



Avis n° 03-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

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 21 novembre 2002 enregistrée sous le numéro 02/0100/A, par laquelle la communauté d'agglomération de Caen (Grand Caen) a saisi le Conseil d'une demande d'avis, en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu les articles L.1411-1 à 8 du code général des collectivités territoriales ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 29 janvier 2003 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

1. La Communauté d'agglomération de Caen – "Grand Caen" – a lancé, courant 2002, un appel à candidatures pour une délégation de service public portant sur la construction et l'exploitation d'un réseau de télécommunication à haut débit sur son territoire.
2. La commission consultative, constituée au sein du conseil d'agglomération en vertu de l'article L. 1411-5 du code des collectivités territoriales, a établi, le 25 juin 2002, une liste de 5 candidats offrant les garanties nécessaires pour présenter une offre et a examiné, le 9 octobre 2002, les 3 réponses reçues de la part de 3 groupements d'entreprises. La commission a constaté que les différentes entreprises susceptibles d'intervenir avaient entre elles des liens capitalistiques ou commerciaux, excédant les relations qui s'instaurent entre partenaires d'un même groupement constitué pour l'attribution d'une délégation. Cette situation a suscité des interrogations de la part de la collectivité sur l'indépendance réelle des candidatures et les règles du droit de la concurrence applicables en l'espèce.
3. La délégation de service public est définie à l'article L. 1411-1 du code des collectivités territoriales, il s'agit d'"*un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service*".
4. Le même article subordonne l'attribution du contrat de délégation à une mise en concurrence, par appel public à candidatures et sélection des candidats éligibles à remettre une offre : "*Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État*".
5. L'opération se rapproche ainsi des procédures applicables aux marchés sur appel d'offres, privés ou publics, pour lesquels le Conseil a eu à se prononcer de nombreuses fois

notamment en ce qui concerne les conditions nécessaires pour assurer l'autonomie des offres remises, afin que l'acheteur bénéficie pleinement du libre jeu de la concurrence.

Les règles fixées par l'article L. 420-1 du code de commerce interdisant les ententes anticoncurrentielles

6. La vocation générale du droit de la concurrence à s'appliquer à toute activité économique (article L. 410-1 du code de commerce) doit être rappelée et ceci indépendamment des règles résultant, par ailleurs, du code des collectivités territoriales (procédure de délégation de service public) ou du droit des sociétés (définition d'une filiale).
7. L'article L. 420-1 du code de commerce interdit les ententes entre les entreprises ayant pour objet ou pour effet, constaté ou potentiel, de fausser le libre exercice de la concurrence sur un marché : *"Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

 - a) *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
 - b) *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
 - c) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
 - d) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement".*

8. Ce rappel de la règle applicable appelle trois commentaires :
9. L'entente affecte le jeu de la concurrence sur un marché précisément défini, dénommé marché pertinent par la jurisprudence. S'agissant de l'activité des collectivités locales, chaque appel d'offres, donnant lieu à la confrontation concrète de la demande d'un maître d'ouvrage avec les offres des candidats intéressés, est considéré comme constituant un marché de référence pour l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 410-1 prévoit, en outre, expressément l'application des règles du droit de la concurrence aux activités de production, de distribution ou de services exercées dans le cadre de conventions de délégation de service public. Le droit de la concurrence sera donc pleinement applicable à la procédure de délégation de service public lancée par la communauté d'agglomération de Caen, dans la mesure où des pratiques interdites par l'article L. 420-1 seraient mises à jour.
10. L'entente est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties indépendantes, qui décident de coordonner leur comportement sur un marché. Selon la jurisprudence, il suffit, pour retenir la qualification, qu'au moins l'une des parties à l'accord soit une entreprise. Il en résulte qu'un syndicat professionnel ou une association peut être considéré comme constituant une entente. Le droit de la concurrence retient, par ailleurs, une définition très large de la notion d'entreprise, puisqu'il s'agit de toute entité exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique. La seule condition posée est que cette entité dispose d'une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière, c'est à dire qu'elle soit capable de se comporter comme un opérateur indépendant. Selon les cas d'espèce, on peut ainsi être conduit à appliquer l'article L. 420-1 à une structure sans personnalité juridique (telle une agence, une direction régionale, ...) et inversement, à l'écartier pour une personne morale régulièrement constituée (cas éventuellement d'une société filiale qui serait considérée comme non autonome).

11. Les pratiques concertées doivent, enfin, porter atteinte au libre jeu de la concurrence. En matière de marché sur appel d'offres, cette atteinte résultera de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont chaque entreprise doit faire preuve, ou encore de la liberté d'entrée sur le marché. La coordination des comportements des entreprises en cause se traduit par la mise en œuvre d'une stratégie commune en matière de prix, d'accès au marché, de contrôle des débouchés, de la production ou des facteurs la composant. Cette stratégie implique des échanges d'information, entre les entreprises sur les comportements futurs.

Les conditions propres à assurer l'indépendance des offres lors d'une mise en concurrence

12. Les liens entre entreprises candidates à un même appel d'offres peuvent être de nature commerciale (relations de client à fournisseur, sous-traitance ou subdélégation, constitution d'un groupement pour répondre à un appel d'offres) ou de nature juridique et capitalistique (société mère et ses filiales, filiale commune à deux ou plusieurs sociétés). Ces liens peuvent être source de difficultés vis-à-vis des règles du droit de la concurrence, car les habitudes d'échanges d'informations et de concertation qui s'ensuivent doivent impérativement s'interrompre dès le moment où les entreprises concernées se retrouvent en concurrence pour un même appel d'offres. Dans le cas contraire, une poursuite de ces échanges d'informations constituerait une entente anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1.
13. Une interdiction sans nuance de tous liens entre entreprises candidates à un même marché n'est pas pour autant concevable ; il convient donc d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si les principes précédemment évoqués ont été respectés : préservation de l'indépendance de chaque opérateur, particulièrement dans ses propositions de prix, maintien de l'incertitude quant aux stratégies des candidats concurrents, et libre accès au marché.

a) *Les liens commerciaux entre sociétés candidates à un même appel d'offres :*

14. Les relations de client à fournisseur préexistantes n'appellent pas de commentaires particuliers, étant à la base même de l'activité économique. Les échanges d'informations sont propres à toute transaction et sont d'autant plus importants que la relation commerciale est solidement établie. Ils ne deviendraient contraires aux règles de la concurrence que dans l'hypothèse de leur poursuite lors d'un appel d'offres, alors que les deux parties remettent ou participent à des offres concurrentes.
15. La situation de sous-traitance ou de subdélégation implique de même un échange d'informations entre les entreprises. Une vigilance particulière est nécessaire dès lors que ce type d'accords ou les négociations pour leur mise en place interviennent avant la remise des offres à la collectivité. Le Conseil de la concurrence a, en effet, sanctionné à plusieurs reprises des accords de sous-traitance qui constituaient un moyen de mettre en oeuvre une entente préalable de répartition du marché, ou des concertations et des échanges d'informations présentés par les entreprises comme des projets de sous-traitance non aboutis.
16. Afin de prévenir ces pratiques anticoncurrentielles, le Conseil considère que la collectivité publique devrait être informée par l'entreprise candidate, lors du dépôt de son offre, des situations de sous-traitance (décision n° 93-D-47 "sociétés Avenir paysage, Bronzo et autres" de 1993) ou de recours à une subdélégation (avis n° 99-A-16 "gestion déléguée des transports de voyageurs du département du Nord" de 1999). Cette obligation d'information est d'ailleurs prévue par l'article 114 du nouveau code des marchés pour les marchés publics en ce qui concerne la sous-traitance. Pour aller dans le sens de la

publicité à donner aux accords de subdélégation, il faut rappeler que si la subdélégation intervient après le choix du déléataire, celui-ci, disposant d'un pouvoir adjudicateur, doit soumettre à publicité et mise en concurrence la passation de ses contrats de travaux publics supérieurs à 5 millions d'euros, en application de la directive européenne 93/37 du 1^{er} juin 1993 sur les procédures de passation des marchés de travaux publics.

17. Lorsque des entreprises répondent individuellement à un appel d'offres après avoir abandonné un premier projet de sous-traitance, la jurisprudence du Conseil exige qu'elles portent à la connaissance de la collectivité le fait que des échanges d'informations sont intervenus entre elles préalablement à la remise d'offres concurrentes. Dans le cas contraire, le libre jeu de la concurrence ne serait plus assuré, ainsi que le rappelle une décision n° 97-D-11 "marchés d'aménagement des berges de la Seine" de 1997 : "*Lorsque plusieurs entreprises ont étudié la possibilité d'établir entre elles des liens de donneur d'ordre à sous-traitant à l'occasion d'un marché et qu'elles présentent ensuite des offres distinctes en s'abstenant de mentionner le fait qu'elles ont échangé des informations, de telles pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 dans la mesure où elles faussent le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des opérateurs dans leurs décisions et en tentant d'induire ou en induisant en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix*".
18. La constitution d'un groupement pour répondre à un appel d'offres pose, au regard du droit de la concurrence, des difficultés semblables à celles de la situation de sous-traitance ou de subdélégation. Le choix des entreprises de se regrouper pour déposer une offre commune n'est pas en soi anticoncurrentiel. La création d'un groupement d'entreprises peut, en effet, s'expliquer par des demandes particulières du maître d'ouvrage (délais, technicité, nécessité d'associer une entreprise locale) ou par des éléments conjoncturels (volume des travaux).
19. Mais, par nature, le groupement se traduit par une réduction du nombre de prestataires possibles pour la collectivité. Les entreprises qui décident de se regrouper doivent donc en informer la collectivité publique lors du dépôt de leur offre, afin de ne pas l'induire en erreur sur la situation réelle de la concurrence existant sur son marché.
20. Dans sa décision n° 02-D-17 "marché de rénovation de l'Hôtel-Dieu de Narbonne" de 2002, le Conseil a réaffirmé la licéité a priori d'une réponse en groupement, sous réserve que les entreprises concernées n'en fassent pas un instrument pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles de répartition préalable du marché, d'interdiction d'accès au marché pour des opérateurs non-membres du groupement, ou même d'assèchement de la concurrence : "*Il est loisible à des entreprises de se grouper pour répondre à un appel d'offres, un tel groupement pouvant cependant constituer, dans certaines circonstances, une pratique anticoncurrentielle contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce ; que tel est le cas, lorsque ce groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner ou, lorsque ce groupement est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leurs stratégies étaient indépendantes*".
21. De même que pour le cas de la sous-traitance, un projet non abouti de réponse en groupement ne peut pas légitimer des pratiques d'échange d'informations et de concertation. La jurisprudence impose aux entreprises d'informer la collectivité de leur tentative infructueuse de constitution d'un groupement et leur interdit tout échange d'informations ultérieur à l'abandon du groupement envisagé. Ces règles de conduite sont expressément rappelées aux entreprises par la décision n° 01-D-64 du Conseil "marchés de construction du SMITOM de Cognac" de 2001 : "*Il est loisible à une entreprise*

d'engager des négociations avec une ou plusieurs autres pour se grouper avec elle(s) dans la perspective d'une soumission commune à un appel d'offres ; en cas de rupture de ces négociations, l'entreprise peut décider de répondre individuellement et de manière autonome à l'appel d'offres ou s'abstenir de le faire. En revanche, tout échange d'informations portant, notamment, sur les prix ou l'attribution du marché qui intervient postérieurement à la rupture des négociations et antérieurement à la date limite de réception des offres, serait constitutif d'une entente anticoncurrentielle".

b) Les liens en capital entre sociétés candidates à un même appel d'offres :

22. La règle de l'indépendance des entreprises pose le problème des sociétés appartenant à un même groupe (société-mère et ses filiales) ou constituant des filiales communes à deux ou plusieurs groupes.
23. Le droit de la concurrence n'interdit pas le dépôt d'offres distinctes par une société-mère et par une ou plusieurs de ses filiales, en réponse à un même appel d'offres. Le Conseil a rappelé cette absence d'interdiction de principe dans sa décision n° 03-D-01 "sociétés du groupe l'Air Liquide" de 2003 : "*Il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres*".
24. Dans cette hypothèse, le libre jeu de la concurrence repose sur la prise en compte de deux éléments concernant les offres remises.
25. L'offre de la filiale doit être personnelle et indépendante de celle de sa société mère, en faisant appel à des moyens propres (dirigeants, capacité commerciale et de production) pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue. A cet égard, on relèvera que le droit de la concurrence s'attache aux conditions de fonctionnement de la société et non à la part de capital contrôlée par la maison mère, le critère d'une participation supérieure à 50 %, retenu par le droit des sociétés (article L. 233-1 du code de commerce) pour définir une filiale, n'étant ici pas pertinent.
26. En second lieu, la société mère et sa (ou ses) filiale(s) doivent s'interdire de toute pratique de concertation ou d'échanges d'informations sur les conditions du marché et leurs offres respectives. La jurisprudence, en ce sens, est bien établie ; un arrêt de la Cour de cassation "sociétés Jean Lefebvre, Rougeot, Gerland, Colas" du 6 octobre 1992 s'exprime ainsi : "*S'agissant de pratiques d'entreprises appartenant au même groupe, [que], s'il est loisible à des entreprises, unies par des liens juridiques et financiers mais disposant d'une réelle autonomie technique et commerciale, de présenter des offres distinctes, elles ne peuvent le faire qu'à condition de respecter les règles de la concurrence ; que tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, elles se concertent sur les prix pour coordonner leurs soumissions ou réaliser ensemble leurs études*".
27. Par ailleurs, même s'il n'existe pas d'obligation légale en la matière, il est important, en cas de participation séparée à même appel d'offres de plusieurs entreprises appartenant à un groupe, que les liens capitalistiques entre ces sociétés soient portés à la connaissance du maître d'ouvrage lors du dépôt des offres. Cette information est, en effet, d'une grande importance pour que la collectivité puisse, par des démarches appropriées, apprécier l'indépendance réelle des offres remises et exercer un choix éclairé.
28. A l'inverse, une société mère peut décider de ne pas accorder d'autonomie commerciale à sa filiale, à titre général ou à l'occasion d'un appel d'offres particulier. La société mère et sa filiale sont alors considérées comme une entreprise unique et peuvent se concerter avant de répondre au marché sans enfreindre les règles en matière d'ententes interdites de l'article L. 420-1, mais à la condition de ne déposer alors qu'une seule offre. Ce cas de

figure est rappelé par le Conseil dans sa décision n° 03-D-01 déjà mentionnée : "Il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale, à l'occasion des mises en concurrence ou d'une mise en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre".

29. Concernant la situation de coexistence d'offres distinctes remises par des sociétés mères et par leur filiale commune, le droit de la concurrence ne pose pas non plus d'interdiction de principe pour deux entreprises d'avoir une filiale commune, ni pour cette filiale d'être candidate au marché. L'offre de la filiale commune doit respecter les règles précédemment évoquées : l'existence d'une autonomie commerciale et de gestion réelle de la filiale commune par rapport à ses sociétés mères et l'absence de concertation et d'échanges d'informations préalables ; l'information de la collectivité sur les liens capitalistiques des sociétés en cause est également à recommander en ce cas.
30. De leur côté, les sociétés mères ne doivent pas utiliser leur filiale commune comme un instrument pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'échanges d'information et de concertation afin de se répartir un marché ou en fixer les prix. La décision n° 01-D-02 du Conseil relative à des "*marchés publics d'enrobés bitumineux de la CUB*" de 2001 donne un exemple de cette analyse : "Il est, en tout état de cause, loisible à des sociétés qui ont créé plusieurs centrales dont elles ont le contrôle et qui doivent donc être regardées comme appartenant au même groupe, de répartir entre ces centrales, pour des raisons qui leur sont propres, la production d'enrobés bitumineux, dès lors qu'elles ne trompent pas l'acheteur sur la réalité de la concurrence et dès lors que le comportement des centrales n'était pas le moyen, pour les deux sociétés mères, de se répartir les lots".

Les contrôles exercés sur la réalité du caractère autonome des offres présentées et le respect du droit de la concurrence lors d'un marché sur appel d'offres

31. Le déroulement de la procédure de délégation de service public doit respecter les règles du droit de la concurrence. La collectivité est responsable devant le juge administratif de ses propres manquements à ces règles (conditions d'accès à la mise en concurrence, clauses du contrat de délégation) mais pas des pratiques anticoncurrentielles imputables aux candidats à la délégation, à l'entreprise sortante, ou à l'entreprise retenue.

a) Le rôle de la collectivité publique :

32. Le choix du délégataire par la collectivité doit concilier le respect des conditions propres à assurer un libre jeu de la concurrence et des règles de procédure prévues aux articles L. 1411-1 à 7 du code des collectivités territoriales destinées à permettre un accès égal et large pour les entreprises intéressées par la délégation.
33. La liste des candidats admis à concourir est déterminée par la commission des délégations de service public de la collectivité à partir des réponses reçues à l'appel d'offres, mais seulement en fonction des critères prévus par la loi. Un arrêt du Conseil d'État "SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais" du 30 juin 1999 le rappelle : "Il n'appartient pas à l'autorité délégante de retenir un nombre de candidats admis à présenter leur offre inférieur à celui des candidats satisfaisant aux critères mentionnés à l'article L. 1411-1 du code des collectivités territoriales". L'article L. 1411-1 a fixé deux critères d'ordre administratif et technique : les garanties professionnelles et financières fournies par l'entreprise candidate et sa capacité à assurer la continuité du service public. Cette base légale peu discriminante ne permet pas d'envisager, au stade de l'établissement par la

commission de la liste des entreprises admises à présenter une offre, qu'elle puisse écarter la (ou les) entreprise(s) dont la régularité de la candidature au regard des règles de concurrence serait mise en doute.

34. La capacité d'action de la collectivité se borne, dès lors, à prévoir, dans l'appel à candidatures initial, l'obligation pour les entreprises de fournir un extrait de registre du commerce et des sociétés (K-BIS), ainsi qu'éventuellement la liste de leurs sous-traitants et subdélégataires ou la composition de leurs groupements.
35. Ce contexte explique que la jurisprudence considère qu'un éventuel défaut de vigilance de l'acheteur public ne peut pas légitimer des pratiques anticoncurrentielles commises par les entreprises : "*Considérant qu'il est sans incidence que les maîtres de l'ouvrage aient connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors qu'ils ignoraient qu'elles constituaient une entreprise unique ou que leurs offres procédaient d'une connivence ; qu'en outre, s'ils l'avaient su et toléré, leur compromission ne serait pas de nature à rendre régulière une pratique manifestement illicite*" (arrêt "sociétés SCREG Est et autres", cour d'appel de Paris du 4 juillet 1994).
36. Au-delà des demandes d'information susvisées, la collectivité a toujours la possibilité de saisir les autorités de concurrence, services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, et Conseil de la concurrence, dans la mesure où des éléments tangibles en sa possession lui laissent supposer des pratiques anticoncurrentielles de la part des entreprises candidates.

b) Le contrôle du juge administratif sur le respect du droit de la concurrence par les actes des collectivités publiques :

37. Le Conseil d'État a reconnu l'application du droit de la concurrence aux actes des collectivités publiques, qu'ils soient de nature contractuelle (cas d'un contrat de délégation de service public, arrêt "société Million et Marais" du 3 novembre 1997) ou réglementaire (avis "mairie de Bayonne et société L & P Publicité" du 22 novembre 2000).
38. Le cahier des charges de la délégation, les conditions de mise en concurrence des entreprises candidates, ainsi que les clauses du contrat de délégation qui sont établis par la collectivité, ne doivent pas aller à l'encontre des articles L. 420-1 du code de commerce interdisant les ententes anticoncurrentielles et L. 420-2 interdisant les abus de position dominante. L'arrêt "société Million et Marais" précité l'indique expressément : "*Considérant qu'aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [devenu l'article L. 420-3], 'Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 [devenu les articles L. 420-1 et 2], (...) qu'il résulte de ces dispositions que si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 du code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8'*". Bien évidemment, ce raisonnement concernant les abus de position dominante anticoncurrentiels (article L. 420-2, anciennement l'article 8 de l'ordonnance de 1986) s'applique à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévue à l'article L. 420-1. Le juge administratif veillera, notamment, au respect de ces dispositions en appliquant l'article L. 420-3 du code de commerce qui prévoit la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle concernant les pratiques d'entente et d'abus de position dominante interdites.
39. Au regard de ces règles et étant données les caractéristiques d'une délégation de service public (exploitation d'un service public par un opérateur extérieur, mise à la charge du délégué des investissements, durée importante du contrat de délégation), certains

points requièrent une vigilance particulière de la part de la collectivité. Tel est, notamment, le cas de l'égalité d'accès des candidats aux informations communiquées par la collectivité, de la durée du contrat de délégation (qui est susceptible de conférer au délégataire une situation de position dominante), ou des conditions de reprise des biens composant la délégation (immobilisations, outillages, stocks, personnel, ...) lors de son renouvellement, qui peuvent devenir une barrière à l'entrée pour de nouvelles entreprises intéressées par la délégation.

c) *Le rôle du Conseil de la concurrence :*

40. L'article L. 462-5 du code de commerce attribue au Conseil de la concurrence une mission générale de répression des pratiques concertées anticoncurrentielles : "*Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1 [répression des ententes], L. 420-2 [répression des abus de positions dominantes] et L. 420-5 [prix de vente abusivement bas]. Il peut se saisir d'office ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1 [cet article vise, notamment, les collectivités territoriales]*". Cet article est complété par les dispositions de l'article L.462-6 : "*Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 (...). Il prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions. Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, il adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique*".
41. Une collectivité territoriale peut ainsi saisir le Conseil des faits constatés lors de la mise en concurrence pour l'attribution d'une délégation de service public, si elle relève des éléments sérieux laissant présumer la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par les entreprises candidates. A l'issue d'une procédure d'instruction et de décision contradictoire, les faits peuvent donner lieu à l'application, par le Conseil, des mesures prévues à l'article L. 464-2 qui consistent à ordonner aux intéressés la cessation des pratiques, leur adresser des injonctions ou infliger des sanctions pécuniaires proportionnelles à la gravité des faits. Ces sanctions pécuniaires peuvent atteindre jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise pour l'activité concernée ou 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une société.
42. Par ailleurs, le Conseil peut saisir le juge pénal des faits impliquant des personnes physiques dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, dont il a eu connaissance lors de l'examen d'une affaire (article L. 462-6, second alinéa). Il en va de même, par application des dispositions générales contenues dans l'article 40 du code de procédure pénale, pour les faits paraissant attester de la commission des délits propres à la procédure de délégation de service public prévus aux articles 432-12 (prise illégale d'intérêt) et 432-14 (délit de favoritisme) du code pénal.
43. En réponse à la question posée par la communauté d'agglomération de Caen, le Conseil rappelle, s'agissant de marchés sur appel d'offres, que le libre jeu de la concurrence impose, d'une part, l'existence chez les candidats de la plus grande incertitude possible quant à l'issue de la consultation et, d'autre part, l'autonomie totale des offres déposées.
44. La collectivité se doit, ainsi, d'être particulièrement vigilante quant aux conditions fixées pour la mise en délégation du service public en cause et il lui est recommandé de recueillir toutes les informations utiles sur la situation juridique des entreprises candidates.
45. Au-delà de ces diligences qui relèvent de sa compétence, la collectivité peut informer les services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie des pratiques concertées contraires au libre jeu de la concurrence dont elle aurait eu connaissance ou saisir directement le Conseil de la concurrence.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel,
M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général
Thierry Dahan

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence