

L'entreprise générale et le droit de la concurrence

Note de synthèse du webinaire « bâtir sur du solide » du 19 mai 2021

Lorsqu'une entreprise générale s'entend avec une autre entreprise, que ce soit pour réaliser un contrat privé ou pour répondre à un marché public, elle doit respecter les contraintes particulières du droit de la concurrence.

De plus, toute entreprise qui décide de s'associer dans une société momentanée ou un groupement d'intérêt économique s'expose à des responsabilités particulières qu'il est cependant possible d'aménager.

1. LES CONTRAINTES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

1.1. Le grand principe d'interdiction des cartels

Il est de pratique courante, en particulier pour des entreprises générales, de s'entendre avec d'autres entreprises pour les besoins d'un contrat ou d'un appel d'offre, qu'il s'agisse de prendre un sous-traitant, d'élaborer une offre commune, ou de créer une entité commune comme une société momentanée.

Cependant, et quand bien même de telles ententes soient parfaitement justifiées en pratique, l'entreprise coure un risque conséquent si une entente est qualifiée d'anticoncurrentielle (appelé aussi de « cartel »).

En effet, la notion d'entente prohibée, qui est donnée par l'article 3 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 sur la concurrence, est très large puisque sont visés « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ».

On soulignera, en particulier, que les concertations sur les prix et les accords sur la répartition de parts de marché sont expressément listés par cette loi comme étant strictement interdits, et sont donc susceptibles d'être lourdement sanctionnés en tant que tels.

1.2. Les dispositions particulières du droit des marchés publics

Lorsqu'une entreprise générale projette de s'entendre avec une autre entreprise pour répondre à un marché public, elle doit de la même manière veiller à ce que cette entente ne soit pas qualifiée de « collusion » (ou « soumission concertée »).

En effet, si le pouvoir adjudicateur estime que l'accord a été fait en vue de fausser la concurrence, il peut exclure les soumissionnaires en faute, et ceci pour une durée de 3 ans, conformément à l'article 29 paragraphe 3 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

De plus, si le pouvoir adjudicataire estime que des soumissionnaires se sont concertés pour établir leur prix au mépris de l'honnêteté commerciale, c'est toute la procédure de passation du marché qui peut être annulée.

1.3. Les bonnes pratiques en cas d'ententes entre entreprises

Si une entreprise générale est amenée à s'entendre avec une autre entreprise, il est vivement conseillé, au regard des principes d'interdiction précédemment évoqués, de retracer les réunions par des procès-verbaux afin de documenter que les échanges entre entreprises ont porté sur le strict nécessaire.

Il est aussi important de pouvoir prouver que l'entente, qu'il s'agisse d'une offre commune, ou d'une entité commune, révèle une réelle intention de travailler avec une autre entreprise, et qu'il n'y a aucune volonté de fausser la libre concurrence par des accords sur les prix ou les parts de marchés notamment.

S'il y a un doute que l'entente ait des effets anti-concurrentiels, il ne faut pas hésiter à solliciter un conseil juridique, notamment pour analyser si elle peut bénéficier d'une exemption au principe d'interdiction.

2. LA RESPONSABILITE PARTICULIERE EN CAS DE SOCIETE MOMENTANEE OU DE GIE

2.1. Le principe de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés

Lorsqu'une entreprise générale s'associe à une autre entreprise dans une société momentanée ou un groupement d'intérêt économique (ou GIE), elle endosse une responsabilité indéfinie et solidaire vis-à-vis des tiers.

Ce principe de responsabilité signifie qu'un créancier social puisse engager la responsabilité de l'entreprise générale pour l'ensemble des dettes de l'entité commune (principe de responsabilité solidaire), et sans aucune limitation de montant (principe de responsabilité indéfinie).

On notera à cet égard que la responsabilité est plus élevée en cas de société momentanée que de GIE car la société momentanée n'a pas de personnalité morale.

L'existence d'une personnalité juridique propre du GIE explique :

- d'une part que responsabilité de ses associés est subsidiaire car le créancier d'un GIE devra d'abord rechercher la responsabilité du groupement avant de rechercher celle de ses associés ;
- d'autre part, que les associés ont la possibilité de limiter statutairement les pouvoirs du gérant, et de rechercher la responsabilité du gérant qui aurait outrepassé ses pouvoirs.

2.2. Les aménagements possibles

Une entreprise qui s'associe dans une entité commune, comme une société momentanée ou à un GIE, a la possibilité d'aménager sa responsabilité de deux manières :

- les statuts d'une société momentanée ou d'un GIE peuvent aménager, entre les associés, la part de la responsabilité de chaque associé ;
- les contrats passés entre la société momentanée ou le GIE peuvent prévoir qu'un contractant renonce expressément au bénéfice de la responsabilité indéfinie et solidaire d'un ou de plusieurs associés.

Gilles.Cabos@cdm.lu