



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Novembre 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N° 12

**« La collusion et la corruption dans la passation des marchés publics » : l'OCDE met en ligne les actes de la table ronde : Plus de contrôle et plus de sévérité en perspective !**

*Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin*

Lors du neuvième Forum mondial sur la concurrence en février 2010, L'OCDE a organisé une table ronde dont le sujet était la collusion et la corruption dans les marchés publics. L'OCDE a mis en ligne plus de cinq cents pages qui reprennent les débats, la note de référence du Secrétariat général et les contributions soumises par les différents pays et intervenants. Le but de cette table ronde était en effet de mettre en commun les participations des acteurs afin d'optimiser la lutte contre ces infractions, que ce soit en termes de détection ou de répression. Un tel travail a été particulièrement enrichissant en ce sens que les multiples nationalités présentes ont permis d'avoir une vision multiculturelle et croisée de ces infractions.

Dans un premier temps, les problèmes de collusion et de corruption ont été abordés comme des phénomènes distincts. Il a été observé par les différents intervenants que la corruption pouvait être facilitée par la faiblesse du système législatif en cause qui peut permettre des comportements délictueux des fonctionnaires ou encore par les valeurs culturelles et sociales qui peuvent induire, dans certains pays, une coopération

entre citoyens, qui elle-même alimente le processus de corruption. Une transparence excessive des marchés favorise aussi les comportements délictueux. Il est important de préciser que dans les marchés publics, l'acheteur n'est pas directement le payeur, ce qui contribue à faciliter la corruption. Pour la collusion, les facteurs qui facilitent cette pratique sont divers : on peut notamment citer la mauvaise conception des procédures de passation des marchés, un excès de complexité ou encore un manque de formation des fonctionnaires responsables. Au cours de cette table ronde, il a été aussi remarqué que si la collusion et la corruption sont présentes dans tous les domaines, il n'en reste pas moins qu'elles se rencontrent plus souvent dans certains secteurs particuliers comme le BTP ou la santé.

Dans un second temps, les deux infractions ont été envisagées ensemble, ce qui peut sembler parfaitement logique. En effet, si ces deux infractions sont distinctes d'un point de vue juridique, il faut aussi ajouter que leur effet est souvent le même, à savoir, la désorganisation d'un marché public par son attribution sur la base de critères autres que la concurrence équitable et les mérites de l'offre retenue. Et dans ce cas, l'utilisation

des deniers publics n'est pas optimale. Il existe même des liens entre la corruption et la collusion qui se renforcent mutuellement. De manière générale, ce lien entre les deux infractions permet de répondre à deux impératifs :

- La nécessité de « **dédommagement** » ou d'attribution de marchés secondaires, afin que le délit de corruption ne soit pas révélé ;
- Et la volonté de rendre la corruption moins visible afin **de créer une apparence de concurrence**.

Compte tenu de ces éléments, les intervenants de la table ronde se sont focalisés sur la question de la lutte contre ces deux infractions. Comme pour leurs effets, deux approches sont possibles, une lutte contre chacune des infractions ou contre les deux de front. Parmi les mécanismes de lutte contre la corruption on peut notamment citer les audits *ex post*, les poursuites judiciaires à haute visibilité afin d'engendrer un soutien public aux efforts d'application de la loi ou encore la limitation du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires par une accentuation de la transparence. Contre les ententes et cartels anticoncurrentiels, il est possible d'envisager des mécanismes tels que l'ouverture des marchés à la concurrence internationale, une conception des adjudications qui ne laisse aucune marge pour la collusion ou encore une meilleure formation des fonctionnaires en charge de ces procédures et un dialogue accru avec eux.

Mais toute la difficulté repose sur le fait que les méthodes de prévention de l'une et de l'autre sont parfois concurrentes alors qu'une protection optimale de passation des marchés publics passe par une lutte contre les deux en même temps. A ce titre, l'amélioration de la transparence conçue comme une plus grande disponibilité des informations et accessibilité à celles-ci sur les marchés, une amélioration des règles de procédure de passation de ces marchés, la prise de décision rapide et la vérification systématique de l'application des règles de concurrence, est une arme à double tranchant. En effet, cette transparence est une

arme redoutable pour la prévention de la corruption. Néanmoins, cette transparence peut aussi permettre la collusion entre soumissionnaires car la diffusion d'informations commercialement sensibles permet aux concurrents d'aligner leur stratégie et facilite la formation d'un cartel. De plus, une transparence excessive peut rendre le processus d'adjudication prévisible et facilitera d'autant plus la collusion !

C'est dans cette optique que la coopération revêt toute son importance car elle permet de mettre au point une **stratégie d'ensemble cohérente**, pour que les infractions fassent l'objet de poursuites efficaces. Cette coopération revêt deux aspects : d'une part, entre les autorités de concurrence et les entités adjudicatrices et d'autre part, entre les autorités de concurrence et les organismes de lutte contre la corruption. Si une telle coopération existe déjà dans de nombreux pays, des travaux complémentaires seraient nécessaires sur ce point, notamment sur le champ d'application des protocoles d'accord entre les autorités de contrôle. Toutefois, il semble que cette coopération soit une « *approche fructueuse* » et donc une voie à approfondir. Il faut aussi trouver un équilibre entre les divers mécanismes qui ont été mis au point pour préserver et améliorer le processus de passation des marchés publics, afin de concilier les exigences parfois contradictoires de la prévention de la collusion et de la corruption. Et cela, en tenant compte du droit de la concurrence, du droit pénal et de la réglementation des marchés publics, qui constituent le cadre législatif et/ou réglementaire actuel.

En termes de dissuasion, le plus efficace est sans nul doute la perspective crédible pour les soumissionnaires de voir leurs actes découverts et poursuivis, en association avec des sanctions sévères à vertu pédagogique. Réflexion est faite que les amendes infligées pour un comportement frauduleux sont parfois considérées comme un simple coût opérationnel par les entreprises concernées ! La mauvaise publicité faite à l'entreprise par la publication de la décision de condamnation, l'interdiction de répondre aux futurs appels d'offres et l'interdiction

potentielle d'exercer certaines fonctions au sein de l'entreprise pour les dirigeants mis en cause sont de véritables épées de Damoclès, beaucoup plus dissuasives sur un plan pratique !

Ainsi, si la poursuite d'un objectif d'élimination totale de ces comportements semble encore bien utopique à ce jour et être un idéal, le développement d'une véritable « **culture de conformité au droit** » constituera une étape importante vers une limitation de ces infractions. Car si la coopération des autorités régulatrices et/ou de contrôle est primordiale, les soumissionnaires sont les mieux placés pour détecter les irrégularités, ce qui devrait induire un double contrôle, interne et externe, et la mise en œuvre progressive de programmes de **compliance** au sein des entreprises afin d'éviter les comportements à risque et d'éradiquer toute tentation de certains salariés d'échanger des informations sensibles avec leurs concurrents notamment.



### Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

### ☞ **Au contrôle des concentrations**

- **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**
- **Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;
- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [**ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence** ;
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009** ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;

- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
  - ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
  - ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
- \* \* \*
- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix /**

**CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**

- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocat](http://www.mgavocat.com)**