



HAL
open science

La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2011, 28, pp.15-22. halshs-00645275

HAL Id: halshs-00645275

<https://shs.hal.science/halshs-00645275>

Submitted on 27 Nov 2011

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs

Revue Lamy de la Concurrence, Vol. 28, juillet-septembre, pp. 15-22, 2011

Florent Venayre
Maître de conférences en Sciences économiques
Université de la Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier

Une nouvelle affaire¹ d'échange d'informations dans le cadre d'appels d'offres relance certaines interrogations sur le déroulement de ce type de dossiers et le calcul des sanctions prononcées, particulièrement lorsque la procédure de non contestation des griefs s'applique. Le problème soulevé dans cette affaire porte sur des offres de couverture – ou offres fantômes – pratiquées par quatre entreprises² du secteur des travaux de peinture industrielle, favorisant ainsi la hausse des prix.

Parmi les éléments de preuve retenus par l'Autorité de la concurrence, on trouve une télécopie saisie et portant la mention manuscrite d'une comparaison de prix de soumission³. On s'étonne que ce genre de négligences, de la part des firmes en cause, soient toujours observées. Certes, dans certaines affaires, il n'est pas toujours facile pour les entreprises de connaître avec précision les contours du droit de la concurrence, particulièrement lorsqu'elles sont de taille modeste. Parfois, le droit est aussi complexe en lui-même, comme c'est le cas lors des abus de position dominante, qui offrent la possibilité de sanctionner des comportements qui pourraient être considérés comme pro-concurrentiels hors situation de dominance. Mais dans le cas d'espèce, chaque entreprise soumissionnaire d'un appel d'offres connaît l'interdiction qui lui est faite de communiquer sur les prix avec ses concurrents avant d'établir sa proposition. Toujours en matière de preuve, l'Autorité innove ici en recourant à une analyse des soumissions électroniques. Les noms utilisés pour les fichiers Excel transmis à l'Autorité sont étudiés pour en tirer la conclusion que ces fichiers se sont échangés entre concurrents antérieurement aux soumissions⁴.

Cette affaire soulève d'intéressantes questions, particulièrement au moment où l'Autorité de la concurrence affiche la volonté de clarifier ses méthodes de calcul des

¹ Autorité de la concurrence, Décision n° 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

² Il s'agit de Grivetto, Lassarat, Prezioso et Sorespi.

³ Télécopie échangée entre Lassarat et Grivetto. Voir point 73 et suivants de la décision.

⁴ Cet aspect concerne le marché des pieux du port de Brest. On lira avec un certain amusement ces développements aux points 46 à 57 de la décision.

sanctions pécuniaires⁵. Par exemple, il est commun de proportionner la sanction à la gravité de l'infraction ainsi qu'aux dommages causés à l'économie dans son ensemble. On peut alors s'interroger sur la manière d'appréhender le cas spécifique des ententes sur appels d'offres, qui relèvent à la fois d'infractions de nature horizontale, graves par nature, mais concernent en même temps des marchés très ponctuels, et éventuellement de petites tailles, et donc d'impact limité (1). Lorsque certaines des firmes mises en cause dans ce type d'affaires décident de recourir à la procédure de non contestation des griefs, quels sont alors les impacts de ce choix de procédure ? La situation devient plus épineuse encore si toutes les firmes exceptée une décident de recourir à la non contestation (2). Enfin, nous verrons que le cas des ententes sur appel d'offres reste en marge du processus de clarification engagé par l'Autorité de la concurrence en matière de calcul des sanctions pécuniaires, ce qui soulève des inquiétudes quant au manque de transparence du calcul de ces sanctions et, concernant la fixation du taux de réfaction, sur la procédure de non contestation elle-même (3).

1. Gravité et dommages à l'économie des ententes sur appels d'offres

Le recours à une procédure d'appel d'offres doit permettre d'obtenir l'exécution du service au coût le plus avantageux pour le client, pour un niveau déterminé de qualité de la prestation. Or cette assurance n'est évidemment acquise que si les offres des soumissionnaires sont effectuées dans le respect du secret. En cas de communication entre les soumissionnaires sur les prix proposés, la nature même du dispositif est violée, et son efficacité est de fait annihilée. Cet aspect suffit à justifier le caractère grave de l'infraction en cause.

Ainsi, si les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations sont d'un point de vue économique parfois ambigus⁶, ou ne produisent pas toujours de réels dommages à l'économie⁷, ceux qui prennent place dans le cadre des appels d'offres doivent être regardés sans aucune forme de complaisance, d'autant plus qu'il s'agit en règle générale d'échanges d'informations sur les prix. On pourrait à la limite, en suivant Michel Glais, appréhender différemment les échanges d'informations sur les caractéristiques techniques relatives aux appels d'offres. Ainsi, M. Glais indique que : « *l'échange d'informations entre concurrents présente également, sans doute, des spécificités propres [...] à la formule des appels d'offres [...]. L'importance de l'enjeu pour les entreprises appelées à soumissionner est grande puisqu'elles n'ont pas, comme dans l'industrie, la possibilité de tester le marché en faisant varier leurs prix pour analyser ses réactions. [...] Il n'est donc pas étonnant que dans de telles situations, l'organisation d'échanges d'informations concernant les données purement techniques relatives aux caractéristiques des appels d'offres apparaît de nature à promouvoir l'efficacité productive et à réduire un certain nombre de coûts de transaction. Une telle organisation n'affecte pas non plus l'indépendance de comportement des offreurs mais leur permet simplement de fixer, en toute indépendance, leurs offres de prix sur une base d'informations identiques concernant l'ouvrage à réaliser* »⁸. Il est vrai que si l'on pouvait avoir l'assurance que de tels échanges d'informations techniques soient totalement dissociés d'autres considérations, notamment tarifaires, les effets anticoncurrentiels ne seraient pas à

⁵ Comme le montre le *Communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires* de l'Autorité de la concurrence du 17 janvier 2011.

⁶ Venayre F., 2005, « Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 2, février-avril, pp. 122-125.

⁷ Venayre F., 2006, « Echanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 6, janvier-mars, pp. 20-24.

⁸ Glais M., 1994, « L'échange d'information : jusqu'où aller ? », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 81, septembre-octobre, pp. 6-14.

craindre. Cependant, obtenir cette certitude apparaît profondément complexe et le risque demeure donc de masquer des ententes de soumissions par des considérations d'efficacité technique. Mieux vaut donc, sans doute, veiller à bien détailler les appels d'offres, y compris sur leurs caractéristiques techniques, de manière à contourner l'éventuelle difficulté soulevée par Michel Glais. Aucun échange d'informations dans le cadre d'un appel d'offres ne pourrait plus alors trouver de justification autre qu'un mécanisme anticoncurrentiel.

L'échange d'informations dans un appel d'offres est donc une pratique grave en elle-même et cette gravité serait encore accrue par le caractère public des appels d'offres, comme l'a confirmé la Cour d'appel de Paris, en indiquant que : « *le conseil [de la concurrence] a retenu à juste titre que les ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont, par nature, particulièrement graves puisque seul le respect des règles de concurrence garantit la sincérité de l'appel d'offres et l'utilisation optimale des fonds publics* »⁹. En fait de gravité, on peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt de dommages causés à l'économie. Le fait que la pratique prohibée lèse des décideurs publics plutôt que des acteurs privés, comme des consommateurs, ne semble pas constituer en soi une gravité accrue, au moins sur le plan économique. En revanche, en terme d'impact sur l'efficacité globale, la distinction des deux situations peut effectivement se justifier par la notion de coût des fonds publics. Cette idée de coût des fonds publics indique que l'utilisation de fonds publics est plus coûteuse socialement que l'utilisation de fonds privés. Les dépenses publiques doivent être financées par l'impôt ou l'emprunt et ces deux mécanismes génèrent des distorsions. Pour l'emprunt, il s'agit de l'effet d'éviction des entreprises du secteur privé. En effet, sous hypothèse d'une situation de rareté des capitaux, les emprunts concédés à la puissance publique représentent autant de fonds qui ne seront plus disponibles pour appuyer les investissements des firmes privées. Dès lors, ces dernières pourraient se retrouver face à une raréfaction du capital disponible, ce qui serait susceptible de nuire à leur efficacité productive, et donc à l'économie globale du pays. Pour la fiscalité, les distorsions peuvent être nombreuses, comme le montre la théorie de la fiscalité optimale. Les pertes d'efficacité induites peuvent alors être conséquentes. Ainsi, une unité monétaire dépensée par le secteur public « coûte » plus qu'une unité monétaire dépensée par le secteur privé. Pour la France, ce coefficient de majoration, était estimé en 2003 à 1,13¹⁰. Une étude plus récente de 2008 indique qu'il se situerait aux alentours de 1,2¹¹. Ce coût des fonds publics doit par conséquent être intégré dans le calcul économique public et notamment lorsqu'il s'agit de comparer l'opportunité de projets concurrents.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence précise aussi qu'un des facteurs aggravants de la pratique « *réside dans le fait que sont concernées quatre entreprises qui répondent à de nombreux appels d'offres chaque année et en particulier, s'agissant des entreprises Prezioso et Lassarat, qui jouent un rôle important dans le secteur des travaux de peinture industrielle* » (point 150 de la décision). On comprend l'argument du rôle important dans l'établissement de la gravité, au sens où le comportement des entreprises en question est susceptible de générer une forme d'habitude dans le secteur concerné. La généralisation d'un comportement anticoncurrentiel des leaders du marché pourrait créer, par effet mimétique, le développement de ce genre de pratiques chez des concurrents de taille plus modeste. En revanche, de la même façon que soulignée précédemment dans le cas du caractère public des appels d'offres,

⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 septembre 2007 relatif au recours formé par la société Entreprise Vendasi et Cie contre la décision n° 06-D-13 du Conseil de la concurrence du 6 juin 2006, *BOCCRF*, 4 mars 2008, p. 19.

¹⁰ Bernard A. and Vielle M., 2003, « Measuring the Welfare Cost of Climate Change Policies : A Comparative Assessment Based on the Computable General Equilibrium Model GEMINI-E3 », *Environmental Modeling and Assessment*, Vol. 8, n° 3, september, pp. 199-217.

¹¹ Beaud M., 2008, « Le coût social marginal des fonds publics en France », *Annales d'Economie et de Statistique*, n° 90, pp. 215-232.

l'argument de leur nombre semble plus tenir de l'évaluation des dommages à l'économie que de la détermination de la gravité¹².

Enfin, on sait également que la gravité d'une pratique est d'autant plus marquée que cette dernière s'est inscrite dans une durée longue. Ainsi, le récent communiqué de l'Autorité de la concurrence sur les sanctions pécuniaires mentionne explicitement que : « *la durée de l'infraction, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits que l'importance du dommage causé à l'économie, fait l'objet d'une prise en considération distincte sous ce double angle* »¹³. De ce point de vue, on pourrait être amené à croire, à tort, qu'une infraction commise dans le cadre d'un appel d'offres, par nature instantanée, ne serait pas d'une gravité extrême. Cependant, l'Autorité de la concurrence précise clairement que cet aspect ne saurait en aucune manière constituer une circonstance atténuante à l'établissement de la gravité des faits : « *le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marché public, puisqu'un appel d'offres est, par nature, un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable* »¹⁴. Si la faible durée des faits ne vient pas atténuer le degré de gravité aux yeux de l'Autorité de la concurrence, elle pourrait en revanche être retenue au titre de l'évaluation des dommages à l'économie, ce que reconnaît l'Autorité au point 161 de sa décision, mais pour lui opposer immédiatement la répétition de l'infraction, plusieurs appels d'offres étant en cause dans cette affaire.

Selon Patrick Hubert, alors Rapporteur général au Conseil de la concurrence, dans le cas des ententes sur un appel d'offres, « *il est plus ardu de déterminer les dommages causés à l'économie par cette entente. On peut tout à fait considérer que ce dommage est nul car la création de richesses consécutive à l'investissement lié à l'appel d'offres n'est pas compromise par l'entente, celle-ci n'affectant que le mode de partage des richesses en cause au sein du système économique* »¹⁵. P. Hubert semble ici se référer à la notion de surplus total, c'est-à-dire à la somme des surplus des producteurs et des consommateurs. Dans le cas d'une surtarification permise par une entente, il y a bien un transfert monétaire des consommateurs vers les producteurs qui, de fait, peut apparaître comme neutre au titre de ce surplus total. Cependant, dans les affaires d'ententes, on considère plutôt que le dommage correspond à l'ensemble du surplus prélevé indûment aux consommateurs. Dans le cas spécifique des ententes sur appels d'offres, le dommage ne serait alors pas nul, dans la mesure où il correspondrait au moins au surcoût relatif à l'accroissement de prix induit par les offres de couverture. Au-delà du simple écart de prix, on peut également prendre en considération l'ensemble des effets indirects induits par l'entente. C'est ainsi que l'Autorité retient de manière très générale l'idée que le dommage à l'économie résulte de l'atténuation de l'incertitude (point 158) ou de la baisse de la pression pro-concurrentielle (point 159). De manière plus précise, sont également retenus les arguments de reconduction d'appels d'offres déclarés infructueux, et des coûts engendrés pour le maître d'œuvre du fait de la nécessaire organisation de nouveaux appels d'offres, ainsi que du retard pris dans l'exécution des travaux (point 160).

Cependant, ces coûts ne sont pas chiffrés. Le I de l'article 464-2 du Code de commerce indique que « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle*

¹² Excepté, bien entendu, si une condamnation a eu lieu entre deux ententes sur appels d'offres, auquel cas il s'agit de récidive, ce qui constitue alors un facteur aggravant pour l'entreprise en infraction.

¹³ Communiqué sur les sanctions, *op. cit.*, point 18.

¹⁴ Décision n° 11-D-07, *op. cit.*, point 151.

¹⁵ Hubert P., 2000, « L'efficacité préventive des décisions en matière d'ententes », *Petites Affiches*, 28 décembre 2000, n° 259, pp. 11-15, page 13.

réitération de pratiques prohibées ». Le Conseil de la concurrence a ainsi pu jouer sur le fait que la notion « d'importance » ne revêt pas nécessairement de caractère quantitatif, ce que reprend également l'Autorité dans sa décision (point 154). On peut d'un côté comprendre la position de l'Autorité quant au chiffrage exact des dommages à l'économie, qu'il est extrêmement complexe de pouvoir réaliser, au risque de voir s'appliquer des sanctions insuffisamment répressives et/ou dissuasives. D'un autre côté, cette absence de quantification introduit nécessairement une grande incertitude dans le traitement des affaires concernées, voire, dans les ententes sur appels d'offres, une tendance à déclarer *de facto* importants les dommages à l'économie, sans qu'il soit réellement nécessaire d'en fournir une justification circonstanciée. Ajoutée au caractère quasi intrinsèque de la gravité de cette infraction, cette tendance conduit dans une certaine mesure à rendre l'analyse de ce genre d'affaires un peu formelle et à systématiser, par principe, le recours à un mode de calcul des sanctions qui soit assez répressif¹⁶. On peut alors se demander comment ces considérations sur la gravité et les dommages s'articulent avec la procédure de non contestation des griefs.

2. Impacts de l'application de la procédure de non contestation des griefs

Ce dispositif est une spécificité du droit de la concurrence français qui consiste pour une firme mise en cause à renoncer à contester « *la réalité des griefs qui lui sont notifiés* ». « *Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* ». A cela s'ajoute le fait que le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence propose une réduction de la sanction « *lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir* »¹⁷, c'est-à-dire lorsque l'entreprise prend des engagements¹⁸. La réduction de la sanction proposée prend alors la forme d'un pourcentage du montant qui aurait dû être celui de la sanction, appelé taux de réfaction. Il y a donc une forme de négociation entre l'Autorité et les firmes en cause qui porte sur la nature des engagements, en espérant, pour les entreprises, pouvoir bénéficier d'une réduction d'amende substantielle. C'est pourquoi la procédure de non contestation des griefs est également appelée procédure de transaction.

En première lecture, on peut se demander quel est l'intérêt réel des firmes dans la division par deux du montant maximal de la sanction encourue. Cela passe ce montant maximal de 10 % à 5 % du chiffre d'affaires mondial du groupe, mais dans la mesure où les amendes sont très souvent largement inférieures à 5 % du chiffre d'affaires, on pourrait penser que cette disposition n'est pas *a priori* susceptible d'influencer à la baisse le montant de l'amende qui sera réellement versée. Excepté si l'on considère que l'Autorité fixe en réalité le montant final de l'amende à partir d'un pourcentage de la sanction maximale encourue, auquel cas l'impact serait immédiat¹⁹. L'application du taux de réfaction effectuée par la suite permet quant à elle la réduction objectivement visible de la sanction. Cette réduction peut même être d'une grande importance. Historiquement, le taux de réfaction le plus élevé qui ait été appliqué était de 90 %²⁰. Cependant, nous verrons que le choix d'application du taux de

¹⁶ Comme semble le confirmer les dispositions du communiqué sur les sanctions. *Cf. infra*.

¹⁷ Selon les termes du III de l'article L 464-2 du Code de commerce.

¹⁸ En pratique, la sanction pourrait être réduite même sans engagements, comme le montre la décision sur les travaux de peinture industrielle. *Cf. infra*.

¹⁹ Mais rien ne semble corroborer ceci dans les explications générales fournies par l'Autorité en matière de calcul des sanctions. Nous reviendrons sur cette question, pour le cas spécifique des ententes sur appels d'offres, dans la troisième partie de cet article.

²⁰ Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

réfaction est assez flou. Dans l'affaire des travaux de peinture industrielle, les taux sont par ailleurs particulièrement faibles (de 12 à 16 % seulement).

Concernant les engagements pris par les entreprises dans le cadre de la procédure de non contestation des griefs, ils sont analysés de manière un peu différente de ceux que l'on observe en matière de contrôle de concentration. Dans une situation de contrôle des concentrations, comme l'indique Lucile Fréneaux : « *une des particularités de l'engagement est d'être le fruit d'une négociation entre les autorités de concurrence et les parties notifiantes. La négociation est, en elle-même, un gage d'efficacité des mesures correctives car les parties sont plus intéressées à exécuter des mesures qu'elles ont proposées et négociées qu'à mettre en œuvre des mesures imposées ne prenant pas forcément en considération leurs intérêts.* »²¹. Les enjeux des engagements sont en effet essentiels dans ce cadre, soit pour s'assurer de l'acceptation de la concentration par l'Autorité, soit pour éviter que la procédure ne dure trop longtemps²². L'entreprise qui prend des engagements dans ce contexte en attend alors des gains fortement positifs, tandis que dans le cas d'une procédure de non contestation, les engagements apparaissent comme un point de passage obligé pour éviter une amende trop importante, et sans aucune assurance du résultat. Les firmes peuvent ainsi être plus probablement mécontentes de la décision rendue et chercher à ne pas se conformer strictement aux engagements pris.

Aussi, il apparaît difficile de suivre Arnold Vialfont lorsqu'il indique que les procédures d'engagements et de non contestation « *rendent les recours contre la décision du Conseil moins probables de par leur caractère consensuel* »²³. Il est vrai que les recours semblent moins probables, mais il semble que cela soit plus dû à la non contestation des griefs elle-même, plutôt qu'à un intérêt commun des firmes impliquées et de l'Autorité, contrairement au cas du contrôle des concentrations. En cas d'insatisfaction de l'entreprise – par exemple sur la nature des engagements demandés par l'Autorité – la procédure de non contestation cesse pour reprendre sous la forme d'une procédure normale, au niveau de la notification des griefs²⁴. Comme la non contestation ne vaut pas reconnaissance de culpabilité, l'affaire est censée se juger selon une procédure classique. Cependant, il est bien difficile de croire que la firme puisse espérer faire valoir pleinement ses arguments de défense alors même qu'elle avait précédemment accepté de ne pas contester les faits qui lui étaient reprochés. Cela constitue d'ailleurs, pour les entreprises qui souhaiteraient recourir à la procédure de non contestation, un risque important, qualifié de « *risque de négociation* » par Patrice Bougette *et al.*²⁵, les firmes acceptant d'affaiblir l'impact de leur défense, au risque même de voir le taux de réfaction en être infléchi²⁶. Il est donc peu probable que les firmes contestent la décision rendue par l'Autorité, mais sans pour autant que cela relève d'un

²¹ Fréneaux L., 2007, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 21, n° 1, pp. 43-67, page 48.

²² Cela pose d'ailleurs d'importantes questions de stratégies et d'efficacité auxquelles les économistes se sont largement intéressés. Voir : Bougette P., 2011, « Négociation d'engagements en matière de concentrations : une perspective d'économiste », *Les procédures négociées en droit de la concurrence*, L. Boy, F. Marty & P. Reis (eds), Les dossiers de la Revue Internationale de Droit Economique, n° 4, pp. 111-124.

²³ Vialfont A., 2007, « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 21, n° 2, pp. 157-184, page 160.

²⁴ Comme le précise A. Vialfont, *op. cit.*, p. 72.

²⁵ Ce risque de négociation inclut également le fait que l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par la proposition du rapporteur général concernant le taux de réfaction, ce qui constitue une incertitude majeure pour les firmes qui recourent à l'article L 464-2 III. S'ajoute un second risque, le « *risque procédural* » qui provient des problèmes d'interaction entre la procédure de non contestation des griefs et la procédure simplifiée. Voir : Bougette P., Montet C. et Venayre F., 2006, « Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction », *Concurrence et Consommation*, n° 146, juillet, pp. 50-56.

²⁶ Même si ce dernier est théoriquement lié à la nature des engagements pris, mais nous verrons en troisième partie qu'il n'est pas toujours aisé de comprendre les déterminants du taux de réfaction.

processus consensuel, ce qui laisse dubitatif sur le degré d'effort consenti par les entreprises pour mettre en œuvre les engagements souscrits.

La nécessité de vérifier la réalité d'exécution des engagements apparaît alors, renforcée par le fait que la nature des engagements relevant de la non contestation peut différer sensiblement de celle des engagements liés aux notifications de concentration. Il ne fait pas mystère que les autorités de concurrence en charge du contrôle des concentrations sont toutes réticentes aux engagements comportementaux, leur préférant très largement des engagements structurels. Or, dans le cas des procédures de non contestation des griefs – et particulièrement dans la situation d'entente sur un appel d'offres qui nous intéresse ici – les engagements ne peuvent être que comportementaux. Massimo Motta²⁷ explique très simplement ce choix rationnel des autorités par le fait que les engagements comportementaux engendrent pour elles des mécanismes de contrôle coûteux. A l'inverse, les engagements structurels n'impliquent pas de tels mécanismes de surveillance, du fait de leur caractère irréversible – ce qui est notamment facile à percevoir lorsque l'on considère le cas des cessions d'actifs. Par ailleurs, les engagements comportementaux s'inscrivent dans le temps, par opposition à l'immédiateté des engagements structurels, et sont donc soumis à la question de leur adéquation à l'évolution du marché. Il est ainsi possible qu'un engagement décidé à une certaine date s'avère par la suite infondé compte tenu de la dynamique du marché en question. Enfin, comme le précise Lucile Fréneaux, « *ces engagements visant des comportements, ils ne peuvent être indéfinis et sont prévus pour une durée variant entre deux et cinq ans. Leurs caractéristiques les rendent donc plus sujets à l'inefficacité* »²⁸. La surcharge de travail que représente la vérification de l'application des engagements peut ainsi être non négligeable²⁹, de même que la question de l'efficacité de mesures strictement comportementales demeure.

Les éléments que nous venons d'exposer sont communs à l'ensemble des procédures de non contestation des griefs et soulignent notamment, du côté des entreprises, l'ampleur de l'incertitude à laquelle elles font face, notamment en raison de l'affaiblissement de leur défense, inhérente à l'idée même de non contestation. On pourra opposer que les entreprises restent libres de contester l'étendue de la gravité des faits ou des dommages causés à l'économie. Cependant, compte tenu des éléments exposés dans la première partie de cet article, il semble que cette opportunité ne puisse jouer qu'un rôle assez faible. Surtout, concernant le cas de l'évaluation des dommages, si l'on considère en suivant la Cour d'appel de Paris que : « *le dommage causé à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie* »³⁰. Dans le cas de l'affaire des travaux de peinture industrielle, cependant, un autre élément vient renforcer, pour l'une des entreprises, la difficulté d'établir une défense efficace. En l'espèce, quatre entreprises étaient accusées de s'être entendues dans le cadre d'un appel d'offres. Or, sur ces quatre entreprises, trois ont demandé l'application de la procédure de non contestation : Grivetto, Lassarat et Prezioso. Pour la quatrième – Sorespi –, il semble alors particulièrement complexe de contester les faits. D'autant plus qu'il s'agit ici d'échanges d'informations sur les prix de soumission, c'est-à-dire d'une pratique par nature bilatérale ou multilatérale. Le point 131 de la décision montre bien cette difficulté concernant un échange d'informations entre Sorespi et Lassarat, cette dernière ne contestant pas les griefs : « *Le document ci-dessus analysé, rapproché des autres éléments recueillis, étant observé que Lassarat n'a pas contesté le grief d'avoir échangé des*

²⁷ Motta M., 2004, *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge University Press, March, 640 p.

²⁸ Fréneaux L., *op. cit.*, p. 56.

²⁹ Voir Fréneaux L., *op. cit.*, pp. 61-62 pour des exemples de mécanismes de contrôle et d'externalisation du contrôle par les autorités dans le cadre d'engagements comportementaux dans des procédures de concentrations d'entreprises.

³⁰ Cour d'appel de Paris, Arrêt du 19 septembre 1990, Société Herlicq et autres.

informations avec Sorespi concernant cet appel d'offres, constitue ensemble un faisceau d'indices graves, précis et concordants démontrant que Sorespi a échangé des informations avec Lassarat concernant le prix de son offre antérieurement à la date limite du dépôt de l'offre. »³¹.

On peut donc se demander quel est l'impact de ce type de défense solitaire sur la détermination de la sanction de la firme en question. D'autant plus si l'on considère les arguments de gravité et de dommages à l'économie des ententes sur appels d'offres, ainsi que les incertitudes inhérentes à la procédure de non contestation des griefs. Or cette situation où seule une entreprise ne demande pas l'application du III de l'article L 464-2 n'est pas le premier cas rencontré dans la jurisprudence. Une précédente décision du Conseil de la concurrence, relative à un échange d'informations sur un appel d'offres, avait connu une situation similaire. Dans l'affaire du port autonome de Marseille³², en effet, deux des trois firmes incriminées avaient eu recours à la procédure de non contestation des griefs³³. Il apparaît donc intéressant de voir, au-delà de la question générale de la détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres, s'il est possible de déterminer des similitudes dans le calcul des sanctions pécuniaires des firmes dans ces deux affaires.

3. Quelle rationalité de la détermination des sanctions pécuniaires ?

Le récent projet de communiqué sur les sanctions³⁴ de l'Autorité de la concurrence a pour but d'accroître « *la transparence sur la méthode suivie pour déterminer les sanctions en matière de concurrence* »³⁵. A cet effet, l'Autorité précise qu'elle détermine le montant de base de la sanction comme une proportion de la valeur des ventes réalisées, de préférence à l'utilisation d'un pourcentage du chiffre d'affaires « *qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de l'infraction commise sur le(s) secteur(s) ou marché(s) concerné(s)* » (point 19 du communiqué sur les sanctions), ce qui laisse entendre que l'utilisation du chiffre d'affaires comme assiette conduirait à sanctionner trop lourdement les entreprises. On retient ensuite une proportion de cette valeur des ventes de 0 à 30 % ou, pour les accords horizontaux qui sont parmi les infractions les plus graves, entre 15 et 30 % (point 35). Le montant est ensuite ajusté selon des critères d'individualisation (points 37 à 42), puis il est tenu compte de l'éventuelle réitération des faits (points 43 à 45), le montant de la sanction pouvant alors être augmenté de 5 à 50 % (point 45). Enfin, des ajustements sont opérés pour tenir compte des procédures particulières – clémence ou non contestation des griefs – et de la capacité contributive des entreprises (points 46 à 57).

Toutefois, le cas des ententes sur appels d'offres échappe à cette méthodologie. L'Autorité précise, dans les deux derniers points du communiqué (58 et 59) que la valeur des ventes ne constitue pas, alors, un indicateur approprié. L'idée sous-jacente est que chaque appel d'offres constituant un marché distinct, la sanction serait alors aux yeux de l'Autorité

³¹ Souligné par nous.

³² Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille.

³³ Les entreprises Guigues et SNEF ne contestaient pas les griefs, tandis qu'Eurovia (ex-Cochery Bourdin Chausse) les contestait.

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ Selon les termes du communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 17 janvier 2011 : « Sanctions : une large consultation publique est organisée pendant deux mois ».

insuffisante si elle était calculée selon le mode opératoire décrit ci-dessus³⁶. On rejoint ici des préoccupations déjà émises par Patrick Hubert en 2000, qui indiquait que, dans les situations d'appels d'offres, le « *marché pouvait être très modeste* », sous-entendant là aussi que la sanction résultante pouvait s'avérer trop faible, ou que l'entreprise concernée pouvait être « *la filiale d'un groupe important et qu'entre la date des faits reprochés et celle à laquelle la procédure intervient, ce groupe ait décidé de vider la filiale en question de la quasi-totalité de son chiffre d'affaires, réduisant à une peau de chagrin l'assiette de la sanction* »³⁷. On peut donc comprendre que l'Autorité se refuse à appliquer le critère de la valeur des ventes aux cas d'ententes sur les appels d'offres, mais il est regrettable que le communiqué reste aussi flou sur le mode alternatif de détermination des sanctions dans ces situations. Le point 59 mentionne ainsi, en toute imprécision, « *l'assiette que l'Autorité retiendra comme pertinente* »³⁸ sur laquelle s'appliquera « *un coefficient déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie* », coefficient qui « *tiendra compte du fait que ces pratiques se rangent, par leur nature même, parmi les infractions les plus graves* ».

L'Autorité affirme d'ailleurs, dans la décision des travaux de peinture industrielle, qu'au-delà du simple marché lié à l'appel d'offres, ce n'est pas l'ensemble de l'activité du secteur concerné qui est considérée, mais bien l'ensemble de l'activité du groupe, même si ce dernier est multimarchés. Ainsi, l'entreprise Prezioso a-t-elle fait valoir que l'activité de peinture industrielle ne représentait que 40 à 50 % de son chiffre d'affaires global, et l'Autorité, dans sa réponse, a mis en exergue l'ampleur du chiffre d'affaires du groupe (point 173). Cet argument corrobore l'idée d'une taille importante des entreprises considérée comme un facteur aggravant de l'infraction³⁹. On trouvait d'ailleurs un argumentaire proche dans la décision sur le port autonome de Marseille⁴⁰.

Il est donc intéressant d'essayer de comprendre, en l'absence de méthodologie transparente, comment la sanction a pu être déterminée dans le cas du marché des travaux de peinture industrielle. Pour les trois firmes ayant eu recours à la non contestation, l'Autorité considère le chiffre d'affaires du groupe et détermine le montant maximal de la sanction comme étant 5 % de ce chiffre d'affaires, ce qui correspond au maximum légal de 10 % amputé de moitié, selon les termes de l'article L 464-2 III. Ensuite, pour chacune de ces trois firmes, l'Autorité indique, sans complément d'information sur le calcul, que la « sanction devrait être » de tel montant. Or, il apparaît immédiatement – même si cela ne réfère pas à un mode de calcul explicite puisque l'assiette de calcul de la sanction n'est pas fixée dans le communiqué sur les sanctions – que dans deux cas (Grivetto et Prezioso), cela correspond à 10 % du montant maximal encouru. On se prend alors à penser que l'Autorité aurait pu retenir

³⁶ On peut noter qu'il s'agit là d'un argument allant dans le sens opposé de celui qui consistait à considérer que l'utilisation du chiffre d'affaires comme référence pouvait conduire à pénaliser indûment certaines entreprises dans les dossiers autres que des ententes sur appels d'offres.

³⁷ Hubert P., *op. cit.*, page 13. On notera que cette seconde objection de P. Hubert ne pose plus de difficulté depuis la loi NRE, puisque c'est bien le chiffre d'affaires du groupe dans son ensemble qui est pris en compte dans le calcul du montant maximal de la sanction encourue.

³⁸ Ce point a par exemple soulevé d'importantes inquiétudes de la part de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, qui souligne que : « *cette méthode de détermination des sanctions appelle les plus vives réserves au regard des principes de transparence et de prévisibilité, dans la mesure où le communiqué ne précise pas quelle sera l'assiette du calcul en pareil cas* ». Voir : *Méthode de détermination des sanctions de l'Autorité de la concurrence*, Rapport de Monsieur Michel Clair, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 17 mars 2011, page 13.

³⁹ Voir première partie.

⁴⁰ Point 42, *op. cit.*

comme référence ce montant maximal⁴¹. Toutefois, dans le troisième cas (Lassarat), cela correspond à 13 % de ce montant. Or la différence est sensible, puisqu'elle aboutit à sanctionner l'une des trois firmes d'un tiers de plus que les deux autres.

Bien entendu, on pense immédiatement au principe d'individualisation de la sanction, qui pourrait justifier une telle différence de traitement. Le communiqué de presse accompagnant la décision⁴² mentionne ainsi que les « *sanctions sont proportionnées à la gravité des pratiques et à la situation des contrevenants* ». Cependant, il paraît difficile de justifier cette différence de traitement au regard des éléments fournis dans la décision ou le communiqué de presse. L'Autorité met ainsi en avant la répétition des pratiques, ce qui ne permet pas de différencier les situations de Grivetto, Lassarat ou Prezioso. De même, elle avance la plus forte implication de Lassarat et Prezioso ainsi que leur position de leaders dans le secteur. Cela justifierait donc un traitement différencié de Grivetto⁴³, mais pas de Lassarat par rapport à Prezioso. De la même façon, il est difficile d'invoquer le comportement des entreprises au cours de la procédure, ou la bonne volonté dans la prise d'engagements, puisque les taux de réfaction obtenus par Lassarat et Prezioso sont identiques (16 %). En revanche, Grivetto n'obtient que 12 %, mais l'Autorité justifie ce taux moindre par une relative mauvaise volonté dans la définition des engagements⁴⁴. L'argument de l'appartenance à un grand groupe ne permet pas non plus de justifier un traitement différencié en défaveur de Lassarat, puisque l'Autorité souligne au contraire que Prezioso appartient à un groupe dont le chiffre d'affaires est « *plus de deux fois supérieur à celui du groupe auquel appartient l'entreprise Lassarat* » (point 173). Ce traitement moins favorable de Lassarat est d'autant moins compréhensible que, par la suite, il est tenu compte des difficultés financières de l'entreprise et que l'amende ainsi déterminée est alors diminuée de 77 %. Au total, il est donc bien difficile de comprendre pourquoi les entreprises n'ont pas toutes obtenu une sanction équivalente, en l'occurrence à 10 % du montant maximal de l'amende si l'on considère le choix majoritaire de l'Autorité, avant prise en considération de leur capacité contributive.

Pour Sorespi, seule entreprise à contester les griefs qui lui sont reprochés, la décision ne fournit aucune indication du calcul de la sanction pécuniaire. Il est simplement mentionné qu'il « *y a eu lieu de prononcer à son encontre une sanction de 7 500 euros* » (point 175). Or, en l'absence de contestation des griefs, le montant maximal de l'amende encourue devrait être pour Sorespi de 10 % de son chiffre d'affaires. Sorespi obtiendrait ainsi une sanction de 3 % du montant maximal, ce qui est très inférieur aux sanctions des autres entreprises incriminées. Même en considérant un montant maximal de 5 % du chiffre d'affaires, l'amende ne représente donc que 6 % de ce montant maximal, ce qui reste encore très inférieur aux autres sanctions. Sorespi se trouve ainsi être l'entreprise la moins sanctionnée, à hauteur de 0,3 % de son chiffre d'affaires global (du moins avant prise en compte de la capacité contributive puisque Lassarat a par la suite bénéficié d'une très forte décote). Cela dit, Sorespi n'est pas leader du secteur, n'appartient pas à un grand groupe et ne se voit pas reprocher la répétition des faits. Son traitement plus favorable s'explique donc, même s'il est impossible de discuter

⁴¹ La division par deux du maximum de la sanction encourue représenterait alors un intérêt pour les entreprises recourant à la non contestation des griefs puisqu'elle ferait mécaniquement baisser le montant de la sanction finale, conformément à ce qui a été vu dans la première partie.

⁴² Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 24 février 2011 : « Travaux de peinture industrielle ».

⁴³ Pourtant Grivetto et Prezioso subissent toutes les deux des amendes équivalentes à 10 % du montant maximal encouru.

⁴⁴ Initialement, le taux de Grivetto était même de 10 %, celui proposé par le rapporteur général, qui tenait seulement compte de l'absence de contestation des griefs (point 165). On voit d'ailleurs que la prise d'engagements ne permet donc à Grivetto qu'une baisse de 2 % de l'amende finale, ce qui ne représente pas vraiment un montant incitatif. Sur la même base, Prezioso et Lassarat obtiendraient donc une baisse de 6 % avec la prise de leurs engagements.

des proportions de cet avantage compte tenu de l'absence d'explications de la décision. Le tableau 1 synthétise les éléments qui viennent d'être exposés.

Tableau 1 : Détermination des sanctions (en €) dans la décision 11-D-07

	Montant maximal encouru	« Sanction devrait être »	Sanction avec réfaction	Sanction avec difficultés financières
Grivetto	287 120 → 5 % du CA	28 000 → 10 % du montant maximal	24 600 → -12 % de réfaction → Amende finale : 0,4 % du CA	<i>Id</i>
Lassarat	4 620 746 → 5 % du CA	615 000 → 13 % du montant maximal	516 000 → -16 % de réfaction → Amende finale : 0,6 % du CA	120 000 → -77 % → Amende restante : 0,1 % du CA
Prezioso	12 375 350 → 5 % du CA	1 200 000 → 10 % du montant maximal	1 008 000 → -16 % de réfaction → Amende finale : 0,4 % du CA	<i>Id</i>
Sorespi	AC : non précisé → 250 320 correspond à 10 % du CA → 125 160 correspond à 5 % du CA	7 500 → 3 % du montant maximal → 6 % du montant maximal	7 500 → -0 % de réfaction → Amende finale : 0,3 % du CA	<i>Id</i>

Comme nous venons de le voir, il est très complexe de comprendre les déterminants du calcul des sanctions dans ce dossier. Compte tenu des similitudes qui existent entre cette affaire et celle du port autonome de Marseille, il est intéressant d'étudier ce dernier cas. La décision du Conseil ne fournit que très peu d'éléments : elle indique directement ce que la sanction devrait être en l'absence de procédure de non contestation des griefs, mais sans calcul préalable du montant maximal encouru. Elle applique ensuite le taux de réfaction pour fournir l'amende finale. Le taux appliqué est alors de 50 %, pour une proposition du rapporteur général de 30 à 50 %, mais l'Autorité ne précise pas avoir choisi le taux de 50 %. Cette décote de moitié apparaît en première lecture particulièrement généreuse au regard de l'affaire des travaux de peinture industrielle, bien que la nature des engagements pris dans les deux cas reste sensiblement la même, que le Conseil parle dans le cas du port autonome de Marseille de « *particulière gravité* » de l'infraction⁴⁵ et que des grands groupes soient également impliqués dans cette affaire.

Cette différence de traitement des deux affaires surprend donc. Cependant, les montants d'amende initialement retenus par le Conseil⁴⁶ pour les deux entreprises n'ayant pas contesté les griefs (Guigues et SNEF) semblent au contraire particulièrement élevés, ce qui vient compenser la relative clémence du taux de réfaction. Ainsi, si on calcule le montant maximal de la sanction encourue en prenant 5 % du chiffres d'affaires, comme le prévoient les dispositions de l'article L 464-2 III, la sanction fixée initialement par le Conseil représente

⁴⁵ Point 41 de la décision.

⁴⁶ Avant application du taux de réfaction.

alors, respectivement pour Guigues et SNEF, 20 et 16 % du montant maximal encouru, ce qui est nettement plus élevé que dans l'affaire des travaux de peinture industrielle. Par conséquent, après réfaction, les cinq entreprises ayant renoncé à contester les griefs se retrouvent sanctionnées à des niveaux similaires dans les deux dossiers : entre 0,4 et 0,5 % de leurs chiffres d'affaires. La sanction finale appliquée à Guigues correspond même exactement à celle qu'elle aurait eu en appliquant 10 % de la sanction maximale encourue, comme dans le cas de Grivetto et Prezioso.

Concernant l'entreprise contestant les griefs – Eurovia –, on observe en revanche une sanction massive de 3,7 % de son chiffre d'affaires. Attendu que la décision fait état de l'implication d'Eurovia dans de précédentes affaires⁴⁷, on peut penser que le Conseil a souhaité durcir la sanction pour tenir compte de la réitération des pratiques. Cela dit, l'amende finale à l'encontre d'Eurovia reste 3,5 fois supérieure⁴⁸ à ce qu'elle aurait été avec une démarche similaire à celle que nous avons vue, soit l'équivalence à 10 % du montant maximal encouru. Pourtant, le communiqué sur les sanctions indique en son point 45 que : « *en cas de réitération, le montant de la sanction pécuniaire tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base [...] peut être augmenté de 5 à 50 %* ». Bien entendu, les éléments de débats liés à l'individualisation n'étant pas transparents, il est impossible d'en apprécier l'ampleur, mais l'amende finale à l'encontre d'Eurovia semble être particulièrement élevée au regard des amendes obtenues par les autres contrevenants du dossier. Ainsi, les deux firmes ayant contesté les griefs dans les deux affaires se trouvent être *in fine* la moins condamnée pour le cas des travaux de peinture industrielle et la plus condamnée pour celui du port autonome de Marseille. Le tableau 2 synthétise les éléments exposés ci-dessus.

Tableau 2 : Détermination des sanctions (en €) dans la décision 03-D-10

	Indications de l'AC dans 03-D-10		Avec application des critères vus pour 11-D-07	
	« Sanction devrait être »	Sanction avec réfaction	Montant maximal encouru	Sanction devrait être (avec 10% du montant maximal)
Guigues	106 100	53 000 → -50 % de réfaction → Amende finale : 0,5 % du CA	531 000 → 5 % du CA → Sanction initiale représente 20 % du montant maximal	53 100
SNEF	2 123 000	1 061 500 → -50 % de réfaction → Amende finale : 0,4 % du CA	13 254 000 → 5 % du CA → Sanction initiale représente 16 % du montant maximal	1 325 400
Eurovia	75 000	75 000 → -0 % de réfaction → Amende finale : 3,7 % du CA	205 000 → Si 10 % du CA → Sanction initiale représente 37 % du montant maximum 102 500 → Si 5 % du CA → Sanction initiale représente 73 % du montant maximum	20 500 10 250

⁴⁷ Point 55 et suivants de la décision.

⁴⁸ Exactement : 75 000 euros contre 20 500 euros.

* *

*

L'Autorité de la concurrence affiche depuis le début de l'année une volonté de clarifier les modalités du calcul des sanctions pécuniaires qu'elle prononce, ce qui relève indéniablement d'une démarche positive de transparence. Elle précise toutefois que la transparence ne saurait être totale, dans la mesure où le principe d'individualisation de la sanction ne permet pas l'application de critères quantitatifs mécaniques. Ainsi, elle indique qu'il n'est « *ni possible, ni souhaitable [...] de concevoir [...] un barème mécanique permettant de prévoir par avance [le] montant précis [des sanctions pécuniaires]* »⁴⁹. Mais la méthode de calcul est néanmoins explicitée et un certain nombre d'éléments concernant les seuils ou les fourchettes de calculs sont fournis.

Une catégorie d'infractions échappe cependant à cette volonté de transparence de l'Autorité : les échanges d'informations réalisés dans le cadre des réponses aux appels d'offres. On peut d'une manière générale regretter ce choix de l'Autorité, et notamment dans la mesure où il s'agit d'infractions considérées comme particulièrement graves et pour lesquelles les dommages à l'économie ne sont jamais quantifiés car l'impact de ces ententes est considéré comme allant largement au-delà du marché strictement concerné par la fraude (par exemple par des effets de mimétisme des autres entreprises).

Cette importante incertitude qui pèse sur le traitement de ces affaires se trouve encore renforcée dans les cas où les firmes accusées décideraient de recourir à la procédure de non contestation des griefs, cette dernière étant par nature génératrice de risques pour les entreprises. Cette procédure prévoit la division par deux du montant maximal de la sanction encourue, la limitant à 5 % du chiffre d'affaires global. Cependant, cette disposition pourrait ne présenter aucun intérêt pour les entreprises, dans la mesure où il n'y a pas de lien explicite entre le montant maximal encouru et le montant final de la sanction avant réfaction. Si effectivement, dans sa pratique, l'Autorité ne lie pas les deux montants, seul le taux de réfaction constituerait pour les entreprises un gain de la procédure de non contestation. Or, la fixation de ce taux reste pour une large part mystérieuse et l'Autorité reste en outre libre de suivre ou non les recommandations du rapporteur général. On comprend que, puisque le taux est, dans les textes, lié à la nature des engagements, il soit complexe d'en préciser à l'avance des valeurs, même indicatives ou approximatives. Mais il n'en demeure pas moins que cela implique que la procédure de non contestation des griefs est intrinsèquement génératrice de profondes incertitudes.

Le cumul des incertitudes de cette procédure de non contestation et de la méthode de calcul des sanctions dans le cas des ententes sur appels d'offres rend les affaires concernées d'une opacité telle qu'il est difficile de comprendre les déterminants des décisions rendues. A partir de la comparaison de deux affaires, tentée dans cet article, on voit bien à quel point il est complexe de tenter de dégager des tendances communes dans la pratique de l'Autorité de la concurrence en matière de détermination des sanctions dans les cas d'ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs. Il apparaîtrait donc opportun de clarifier le déroulement de ce type de procédures, mais ce n'est pourtant pas le choix envisagé par l'actuel communiqué sur les sanctions de l'Autorité, ce que l'on peut regretter.

⁴⁹ Point 15 du communiqué sur les sanctions, *op. cit.*