pratique d'entente entre entreprises dans le cadre d'un marché public a perduré pendant des années et ce, grâce à l'appui de fonctionnaires en place qui bénéficiaient des connaissances techniques et d'une position privilégiée afin de conseiller les élus dans le choix des candidats.

95. Cet exemple est révélateur de la relation étroite qui peut exister entre la pratique anticoncurrentielle des entreprises et le développement de pratiques pénalement sanctionnables qui sont assimilables à de la corruption. La poursuite d'une pratique anticoncurrentielle sur plusieurs années est à l'évidence facilitée par la présence de complices au sein du service acheteur.

96. Ce constat peut guider les services de contrôle dans un programme de détection ciblé de pratiques anticoncurrentielles potentielles.

97. Il est toujours difficile de détecter l'existence d'une entente sans information particulière permettant de cibler un service d'achat spécifique afin d'analyser avec attention les résultats aux appels d'offres. En revanche, il peut être plus aisé de rechercher l'existence des « compensations offertes » par les entreprises parties à l'entente à leurs complices.

98. Dans le cas étudié, ces compensations se matérialisaient sous la forme de services rendus par des prestataires extérieurs qui facturaient leurs interventions. Dès lors, une recherche systématique à partir des doubles de factures permet de cibler chez ces prestataires les entreprises clientes habituellement présentes dans la commande publique. Selon les prestations, les bénéficiaires individuels sont identifiés pour des questions tenant à la sécurité ; il en est ainsi des prestations de voyage ou de la location de véhicules. Il suffit à ce stade de rechercher dans ces listes de bénéficiaires la présence éventuelle de fonctionnaires des services achats, voire d'élus.

99. La dernière étape de ce ciblage particulier consiste à identifier les services d'achat auxquels ces bénéficiaires de prestations appartiennent, ce qui permet de rechercher l'existence d'indices de pratiques anticoncurrentielles dans les résultats d'appels d'offres et ainsi obtenir des autorisations de perquisition aux fins d'établir les preuves des pratiques suspectées.

100. A ce jour, cette méthode a été mise en œuvre à titre expérimental. Les premiers résultats n'ont pas été concluants. Toutefois, ce type de recherche doit être poursuivi ; la détection de pratiques anticoncurrentielles à partir d'un ciblage spécifique n'est jamais couronnée de succès sans persévérance.

101. Cette affaire des enrobés bitumeux du département de Seine-Maritime aurait pu être évitée si l'acheteur public avait pris le soin de changer régulièrement les fonctionnaires en place sur ces postes sensibles. En effet, le maintien d'agents à ces postes pendant des années suscite une proximité avec les entreprises qui peut faciliter des pratiques de corruption passive de ces derniers.

3. L'interaction entre la procédure pénale et la procédure administrative

3.1 *La communication de pièces pénales à l'Autorité de la concurrence et le fondement des griefs sur des pièces pénales*

102. Aux termes de l'article L.463-5 du code de commerce : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie ».

103. Le Conseil de la Concurrence a appliqué cette procédure à plusieurs reprises, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation, qui ont interprété avec souplesse les termes de l'article L.463-5, lui conférant ainsi une véritable efficacité.

104. Trois affaires relatives aux travaux publics routiers en Seine-Maritime, aux marchés publics d'Île-de-France et aux lycées d'Île de France, qui portent sur des ententes en matière de marchés publics, sont à cet égard particulièrement représentatives de ce que le caractère coercitif de la procédure pénale (par les

perquisitions, écoutes, garde à vue...) peut être mis au service de l'Autorité de la concurrence dans les cas les plus graves où sont identifiées les personnes physiques à l'origine des cartels.

105. Par une décision du 15 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a sanctionné, à hauteur de 33,6 millions d'euros, 6 entreprises de BTP spécialisées dans la fourniture d'enrobés bitumineux pour s'être livrées à une entente complexe et continue, lors de la passation de divers marchés de *travaux publics routiers en Seine-Maritime*, de 1992 à 1998²⁷.

106. Ces entreprises s'étaient entendues sur une clé de répartition des tonnages d'enrobés bitumineux pour l'exécution de l'ensemble des marchés de l'État et du Conseil général et avaient échangé régulièrement des informations relatives aux prix, antérieurement au dépôt des offres. Les principaux indices sur lesquels s'est fondé le Conseil de la concurrence résultaient notamment de la procédure pénale parallèlement ouverte.

107. La Cour d'appel et la Cour de cassation ont rejeté respectivement les recours en annulation et les pourvois contre cette décision.²⁸

108. S'agissant de l'opposabilité des pièces issues de la procédure pénale et de la faculté, pour le Conseil de la concurrence, de fonder son accusation sur des pièces pénales, la Cour de cassation a confirmé que les pièces issues du dossier pénal pouvaient être valablement opposées aux parties, sans que le principe d'égalité des armes ne soit compromis. Alors que les entreprises faisaient valoir que n'étant pas toutes concernées par la procédure pénale et n'ayant donc pas toutes accès au dossier pénal, elles étaient dans l'incapacité de s'assurer que des pièces éventuellement à décharge n'avaient pas été écartées par le rapporteur, la Cour a estimé que les droits des parties avaient été suffisamment protégés par le fait que les griefs étaient fondés sur des pièces pénales dont il avait été dressé inventaire, qui avaient toutes été citées, versées au dossier et soumises à la consultation et à la contradiction des parties.

109. Il a été admis, en outre, que le rapporteur ait pu se rendre dans le cabinet du juge d'instruction, et, éventuellement consulter l'entier dossier pénal sous le contrôle du juge, sans violer ni le secret de l'instruction, ni les droits de la défense, dans la mesure où tous les éléments retenus à charge figuraient au dossier.

110. Dans l'affaire *d'entente dans les marchés publics d'Île-de-France*²⁹ le Conseil de la concurrence s'était autosaisi dans le prolongement d'une procédure pénale, dirigée contre plusieurs personnes physiques, ouverte en 1994, et qui s'est terminée par un non-lieu en novembre 2002 en raison de la prescription de l'action publique. C'est sur la base des pièces et documents qui lui ont été transmis par le juge d'instruction que le Conseil a fondé sa décision de sanction.

111. La Cour de cassation précise que le lien établi entre la procédure pénale et la procédure administrative se limite à la reconnaissance d'un effet interruptif de prescription des actes de l'une à la

²⁷ Décision 05-D-69 du 15 décembre 2005 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées dans le secteur des travaux routiers en Seine-Maritime.

²⁸ Arrêt Cour d'appel de Paris du 30 janvier 2007 Le Foll TP, arrêt Cass. Com, 15 janvier 2008, Colas Île de France (D 05-D-69).

²⁹ Décision 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Île-de-France, arrêt C. App de Paris, arrêt du 24 juin 2008 (société France Travaux), C. Cass. com, arrêt du 13 octobre 2009.

prescription de l'autre mais que ces deux procédures, visant des personnes distinctes, physiques d'un côté, morale de l'autre et poursuivant des fins différentes demeurent clairement distinctes. Dès lors, n'est d'aucun effet sur la poursuite de la procédure administrative et donc sur le cours du délai de prescription de l'action administrative le fait que la procédure pénale se soit achevée par une ordonnance de non-lieu, rendue le 26 novembre 2002 par le magistrat instructeur constatant la prescription de l'action publique par suite de l'annulation, par la Cour d'appel de Versailles, de deux actes de la procédure d'instruction.

112. C'est également sur des pièces tirées de la procédure pénale que le Conseil a fondé sa décision déjà évoquée plus haut sur les *lycées d'Île de France*.³⁰

113. Dans l'affaire des marchés publics d'Île-de-France et dans celle des lycées d'Île de France, les pourvois devant la Cour de cassation ont visé à remettre en cause l'article L. 463-5 au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au motif que cette procédure violerait le principe d'égalité des armes.

114. Dans ses deux arrêts la Cour de cassation a écarté cette analyse et validé pour l'essentiel celle de la Cour d'appel et du Conseil de la concurrence. En premier lieu, elle a jugé que « *le fait que la faculté de demander à la juridiction d'instruction, qui seule peut en décider, communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi, n'appartient, aux termes de l'article L. 463-5 du code de commerce, qu'au Conseil, qui met ainsi en œuvre la demande du rapporteur investi des pouvoirs d'enquête que lui confèrent l'article L. 450-1 du même code, n'est pas, en lui-même, contraire aux principes d'égalité des armes et d'impartialité résultant de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

115. En second lieu, elle a jugé « les entreprises mises en cause disposant, après la notification des griefs, de la possibilité de débattre contradictoirement, devant le Conseil puis devant la cour d'appel de Paris, tant des conditions de la communication d'éléments de l'instruction pénale, pièces dont la régularité peut être contestée par les personnes concernées, que du contenu de l'intégralité des pièces issues du dossier pénal dont le juge d'instruction a autorisé la communication au rapporteur, et de présenter toutes pièces qu'elles estiment utiles, c'est à juste titre que l'arrêt retient que les dispositions de l'article L. 463-5 du code de commerce ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

116. En ce qui concerne les modalités de la communication des pièces pénales, la Cour a rappelé qu'aucune forme particulière n'est imposée par le texte.

3.2 L'influence de l'Autorité de la concurrence sur la procédure pénale

3.2.1 Les avis de l'Autorité

117. Le Conseil, devenu l'Autorité, donne son avis aux juridictions pénales sur les pratiques dont celles-ci sont saisies, en vertu de l'article L. 462-3 du code de commerce. Depuis 1986, le Conseil a ainsi traité quarante-six demandes d'avis, toutes juridictions confondues (civiles et pénales).

118. Le cœur de l'infraction pénale étant, comme on l'a vu plus haut, constitué par des pratiques d'entente et d'abus de position dominante définies par le code de commerce, cette « passerelle » est bienvenue, même si l'avis de l'Autorité ne lie pas la juridiction, qui, en pratique cependant en tient compte.

³⁰ Décision 07-D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île de France- Cour d'appel, 3 juillet 2008, Eiffage- Cour de cassation, 13 octobre 2009, société Spie.

3.2.2 *L'information du juge pénal par l'Autorité de la concurrence : les transmissions au parquet*

119. Le deuxième alinéa de l'article L.462-6 du code de commerce dispose que lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L.420-6, l'Autorité adresse le dossier au procureur de la République, cette transmission interrompant la prescription de l'action publique.

120. Le Conseil a fait une application modérée de cette disposition, dix dossiers ayant été communiqués au parquet depuis 1994, avec cependant, une certaine intensification depuis 2000. La plupart de ces affaires sont relatives à des ententes dans les marchés publics ou à des cartels sur les prix.

121. Ainsi dans une décision du 3 décembre 2008, le Conseil a sanctionné des sociétés pour avoir déposé des offres distinctes lors de la passation de plusieurs marchés publics d'entretien en menuiserie et serrurerie, alors que ces sociétés faisaient partie du même groupe et élaboraient leurs offres de manière centralisée. Ayant relevé que le président des deux sociétés en cause, par sa longue fréquentation des marchés publics, était parfaitement informé des règles de concurrence applicables, qu'il avait donc sciemment méconnues, le Conseil a décidé que ces faits étaient susceptibles de recevoir une qualification pénale en vertu des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce et a transmis l'ensemble du dossier au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil.³¹

122. Les suites données à ces transmissions dépendent du parquet concerné. Néanmoins la transmission d'un dossier au parquet fournit à l'Autorité un outil de dissuasion fort par la publicité qui en est donnée, et lui permet de fortement stigmatiser les pratiques les plus graves et de faire connaître son analyse, quand bien même le parquet dispose de l'opportunité des poursuites et que le juge n'est pas lié par les décisions de l'Autorité.

123. Le législateur a affiché ces dernières années sa volonté de renforcer l'efficacité de cette procédure, et plus généralement celle de la répression pénale en l'articulant mieux avec la procédure administrative ; il a ainsi prévu que les actes interruptifs de prescription devant l'Autorité sont également interruptifs de la prescription de l'action publique pour la poursuite du délit de l'article L.420-6 du code de commerce³² puis institué une règle réciproque à l'article L. 462-7.³³

124. Ce faisant, le législateur mettait un terme à ce que la doctrine et les praticiens présentaient comme un obstacle à la mise en œuvre de l'article L. 420-6 et à la répression pénale, dans l'hypothèse par exemple où les pratiques à la base du délit pénal étaient déjà prescrites au moment de la transmission du dossier au Parquet.

125. Par ailleurs les règles générales du code de procédure pénale relatives aux communications de pièces s'appliquent aux pièces détenues par l'Autorité de la concurrence : le procureur de la République, l'officier de police judiciaire ou le juge d'instruction peut requérir la remise de tout document susceptible d'intéresser l'enquête ou l'instruction.³⁴

³¹ Décision 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie.

³² Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, alinéa 3 de l'article L. 420-6.

³³ Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008.

³⁴ Articles 60-1 et 99-3 du code de procédure pénale.

3.2.3 *L'articulation des actions pénale et administrative en cas de programme de clémence*

126. Si l'existence de sanctions pénales pour les personnes physiques peut constituer un outil majeur de dissuasion et de répression des infractions les plus graves, celles-ci doivent cependant être conciliées et articulées avec l'action des autorités qui, comme l'Autorité de la concurrence, imposent des sanctions administratives aux entreprises.

127. Or, l'introduction d'un programme de clémence n'a pas conduit immédiatement à une évolution de l'articulation entre les deux catégories d'actions. Ainsi, les exonérations de sanctions que l'Autorité de la concurrence peut accorder aux entreprises au titre du programme de clémence ne garantissent pas aux personnes physiques une immunité de sanction devant le juge pénal, ce qui peut dissuader le recours à la procédure de clémence.

128. Certes, il convient de relativiser les conséquences de cette situation puisque de fait aucun cas de poursuite pénale après sollicitation de la clémence devant le Conseil n'a été signalé. En outre la pratique du Conseil, puis de l'Autorité, a été de ne pas transmettre au procureur de la République les dossiers dans lesquels le ou les bénéficiaires de la clémence paraissent susceptibles de faire l'objet de sanctions pénales.

129. Pour autant, cette situation n'étant pas satisfaisante, un projet de loi est en cours de rédaction, visant à permettre au responsable de l'entreprise ayant apporté des éléments déterminants permettant à son entreprise de bénéficier d'un programme de clémence de bénéficier à son tour devant le juge pénal d'une disposition le dispensant de peine ou réduisant de moitié la peine encourue.

130. Les marchés publics restent un secteur à risques élevés tant au regard des règles de la concurrence que des atteintes à la probité.

3.3 *Le rôle et l'action du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC)*

131. Le *secteur des marchés publics*, et plus généralement de la *commande publique*, est, de manière constante et quasi universelle, le secteur de prédilection de la corruption et des pratiques anticoncurrentielles.

132. Selon certaines estimations, dans le secteur du Bâtiment-Travaux publics, les sommes détournées représenteraient de l'ordre de 3 à 5 % des marchés publics en Europe occidentale.

133. De façon paradoxale, l'existence de procédures et de réglementations particulièrement précises et de contrôles administratifs parfois tatillons, ne permettent pas toujours de garantir la transparence, la concurrence et l'égalité de traitement des candidats...

134. Bien plus, les instigateurs des montages frauduleux disposent souvent d'une *technicité suffisante* et des conseils pour donner à leurs opérations une apparente conformité aux textes et aux procédures.

135. Dans le même temps, les facteurs de risques n'ont pas disparu et ont même tendance à s'accroître.

136. La très grande complexité de la réglementation et l'instabilité qui la caractérise depuis quelques années créent des *risques supplémentaires* d'irrégularités involontaires, voire de déviances délibérées.

137. Au-delà des aspects juridiques, *la commande publique et son environnement* connaissent eux-mêmes de profondes mutations et se trouvent de plus en plus souvent en décalage avec les pratiques administratives traditionnelles.

138. D'une part, on constate que l'achat public s'est à la fois étendu et complexifié : le mouvement de *libéralisation* de l'économie conjugué à l'extension des compétences des collectivités territoriales a fait basculer dans le champ contractuel et dans la sphère privée des domaines qui auparavant étaient régis selon un mode régalien et centralisé : c'est le cas, par exemple, des secteurs de la téléphonie, du transport ferroviaire, de la fourniture de gaz et d'électricité...des secteurs nouveaux sont entrés dans la sphère d'Internet par exemple.

139. Parallèlement, des *mutations* ont affecté son environnement économique, social et politique. Au plan national, les évolutions les plus marquantes concernent la *modernisation* de la dépense publique et l'allègement des contrôles de l'État. L'ouverture des frontières et le développement des échanges internationaux fait également apparaître de nouveaux risques que le cadre législatif et réglementaire national peine souvent à prendre en compte.

140. Enfin, les évolutions technologiques, tel que Internet, créent de nouvelles opportunités mais suscitent également et à juste titre de nouvelles « zones grises »³⁵.

141. En même temps qu'elle se complexifie et se développe, l'activité d'achat public tend elle-même à devenir une activité à risques.

142. Avant même que le principe de *responsabilisation* des acheteurs n'ait été affirmé par les réformateurs de 2006, une tendance lourde de ces dernières années a été celle de l'engagement plus fréquent de la responsabilité des acheteurs publics devant les tribunaux judiciaires comme devant les juridictions administratives.

143. La commande publique n'échappe pas au mouvement de « juridiciarisation » qui affecte aujourd'hui l'ensemble des activités de l'État et des collectivités territoriales. Il est frappant de constater qu'elle intervient *de plus en plus tôt* dans la procédure : les concurrents évincés et les citoyens lésés hésitent de moins en moins à demander des comptes aux décideurs soupçonnés d'avoir failli dans leur fonction d'achat. C'est ainsi que le référé précontractuel occupe aujourd'hui une place à part entière dans le contentieux des marchés publics. Le Conseil d'État a lui-même contribué à alimenter ce mouvement en élargissant les voies de recours ouvertes aux requérants³⁶.

144. Un phénomène récent, apparu dans les années 1990, est aussi celui de la « *pénalisation du droit des marchés publics*³⁷ ». Même si ce phénomène tient beaucoup à la création du délit de favoritisme et doit être relativisé³⁸, il témoigne d'une tendance à l'aggravation du risque juridique lié aux activités d'acheteur public: selon son plus ou moins grand degré de maladresse, l' élu ou l'agent public intervenu, à un titre ou à un autre, dans la chaîne de l'achat public pourra voir sa responsabilité engagée au plan pénal...Cela explique le sentiment d'incertitude, d'insécurité, d'instabilité, voire de « solitude »³⁹ qui est aujourd'hui ressenti par de nombreux acheteurs publics, sans parler du risque évident de manipulations...

145. Dans ce contexte, un renforcement des dispositifs destinés à prévenir les dérives susceptibles d'affecter le processus d'achat est souhaitable.

³⁵ Par exemple, le piratage de données non protégées.

³⁶ Sa jurisprudence la plus récente (CE Assemblée 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation) ouvre la possibilité aux concurrents évincés de demander l'annulation d'un marché après qu'il ait été conclu.

³⁷ Pour reprendre l'intitulé de la thèse de doctorat de Madame Catherine Prébissy Schnall (LGDJ 2001).

³⁸ L'auteur de la thèse précitée recense seulement 60 condamnations pour favoritisme entre 1991 et 2001.

³⁹ Cf. article sur la commande publique dans le Rapport du SCPC pour l'année 2005.

146. La politique répressive semble aujourd'hui avoir atteint ses limites⁴⁰ : dans de nombreux pays, la plupart des affaires de corruption sanctionnées par les tribunaux interviennent à l'occasion de la passation de marchés publics.

147. En France, *l'arsenal répressif* est particulièrement étoffé. Il s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales, et permet de sanctionner l'ensemble des atteintes à l'intégrité commises à l'occasion de la passation d'un marché public en France et à l'étranger.

148. Le traitement judiciaire des marchés publics a certes connu, ces dernières années, d'importants développements, et a, dans une certaine mesure, contribué à juguler ces pratiques, notamment à travers le délit de favoritisme.

149. Les dispositifs de prévention déjà existants n'ont qu'une efficacité limitée : cette prévention s'exerce, jusqu'à présent, principalement à travers des *contrôles* qui s'exercent à chacune des étapes de la procédure :

- contrôles internes : contrôle hiérarchique, inspections, commissions spécialisées...
- contrôles externes⁴¹ : contrôle de légalité, du comptable public, juridictionnels...

150. Ces multiples contrôles constituent autant de garde-fous destinés à garantir la régularité du processus d'achat... Ils peuvent, pour peu qu'ils soient correctement effectués, contribuer à mettre à jour certaines fraudes.

151. Mais ils se heurtent aussi, dans leur configuration actuelle, à des *limites* qui peuvent en freiner l'efficacité.

152. La première limite réside dans le fait que ces contrôles, qu'ils soient internes ou externes, sont rarement exercés de manière systématique. Ainsi en est-il du contrôle de légalité exercé par les services préfectoraux : ce contrôle ne s'exerce que sur une faible partie des marchés des collectivités territoriales, et on conçoit aisément qu'il ne puisse pas toujours être effectué dans de bonnes conditions, faute de temps, et bien souvent faute de moyens et parfois de compétences disponibles : *l'effet technicité*, qui se cumule avec *l'effet volume*, ajoute à la difficulté des contrôles.

153. Bien plus, ces contrôles ont, jusqu'à présent, été conçus comme des *contrôles de conformité*, conformité aux textes, aux procédures, aux règles budgétaires... Dans ce dispositif, la faute éventuelle du gestionnaire ne se perçoit que par un acte ou un comportement qui ne correspond pas formellement à la norme. Or, la fraude et la corruption revêtent parfois des formes qu'il est difficile de ramener à la violation précise et immédiate d'une règle et d'un principe, et que rien dans le déroulement du processus d'achat ne permettrait de laisser supposer. Autrement dit, l'activité administrative et le respect des prescriptions qu'elle implique laissent subsister un *jeu*, une marge de liberté que n'hésitent pas à s'approprier les fraudeurs pour peu qu'ils disposent de la technicité et de l'audace nécessaires.

⁴⁰ On observe par exemple une quasi stabilisation du nombre des condamnations prononcées pour favoritisme (entre 25 et 50 condamnations par an).

⁴¹ On peut citer à ce stade le dispositif de veille concurrentielle dans la commande publique qui consiste à positionner aux côtés des acheteurs publics des agents de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (au nombre de 150 sur tout le territoire national) ; ce dispositif inédit pour un pays de l'OCDE permet d'agir avec efficacité à la fois au titre de la prévention (conseil à l'acheteur public) et au titre de la sanction (la majeure partie des affaires de favoritisme portées à la connaissance du juge pénal ont été détectées grâce à ce dispositif).

154. Par ailleurs, cette priorité donnée au formalisme a pour effet de réduire le champ de vision des contrôleurs. Elle conduit, au moins dans un premier temps, à négliger certains comportements ou certaines déviations qui pourtant sont de nature à pervertir l'ensemble d'une procédure.

3.4 Les mécanismes de prévention doivent être renforcés

155. La lutte contre les atteintes aux règles de probité et de concurrence, et plus généralement la fraude dans les marchés publics, doit s'inscrire dans une *démarche « proactive »*, c'est-à-dire une démarche qui, à partir d'une *réflexion en amont*, conduit à définir et mettre en œuvre une *organisation* et des *méthodes de travail* destinées à éviter des situations de fraude.

156. Cette démarche comporte trois volets :

- la sensibilisation des acteurs de la commande publique ;
- le développement de mécanismes de détection ;
- l'élaboration de méthodologies d'investigation

3.4.1 La sensibilisation des acteurs de la commande publique :

157. Elle doit avoir pour objectifs de:

- rappeler aux agents le *respect des règles et procédures*, mais aussi les conséquences juridiques qui s'attachent à leur non-respect;
- mettre en place un système de *remontée d'informations* (reporting) vers la hiérarchie et les corps de contrôle;
- d'assurer la promotion des *bonnes pratiques*.

158. Cette sensibilisation peut s'effectuer selon *différentes modalités* :

- actions de formation et/ou de communication ;
- à un stade plus élaboré, à travers un *code de déontologie ou d'éthique* destiné à:
- Afficher la *position du service* face aux conflits d'intérêts, sollicitations des fournisseurs, à la confidentialité de l'information;
- Donner des *normes de comportements* (déclaration des conflits d'intérêts, obligation de mobilité...);
- Indiquer les *mesures applicables* en cas de violation.

3.4.2 Le développement de mécanisme de détection

159. Les méthodes dérivées de *l'audit* et leur application à l'identification des pratiques corruptrices ou anticoncurrentielles sont susceptibles de combler les lacunes des contrôles existants, par une approche renouvelée de la commande publique, qui ne serait plus exclusivement centrée sur le bon déroulement du

processus d'achat, mais sur *l'identification et l'explicitation des anomalies constatées à l'occasion de ce processus*.

160. De façon classique, un audit de fraude ou de corruption comporte quatre phases :

- Un *cadrage précis des objectifs*: attentes, périmètres, outils (cartographie des risques, systèmes informatiques, gestion commerciale et comptabilité...);
- Une *analyse de l'existant*, au moyen de l'analyse documentaire, des entretiens...C'est à ce stade que certains indicateurs de présence des risques de corruption peuvent être identifiés ;
- Une *phase de diagnostic*, qui porte sur l'évaluation des points forts et des points faibles de l'organisation et de son fonctionnement, la répartition des tâches et des responsabilités;
- Une phase de formulation de *recommandations*: mesures conservatoires, stratégie d'accompagnement, bonnes pratiques... Cette étape peut déboucher sur la constitution de *plaintes au plan pénal*

161. Le SCPC a, dans son rapport 2007, explicité une *proposition de guide méthodologique de l'audit de la corruption dans les marchés publics* destiné aux acheteurs des collectivités publiques.

3.4.3 *L'élaboration d'une méthodologie d'investigation*

162. Cette méthodologie d'investigation s'inscrit dans le prolongement de la méthodologie de détection développé précédemment.

163. Elle est destinée à aider les décideurs publics à identifier et à établir le chemin de la corruption ou de la fraude dans les marchés publics au sein de leurs collectivités. Elle constitue, comme l'audit, un outil de *contrôle interne* (maires ou contrôleurs des collectivités) ou de contrôle externe (commissaires aux comptes, contrôles externes ou services du ministère des finances). De la même façon, cette investigation peut, lorsqu'une suspicion d'infraction existe, conduire le décideur à utiliser l'article 40 du code de procédure pénale pour saisir l'autorité judiciaire. La phase judiciaire permettra, quant à elle, d'entreprendre des investigations plus approfondies, telles que la saisie des disques durs ou des logiciels (extraction des données fournisseurs, acheteurs...), les auditions, gardes à vue, perquisitions...

164. Le SCPC a, dans son rapport pour 2008, présenté les différentes étapes de cette méthodologie ainsi qu'une analyse informatisée des fraudes dans les marchés publics, outil complémentaire mis à disposition des enquêteurs afin de faciliter leur travail d'analyse des informations et de collecte des preuves de la corruption.

4. Conclusion

165. L'existence des ententes dans les marchés publics rend souvent nécessaire la complicité active des acheteurs, sous forme de corruption. Cependant la répression de l'infraction pénale de corruption et celle de la pratique anticoncurrentielle relèvent d'autorités différentes.

166. L'amélioration de la coordination de la lutte pénale et de la lutte administrative et la sévérité accrue des sanctions au cours des dernières années marquent la prise de conscience de l'imbrication de ces mécanismes et la volonté de dissuader le plus efficacement possible ces comportements.

167. Par ailleurs, comme l'a relevé récemment le Service central de lutte contre la corruption en proposant une méthodologie d'investigation susceptible d'identifier la présence de corruption dans les

marchés publics « *il apparaît souhaitable que les décideurs publics soient eux-mêmes en mesure d'identifier et d'établir le chemin de la corruption ou de la fraude au sein de leurs collectivités, et ce dans des conditions d'efficacité et de sécurité suffisantes pour être en mesure d'en faire le signalement.* »⁴²

168. A cet égard, la publication des décisions de sanctions de l'Autorité de la concurrence dans le domaine de la commande publique, leur médiatisation dans la presse spécialisée et l'information des acheteurs publics ne pourra que contribuer à la diffusion auprès de ces derniers d'une culture de concurrence pouvant les inciter à se comporter en tant qu'acteur du marché à part entière.

⁴² Rapport 2008 du Service central de lutte contre la corruption « L'investigation dans les marchés publics. »