

L'invocabilité et le bien fondé des moyens relatifs aux pratiques anticoncurrentielles

Dans le cadre du référé précontractuel, le juge rejette systématiquement les moyens relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Cependant, les moyens tirés de l'existence d'offres anormalement basses, d'offres irrégulières, d'avantages concurrentiels dont bénéficierait l'attributaire... peuvent permettre, indirectement, au juge de statuer en se fondant sur le droit de la concurrence. Dans le cadre du contentieux de l'exécution, ce droit occupe une place plus importante.

Dans les différents contentieux de la commande publique, la réception et le traitement par le juge administratif des moyens relatifs aux pratiques anticoncurrentielles s'avère assez hétérogène. L'état du droit marque une délicate pénétration de ces moyens dans le contentieux de la passation et une palette plus large d'actions en matière de contentieux de l'exécution. Mais l'arsenal du juge administratif semble tout de même assez complet

Le rejet frontal par le juge du référé précontractuel des moyens relatifs aux manquements au droit de la concurrence ?

Depuis l'arrêt *SMIRGEOMES* du Conseil d'État⁽¹⁾, l'office du juge du référé précontractuel a été précisé, en revenant à une lecture plus rigoureuse des dispositions prévoyant et organisant ce recours.

Les moyens pouvant utilement être invoqués sont ainsi limités à ceux qui sont de nature à léser un candidat évincé ou susceptible de le léser, par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Intuitivement, l'on pouvait alors penser que les dispositions du Code de commerce sur les pratiques anticoncurrentielles rentreraient directement dans le champ de l'office du juge du référé précontractuel, puisque – en raisonnant rapidement – leur méconnaissance avantage une entreprise au profit d'une autre.

Auteur

Jean-Marc Peyrical
Avocat associé

Pierre Cailloce
Avocat collaborateur
Cabinet Peyrical & Sabattier associés

(1) CE sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420.

Mais le Conseil d'État se prononçait exactement en sens inverse, dans sa décision *Communauté urbaine du Grand Dijon*^[2], rendue concernant une requête dirigée contre la procédure de passation d'une délégation de service public, portant sur l'exploitation des services de la mobilité lancée par la communauté urbaine du Grand Dijon.

Le moyen soulevé devant lui était relatif à ce que, au regard de l'objet large de la délégation de service public, la communauté urbaine de Dijon abusait de sa position dominante ou serait susceptible de placer des opérateurs économiques en situation d'abuser d'une telle position.

Il jugeait que « la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibant les abus de position dominante n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ».

Et il rejetait ainsi le moyen tiré de ce que, « la communauté urbaine de Dijon aurait abusé de sa position dominante ou serait susceptible de placer des opérateurs économiques en situation d'abuser d'une telle position », au regard de l'objet de la délégation de service public, en l'estimant inopérant.

Du reste, cette position était déjà celle du Conseil d'État, dès 2007^[3] et confirmée en 2015^[4].

Devant le constat de l'impossibilité de se prémunir, utilement, d'un manquement au droit de la concurrence en référé précontractuel, praticiens et opérateurs s'interrogent : mais, alors, que faire ?

Le contrôle de l'offre anormalement basse

Il est possible de répondre qu'il existe des voies, que l'on pourrait qualifier de « détournées », pour essayer de saisir le juge de pratiques anticoncurrentielles.

La première voie consiste à invoquer l'existence d'une offre anormalement basse.

Consacré en ce qui concerne les marchés publics^[5], ce régime ne s'applique pas en tant que tel aux contrats de concession, même si le Conseil d'État a pu examiner un moyen de cette nature soulevé à l'encontre de la procédure de passation d'une concession de service, portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers

urbains, lancée par la commune de Saint Julien en Genevois^[6].

Les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier sous cette affaire sont particulièrement éclairantes, ce dernier estimant, *in fine*, que la transposition de la notion d'offre anormalement basse au droit des concessions « n'est ni impossible, au prix d'une certaine adaptation, nous venons de le voir, ni inutile, dans la mesure où les objectifs qu'elle poursuit, à savoir de garantir la bonne exécution du contrat, sont tout aussi prégnants lorsque c'est l'exploitation même d'un service qui est externalisé, voire davantage lorsque ce service est un service public dont la personne publique doit garantir à ses usagers la continuité et la qualité »^[7].

Elles pourront inciter, à l'avenir, les requérants à soulever le moyen, en l'articulant de manière cohérente avec les modalités de rémunération du contrat de concession et le modèle économique applicable et bien entendu en adoptant une approche différente de celle à retenir en matière de marché^[8].

Cette différence semble également être la force de ce moyen en matière de droit des concessions, dès lors que les modalités de rémunération du concessionnaire sont plus complexes, articulées autour d'un modèle économique commun aux soumissionnaires mais avec des données propres à chacun, selon les niveaux de recettes et de charges qu'ils proposent.

[6] CE 26 février 2020, Commune de Saint-Julien-en-Genevois, req. n° 436428 : « En quatrième lieu, si la société JCDecaux France soutient que l'offre de la société Girod Médias serait " anormalement basse ", la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions ». Le CE Au demeurant il ne résulte pas de l'instruction qu'à supposer que des prestations supplémentaires soient effectivement commandées à la société Girod Médias aux conditions figurant dans son bordereau de prix unitaires, une telle circonstance serait, à l'évidence, de nature à compromettre la bonne exécution de la concession. Par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Saint-Julien-en-Genevois aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant la candidature de la société Girod Médias doit être écarté ».

[7] Le rapporteur public invitait, alors, le CE à examiner le moyen : « Vous pourriez donc admettre qu'une autorité concédante ayant reçu une offre qui lui apparaît manifestement structurellement déficitaire demande à son auteur des justifications sur sa viabilité économique et puisse la rejeter si ses explications ne l'ont pas convaincu ».

[8] « Le prix versé par l'acheteur ne peut, par définition, qu'avoir un rôle marginal dans l'équilibre économique du contrat et ne peut certainement pas, aussi bas soit-il, en compromettre la bonne exécution. Transposer la notion d'offre anormalement basse aux concessions implique donc de l'appliquer non pas au prix mais à l'équilibre économique général du contrat, la sous-évaluation manifeste qui caractérise l'offre anormalement basse portant sur le risque assumé par le concessionnaire au regard des prestations qu'il s'engage à accomplir. Pour le dire autrement, l'offre anormalement basse pour l'obtention d'une concession consisterait à proposer des prestations dont le coût pour l'opérateur est bien supérieur aux recettes de l'exploitation du service » (Gilles Pellissier, conclusions sous CE 26 février 2020, précité).

[2] CE 21 septembre 2016, Communauté urbaine du Grand Dijon, req. n° 399656.

[3] CE 5 juin 2007, Société Corsica Ferries, req. n° 305280.

[4] CE 10 avril 2015, Société Hélicocéan, req. n° 386912.

[5] CCP, art. L. 2152-5 : « Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

Dans la mesure où le concessionnaire doit assumer la responsabilité et s'engager sur les recettes et les charges, un soumissionnaire tenté de formuler des prix prédateurs ne remettrait ainsi pas une offre crédible et, au contraire, exposerait l'autorité concédante à ce que le contrat ne puisse pas être exécuté correctement, le concessionnaire devant faire face à un déficit structurel d'exploitation qui l'incitera à arrêter d'exécuter le contrat⁽⁹⁾ et à mettre en péril la continuité du service.

C'est également tout l'intérêt des critères liés à la « robustesse du montage juridico-financier » ou encore de la « crédibilité du niveau de recettes et de charges », que l'on peut retrouver dans les procédures de passation des contrats de concession et qui peuvent permettre de valoriser les offres au regard des chiffrages des différents postes de recettes et de charges qu'ils proposent.

L'analyse de l'autorité concédante, utilement conseillée par un assistant à maîtrise d'ouvrage, devra permettre de décortiquer le modèle économique et la structuration de rémunération proposée, afin d'identifier des anomalies dans la constitution de la rémunération (concession) / du prix (marché).

Et dans le cadre de cette analyse, l'appréciation de l'offre anormalement basse peut se fonder sur des méthodes employées pour identifier les prix prédateurs.

Ainsi, dans une décision *AKZO c/ Commission*⁽¹⁰⁾, la Cour de justice de l'Union européenne, a pu préciser ce qu'il convenait d'entendre par cette notion :

- des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites, chaque vente entraînant pour l'entreprise une perte de la totalité des coûts fixes et d'une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite ;
- des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

Que l'on précise toutefois bien le propos ; en tant que tel, un moyen articulé autour d'un prix prédateur ou d'une pratique de ciseau tarifaire n'aura – c'est un euphémisme – que peu de chances de prospérer devant le juge du référé précontractuel.

Et un prix prédateur ne constitue une pratique anticoncurrentielle que pour autant qu'il est pratiqué par une entreprise en situation de position dominante et a un effet d'éviction des autres opérateurs.

Mais la méthode, économique notamment, utilisée pour détecter de telles pratiques, pourrait permettre l'identi-

fication et l'articulation d'un moyen tiré de l'offre anormalement basse de l'attributaire⁽¹¹⁾ ou, à tout le moins, d'appréhender la stratégie contentieuse sous un angle différent avec ce moyen.

Le dispositif du Code de la commande publique apparaît donc efficace et adapté.

Le contrôle de l'offre irrégulière

Une autre manière de « contourner » l'inopérance d'un moyen tiré de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle devant le juge du référé précontractuel, pourrait consister à invoquer l'irrégularité de l'offre, en ce qu'elle ne respecterait pas la réglementation sur la prohibition des pratiques anticoncurrentielles.

On le sait, une offre irrégulière est une offre qui, notamment, « méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale »⁽¹²⁾.

Cette notion est assez large puisque le texte évoque « la législation applicable », ce qui a pu être interprété par le Conseil d'État comme recouvrant, notamment, le manquement à une convention collective⁽¹³⁾.

Les dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles étant issues des dispositions législatives et réglementaires du Code de commerce, il sera assez aisé de démontrer qu'une telle pratique, qui permettrait à un concurrent de remporter indûment un marché, contrevient à la « législation » en la matière.

Un candidat évincé, persuadé que l'offre de l'attributaire résulte d'une pratique anticoncurrentielle, par exemple une concertation sur les prix, pourra utilement invoquer le manquement tiré de l'acceptation d'une offre irrégulière par le pouvoir adjudicateur.

Cette stratégie contentieuse présente l'avantage de ce que l'acceptation d'une offre irrégulière – sauf à ce que

(11) Ou bien en défense : en démontrant que l'offre du requérant est anormalement basse, l'attributaire met toutes les chances de son côté pour démontrer qu'aucune lésion ne peut être démontrée.

(12) CCP, art. L. 2152-2.

(13) À certaines conditions, en particulier en vérifiant que ce manquement affectait réellement l'offre au regard des particularités de l'offre : « Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 6 de l'annexe IV de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité : "Une indemnité de panier est accordée au personnel effectuant une durée minimale de travail de 6 heures continues. En cas de vacation de 12 heures une seule indemnité de panier est due. / Son montant est fixé à 3,30 euros (...)"; qu'en estimant que l'offre de la société RAS méconnaissait ces stipulations et était, par suite, irrégulière au seul motif qu'elle ne prévoyait, au titre de cette indemnité forfaitaire, qu'une somme de 0,388 euro par heure et par salarié affecté à l'exécution du marché, sans vérifier si ce montant moyen était suffisant au regard de la durée des vacations prévues par l'offre, dont une partie était inférieure à 6 heures de travail continues et n'ouvrait, dès lors, pas droit à l'indemnité de panier, le juge des référés précontractuels a entaché son ordonnance d'erreur de droit » (CE 23 novembre 2018, Société Protection Sécurité Sud Réunion, req. n° 422143).

l'offre du candidat évincée soit elle-même irrégulière – est toujours susceptible de léser le requérant^[14].

La seule difficulté pourra résider dans la démonstration de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle devant le juge administratif.

Cette stratégie contentieuse risque donc de se heurter – comme souvent en matière de référé précontractuel – à la charge de la preuve incombant au requérant, d'autant plus que les pratiques anticoncurrentielles sont en général et par nature, non divulguées et potentiellement difficilement détectables.

Sans compter que, en la matière, le contrôle du juge sera limité à l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, ce qui compliquera d'autant la démonstration de l'existence d'un manquement de la part de ce dernier.

Et il semble difficilement envisageable – compte tenu de la nature d'urgence de la procédure de référé précontractuel et du Code de justice administrative qui impose au juge de statuer dans un délai de vingt jours^[15] – que le juge administratif saisisse l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-3 du Code de commerce pour disposer de son appréciation sur l'existence ou non d'une pratique prohibée^[16].

Sans compter, une nouvelle fois, que la démonstration de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle doit avoir eu un impact sur la constitution et le contenu de l'offre, déposée par la société requérante dans le cadre de la procédure de passation contestée.

[14] « Considérant (...) que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir léser le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable » [CE 11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, req. n° 354652] ; « Considérant (...) que le choix d'une offre irrégulière est susceptible d'avoir léser le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a écarté la candidature ou, sans la classer, l'offre de ce candidat pour des motifs étrangers à ce manquement ou qu'il était tenu de le faire ; qu'en jugeant ainsi qu'un tel choix était par nature susceptible d'avoir léser tout autre candidat à la seule condition que la candidature de cet autre candidat soit elle-même recevable, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a commis une erreur de droit » [CE 30 juin 2014, Société Eiffage construction Pays de la Loire, req. n° 376504].

[15] « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5 » [CJA, art. R. 551-5]. Même si le non-respect de ce délai n'est pas prescrit à peine de dessaisissement du juge et que dans la pratique, le délai pour statuer peut aller jusqu'à un mois.

[16] « L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte ».

Le juge méconnaîtrait certainement la portée des dispositions du CJA relatives au référé précontractuel, en estimant irrégulière une offre, au motif que l'attributaire méconnaissait le droit de la concurrence mais sans vérifier que cette méconnaissance impactait directement l'offre remise, en particulier le prix proposé.

Le contrôle de l'avantage concurrentiel induit par la situation d'une personne publique

Le juge peut également être « sensibilisé » aux difficultés des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il examine un moyen concernant les avantages que tire une personne publique de son statut.

Si le moyen tiré de l'existence d'un abus de position dominante semble ne pas pouvoir être utilement invoqué dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel, un candidat évincé pourra toutefois utilement essayer d'invoquer l'avantage concurrentiel dont bénéficie l'attributaire, du fait de sa structure, de son financement et de ses coûts d'exploitation.

La question était posée au Conseil d'État, de savoir si le principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 – c'est-à-dire en substance le droit de la concurrence et la prohibition des pratiques anticoncurrentielle – fait « obstacle à ce qu'un marché soit attribué à un établissement public administratif qui, du fait de son statut, n'est pas soumis aux mêmes obligations fiscales et sociales que ses concurrents ».

Dans son célèbre avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants*^[17], il a pu affirmer, d'abord, qu'aucun « texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ».

Ensuite et c'est là particulièrement l'intérêt de cet avis dans le cadre de notre propos, le Conseil d'État indique qu'il n'existe pas d'avantages structurels, lié au régime fiscal ou du personnel, applicable aux personnes publiques, qui les placeraient « dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées » et qui ainsi ne seraient pas « de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public ».

S'agissant enfin des prix que peut proposer une personne publique – et l'on se rapproche ici de la « philosophie » de l'interdiction des prix prédateurs même si la notion n'est pas exactement la même – le Conseil d'État prenait également soin de préciser que le respect du droit de la concurrence suppose :

– d'une part, que le prix proposé, en l'occurrence, par un établissement public administratif, soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects

[17] CE avis 8 novembre 2000, n° 222208.

concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;

– d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

Cet avis a trouvé une seconde jeunesse avec la décision *Société Armor SNC*⁽¹⁸⁾ où le Conseil d'État juge que la participation d'une collectivité territoriale, à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, ne doit pas fausser les conditions de la concurrence et qu'en particulier, le prix proposé par la collectivité, doit être déterminé :

– en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation ;

– sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public ;

– et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

Et rien ne devrait empêcher un concurrent évincé de soulever utilement ce manquement devant le juge du référé précontractuel – voire le juge du contrat dans le cadre d'un recours en indemnisation du préjudice tiré de l'éviction irrégulière – au titre du manquement à la réglementation applicable.

D'autant plus que, récemment, les juges du fond ont pu faire application de ce contrôle pour considérer irrégulière la candidature d'un CHU, à une procédure de marché de location et d'entretien d'articles textiles, au motif qu'il n'était pas justifié que le prix, plus de deux fois inférieur à celui de la société requérante, n'emportait aucune distorsion de la libre concurrence⁽¹⁹⁾.

(18) CE Ass., 30 décembre 2014, req. n° 355563 : « Considérant (...) qu'une fois admise dans son principe, [la candidature des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics à l'attribution d'un contrat de commande publique] ne doit pas fausser les conditions de la concurrence ; qu'en particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ; que ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel ».

(19) C'est-à-dire « en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et que cet établissement public n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public » [CAA Bordeaux, Centre hospitalier Esquirol, req. n° 17BX03405.

En revanche, devant le juge du contrat et dans le cadre d'un recours en annulation ou en résiliation, ce vice risque de difficilement conduire à la satisfaction du requérant, en l'absence de démonstration d'une volonté de favoriser l'attributaire⁽²⁰⁾.

Tout pouvoir adjudicateur ou toute collectivité territoriale attributaire d'un marché public, devra veiller à pouvoir justifier de documents permettant d'établir :

– d'une part, de la prise en compte, dans l'offre de ladite collectivité, de l'ensemble des charges directes et indirectes se rattachant à l'activité faisant l'objet de l'offre dans le cadre du marché ;

– d'autre part, l'absence de sous-estimation du coût par l'absence d'intégration des frais d'amortissement de la drague et de certaines dépenses indirectes, notamment de frais de personnel⁽²¹⁾.

Les dispositions spécifiques du Code de la commande publique

On peut toutefois nuancer le propos quant à une éventuelle faible application du droit de la concurrence par le juge administratif voire son « rejet », au regard de certaines dispositions du Code de la commande publique.

(20) « Il résulte de l'instruction (...) que le prix de l'offre de la société Eveha était de 582 888 euros hors taxes tandis que celui de l'offre de l'INRAP s'élevait à 440 046,25 € HT, soit un montant inférieur de 24,4 %. Si la société Eveha fait valoir que le prix ainsi proposé par l'établissement public révèle que l'ensemble des coûts directs et indirects supportés pour l'exécution du marché n'a pas été pris en compte pour fixer ce prix, que les conditions de la concurrence ont été faussées et que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations en ne procédant pas à la vérification des conditions de constitution de l'offre de prix de l'INRAP, cette irrégularité, qui a trait à l'application des règles de passation et de mise en concurrence, ne confère pas un contenu illicite au contrat, n'est la source d'aucun vice du consentement et n'entache celui-ci d'aucun autre vice d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur ait entendu favoriser l'attributaire. Dès lors, le vice invoqué par la société Eveha n'est en tout état de cause pas de nature à entraîner l'annulation du marché attaqué » [CAA Marseille 11 janvier 2021, Société Eveha, req. n° 19MA00013].

(21) CAA Nantes 12 avril 2017, Société Armor SNC, req. n° 15NT00322 et CE 14 juin 2019, Société Vinci construction maritime et fluvial, req. n° 411444. L'arrêt du CE annulant la décision de la CAA de Nantes mais sur un autre point et ne remettant d'ailleurs pas en cause son analyse sur ce point : « En quatrième lieu, lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Si l'offre de la collectivité est retenue et si le prix de l'offre est contesté dans le cadre d'un recours formé par un tiers, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate ».

Par exemple, en phase candidature, un pouvoir adjudicateur ou une autorité concédante pourra fixer des motifs d'exclusions relatifs à l'existence, à l'égard des personnes soumissionnaires, « d'éléments suffisamment probants ou d'un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence »^[22].

Et en cas d'application de cette hypothèse d'exclusion et de contestation éventuelle de cette décision par un concurrent évincé, le juge devra se pencher sur l'éventuelle erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur quant à la détection d'une entente et, donc, s'approprier cette notion et en faire application *in fine*.

De même :

- il est interdit aux acheteurs de recourir aux accords-cadres, notamment, aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence^[23] ;
- la faculté de recourir à des marchés sans publicité ni mise en concurrence, pour des besoins inférieurs à 40 000 euros HT, pour lesquels l'acheteur doit veiller « à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin », c'est-à-dire à ne pas conférer un avantage au même opérateur économique.

Là encore, le dispositif du Code de la commande publique donne des arguments mobilisables et fixe un cadre se rapprochant du respect du droit de la concurrence.

Le contrôle de la validité d'un contrat et le droit de la concurrence

Dans sa décision *Société Million et Marais*^[24], le Conseil d'État a consacré l'intégration, dans le bloc de légalité administrative, de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Cette décision est d'autant plus intéressante pour le sujet qui nous intéresse, que c'est en se prononçant sur la validité d'un contrat de concession, à l'aune de l'article 9 de cette ordonnance, que le Conseil d'État a eu l'occasion d'énoncer cette règle.

Plus particulièrement, le Conseil d'État se prononçait sur la portée et la régularité du droit exclusif, conféré au titulaire d'un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres et a pu estimer :

- d'une part, que si le contrat litigieux attribuait à l'entreprise concessionnaire un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des pompes funèbres du concédant et créait au profit de cette entreprise une position dominante au sens des dispositions applicables, « la durée

de six ans, renouvelable une fois par décision expresse, de cette convention ne met pas la société en situation de contrevenir aux dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ;

- d'autre part, que le contrat litigieux ne contenait aucune clause qui permettrait à la société des Pompes Funèbres Générales d'abuser de sa position dominante.

Et le Conseil d'État de souligner que « la durée d'exploitation stipulée par le contrat litigieux ne constitue pas un abus de nature à mettre la société Million et Marais en situation de contrevenir aux stipulations précitées du traité instituant la Communauté européenne ».

Cet acte fondateur de l'entrée du droit de la concurrence dans le bloc de légalité va permettre à la juridiction administrative, quelques années plus tard, de prononcer l'annulation d'un marché public du fait d'un vice du consentement du pouvoir adjudicateur, provoqué par des pratiques anticoncurrentielles^[25].

Le Conseil d'État est même allé plus avant, en indiquant que le juge peut annuler un contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable au cocontractant, sans nécessairement que cette pratique ne soit constitutive d'un dol^[26].

Les juges du fond ont pu en faire une première application, même si aucun autre contrat n'a pu être annulé sur ce fondement à notre connaissance.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon, dans le cadre de plusieurs litiges relatifs à des marchés de fourniture de dispositifs de signalisation routière, conclus par la société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, a pu reprendre le considérant de la décision *Département de la Seine-Maritime* mais estimait que les conclusions d'annulation, présentées à titre principal, étaient prescrites^[27].

[25] CE 10 juillet 2020, Département de la Seine-Maritime, req. n° 420045 : « Lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi-délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif ».

[26] « Une partie à un contrat administratif, victime de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, peut, en cours ou après l'exécution de ce contrat, saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi-délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif » (CE, 10 juillet 2020, précité).

[27] CAA Lyon 3 décembre 2020, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, req. n° 18LY03567, 18LY03562, 18LY03524, 18LY03519 et 18LY03518.

[22] CCP, art. L. 2141-9 et L. 3123-9.

[23] CCP, art. R. 2162-1.

[24] CE sect., 3 novembre 1997, Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais, req. n° 148698, 165260 et 169907.

Quant à elle, la cour administrative d'appel de Paris a eu à se prononcer sur un moyen tiré de l'abus de position dominante, par l'attributaire d'un marché à bons de commande, pour la réalisation de prestations d'analyses et de prélèvements biologiques^[28].

Si la cour administrative d'appel de Paris rejette le moyen, la société requérante ne l'ayant pas assorti de précisions suffisantes, il le considère toutefois comme opérant.

Cette mouvance jurisprudentielle pourra ainsi inciter les requérants à développer une stratégie contentieuse, s'ils s'y croient fondés et si bien entendu des éléments probants existent en l'espèce, tendant à la mise au jour de pratiques anticoncurrentielles, en particulier :

- lorsque les prix pratiqués par l'attributaire ne semblent pas compétitifs ;
- lorsque l'attributaire a pu profiter de sa situation de position dominante sur le marché.

Le cas particulier du contrôle des aides d'État en matière de contrats de concession

La célèbre décision *Altmark*^[29] de la CJUE est venue impacter fortement le contenu des contrats de la commande publique et, en particulier, les contrats de concession qui prévoient qu'une contribution est versée par l'autorité concédante.

Elle impose en effet quatre conditions cumulatives pour que des subventions, représentant la contrepartie des prestations effectuées par des entreprises pour exécuter des obligations de service public, ne constituent pas des aides d'État.

La desserte maritime de la Corse, notamment, a pu donner lieu à une abondante jurisprudence en la matière.

En particulier, le Conseil d'État^[30] a pu estimer que la résiliation de la convention de délégation de service public portant sur l'exploitation du transport maritime de passagers et de marchandises, prononcée par tribunal administratif de Bastia, était justifiée.

En effet, le Conseil d'État relève :

- que le plafonnement de la compensation versée par la collectivité territoriale de Corse n'avait pas été déterminé par rapport à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des contrats du même type ;
- que le mécanisme de reversement prévu par la convention en cas d'économies liées à la baisse des prix du carburant ne permettait pas d'assurer que la totalité de la compensation versée aux co-délégataires ne dépassait pas ce qui était nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;

[28] CAA Paris 5 février 2021, Sociétés Biocal et Calédobio, req. n° 20PA00908.

[29] CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.

[30] CE 25 octobre 2017, *Compagnie Méridionale de Navigation*, req. n° 403335.

– que, s'il n'existe pas d'obligation de « correspondance absolue » entre le montant de la compensation versée au délégataire de service public et le montant des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public et si la seule obligation qui s'impose est que le montant retenu au titre de la compensation n'excède pas le coût des sujétions imposées au titre des obligations de service public, « la cour n'a pas commis d'erreur de droit en déduisant des éléments qu'elle avait relevés que les clauses de la convention et les modalités de calcul de la compensation ne permettraient pas d'assurer que le montant de la compensation versée aux co-délégataires ne dépassait pas ce qui était nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ».

Ce faisant, le juge du référé précontractuel et le juge du contrat, peuvent être amenés à faire application des règles du droit de la concurrence, dans le cadre de leur office, en particulier dans le cadre des contrats de concession et dans leur examen d'un moyen soulevé à l'encontre des modalités de calcul de la compensation de service public octroyée par l'autorité délégante.

Mais on ne peut s'empêcher de penser que le juge administratif dispose, avec en particulier les dispositions du Code de la commande publique et la jurisprudence tissée au fur et à mesure des années, d'un arsenal assez complet pour sanctionner des pratiques et décisions qui constitueraient, peu ou prou, des pratiques contraires au droit de la concurrence.

Après tout, les principes de la commande publique sont tels que les acheteurs respectent le principe d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures^[31].

Ces principes vertueux sont aussi ceux du droit de la concurrence, dans une certaine mesure et selon bien entendu des définitions particulières et une portée propre.

De même, de nombreux autres exemples témoignent de la prise en compte par le législateur, des impératifs d'une libre et égale concurrence, notamment :

- la fixation de la durée d'un marché, devant prendre en compte « la nécessité d'une remise en concurrence périodique »^[32] ;
- l'allotissement d'un marché pour permettre la plus grande concurrence^[33] ;
- la part d'exécution d'un marché réservée aux PME^[34] et l'exigence de critères y étant relative^[35].

Et ils participent à ce que la commande publique soit préservée des pratiques anticoncurrentielles, les manquements étant davantage sanctionnés au titre de l'atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique.

[31] CCP, art. L. 3.

[32] CCP, art. L. 2112-5.

[33] CCP, art. L. 2113-10.

[34] CCP, art. L. 2171-8 s'agissant des marchés publics globaux de performance.

[35] CCP, art. L. 2152-9 [ajouté par l'article de 131 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique*].