

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 00-D-84 du 8 février 2001 relative aux identifications professionnelles délivrées par la Fédération nationale des travaux publics (FNTP)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 15 juin 1998, sous le numéro F 1056, par laquelle la société Probinord a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques mises en œuvre par la Fédération nationale des travaux publics (FNTP), qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié, instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les lettres du 30 mai 2000 de la présidente du Conseil de la concurrence notifiant aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, conformément aux dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, la société Probinord et la FNTP ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, la société Probinord et la FNTP entendus lors de la séance du 6 décembre 2000 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

A. - Le secteur des travaux publics

En 1998, les entreprises de travaux publics ont réalisé un chiffre d'affaires de 134 milliards de francs sur le marché intérieur et 73 milliards de francs sur les marchés extérieurs (50 % en Europe, 18 % en Afrique et 13 % en Amérique du nord). Le secteur regroupe plus de 8 000 entreprises et 224 000 salariés permanents, dont 67 % d'ouvriers.

La clientèle publique représente plus de 72 % du chiffre d'affaires des entreprises de travaux publics.

Le secteur des travaux publics regroupe neuf spécialités de travaux : les travaux routiers (35 %), les travaux électriques (20 %), les travaux d'eau et d'assainissement (15 %), les terrassements généraux (13 %), le génie civil (9 %), les fondations spéciales, les travaux souterrains, les voies ferrées et les travaux maritimes et fluviaux.

La FNTP est la fédération des organisations professionnelles qui regroupent des entreprises spécialisées dans les travaux publics. Elle gère le système des identifications professionnelles, qui est actuellement, en France, la seule procédure de qualification professionnelle existante pour les activités exercées par les membres de la FNTP.

Le certificat d'identification professionnelle est une attestation, délivrée par la FNTP aux entreprises des pays de la Communauté européenne, certifiant que celles-ci ont réalisé, sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'œuvre ou maîtres d'ouvrage français, des travaux correspondant à la nomenclature des activités " *travaux publics* ".

Au niveau européen, afin d'harmoniser les critères de sélection des entreprises dans les marchés de travaux des différents pays de

l'Union, la Commission européenne a donné, en 1995, des mandats identiques au CEN (Comité européen de normalisation) et au CENELEC (son homologue dans le secteur électrique) pour établir une norme européenne qui fournirait une base harmonisée. Ces mandats prévoyaient, notamment, que soient définis des critères de qualification des entreprises. Les travaux de normalisation ne sont pas achevés, mais un projet de norme a été soumis pour avis aux membres du CEN.

B. - Présentation des identifications professionnelles délivrées par la FNTP

1. La procédure

La nomenclature des activités "*travaux publics*" codifie les diverses activités exercées par les entreprises dans le domaine des travaux publics. Elle comprend douze grands groupes d'activité, à l'intérieur desquels sont distingués des profils d'entreprises en fonction de la taille, des moyens en personnel et en matériel, de l'ampleur des réalisations et des spécialités. L'identification professionnelle d'une entreprise à partir de la nomenclature ainsi construite se traduit par l'attribution du ou des numéros de code représentatifs des activités de cette entreprise. Ces numéros figurent sur la carte professionnelle travaux publics qui lui est adressée chaque année par la FNTP.

Pour accéder à une demande d'identification, l'entreprise doit être titulaire d'une carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics et doit déposer un dossier qui contient les éléments suivants : détail des effectifs et du parc de matériels possédés par l'entreprise, ainsi que des certificats de maîtres d'ouvrage publics ou de maîtres d'œuvre qualifiés datant de moins de cinq ans. L'attribution d'une identification pour activité régulière suppose au moins trois certificats valides, l'activité occasionnelle au moins deux, un seul certificat permettant l'attribution d'une identification à titre occasionnel pour une durée provisoire allant jusqu'à deux ans.

Le dossier est adressé à la FNTP où il est confié au service d'identification professionnelle et enquêtes. Le service vérifie la validité des documents présentés et établit les propositions d'identification. Ces propositions sont ensuite soumises pour avis aux syndicats nationaux de spécialités concernés et à la fédération régionale de la région dans laquelle l'entreprise est domiciliée. Ces organismes disposent de deux mois pour formuler leur avis. Trois mois au plus tard après le dépôt du dossier, la FNTP délivre à l'entreprise une nouvelle carte professionnelle avec les identifications professionnelles accordées.

La carte professionnelle est délivrée chaque année, sous réserve que l'entreprise soit à jour de ses cotisations. Les profils et spécialités qu'elle énonce sont valables cinq ans, voire dix ans pour certains types de travaux peu fréquents.

Lorsque des avis différents sont émis par la fédération régionale et le syndicat national de spécialités ou lorsque la décision de la FNTP est contestée par l'entreprise, un recours peut être formé devant une instance, créée le 25 septembre 1994. Le dossier est alors confié à un retraité de la profession, désigné à titre d'expert, représentant la fédération régionale ou le syndicat de spécialités. Sur la base de l'identification proposée par la FNTP et le rapport de la commission de recours, le président du Comité supérieur de l'identification professionnelle statue souverainement en dernier ressort.

Sur les 8 269 entreprises exerçant une activité de travaux publics, 6 246 ont fait une demande et ont obtenu une carte professionnelle, soit 75 % des entreprises du secteur. Le nombre d'entreprises titulaires d'au moins une identification s'élève à 3 696, soit 45 % des entreprises du secteur. En moyenne, une entreprise dispose de douze identifications.

2. Les critères d'attribution des identifications professionnelles

La détention de la carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics

Le règlement intérieur précise dans son article 1: "*La seule condition d'accès aux procédures d'identification est la possession de la carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics, délivrée par la FNTP aux entreprises qui réalisent des travaux publics et qui sont régulièrement inscrites au fichier national, versent l'ensemble des cotisations (congés payés, intempéries, CCCA, OPPBTP) légales ou réglementaires perçues par les caisses de congés payés, ainsi que la cotisation fédérale professionnelle*". Par ailleurs, le règlement intérieur précise dans son article 3 que le demandeur doit fournir à l'appui de sa demande : "*Le détail des effectifs totaux de l'entreprise cotisant dans les caisses de congés payés du régime travaux publics*".

L'exclusion des travaux réalisés à l'étranger ou sous le contrôle de maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre étrangers

L'article 4 de la charte de l'identification professionnelle établie par la FNTP précise : "*Le certificat d'identification professionnelle est une attestation, délivrée par la FNTP aux entreprises des pays de la communauté Européenne, certifiant que celles-ci ont réalisé, par*

elles-mêmes, au cours des cinq dernières années sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'œuvre ou maîtres d'ouvrage français, des travaux correspondant à la nomenclature des activités travaux publics... "

Cette règle de non prise en compte des travaux réalisés à l'étranger a été évoquée au cours de réunions du Comité supérieur de l'identification professionnelle. Le compte rendu de la réunion du 13 mai 1998 précise : *" Concernant les travaux à l'étranger le problème posé est de s'assurer de la validité de la réalisation : crédibilité du signataire, travaux réellement effectués, part éventuellement sous traitée. Les certificats pourraient être pris en compte pour le renouvellement des identifications uniquement "*.

Le compte rendu de la réunion du 10 septembre 1998 précise : *" Prise en compte des travaux à l'étranger. La question a été posée lors de la réunion du 13 mai 1998. Le problème est de savoir si les certificats pour des travaux réalisés à l'étranger doivent être pris en compte pour l'attribution des nouvelles identifications ou pour le renouvellement. Les certificats pour des travaux réalisés à l'étranger en Europe ou dans le monde entier doivent-ils être acceptés ? Du fait de la difficulté à établir une règle simple dans ce domaine et les risques de litige en découlant, le comité décide de confirmer les règles d'attribution actuelles pour les nouvelles demandes, c'est-à-dire la prise en compte des seuls certificats de capacité établis par des maîtres d'ouvrage publics ou maîtres d'œuvre qualifiés français. Le comité donne son accord pour la prise en compte des travaux réalisés à l'étranger dans les dossiers de renouvellement uniquement, sous contrôle des syndicats de spécialités "*.

L'obligation de posséder un parc de matériel déterminé

Selon l'article 1 de la charte de l'identification professionnelle : *" Cette qualification intrinsèque résulte de la capacité technique, attestée par des références, de l'ampleur et de la disponibilité des moyens en hommes et matériels, ainsi que de la surface et de la santé financière de l'entreprise "*. Le règlement intérieur précise que, pour justifier de ses moyens en matériels, l'entreprise candidate doit fournir les documents suivants à l'appui de sa demande : *"- le détail du parc de matériel possédé par l'entreprise, certifié sincère par le responsable de l'entreprise ou son représentant "*. Le matériel peut appartenir en propre à l'entreprise ou être acquis en crédit-bail. En revanche, le matériel qui est loué n'est pas pris en compte pour l'obtention de spécialités et profils.

Des certificats de capacité qui doivent exclusivement provenir de maîtres d'ouvrage publics ou de maîtres d'œuvre qualifiés, limitativement énumérés pour certaines spécialités

Le règlement intérieur précise : *" L'entreprise doit... fournir les documents suivants à l'appui de la demande... les certificats de maîtres d'ouvrage publics ou de maîtres d'œuvre qualifiés, détaillés et chiffrés en langue française, spécifiant, suivant le cas, les notions de volume, tonnage, longueur, diamètre, pression, capacité, débit ou puissance etc... "* Par ailleurs, pour certains travaux de la filière eau, il est indiqué : *" Seuls les certificats de capacité établis par les maîtres d'œuvre qualifiés (équipement, génie rural, direction des services techniques et ingénieurs conseils) sont pris en compte pour l'attribution des identifications relevant du chapitre... "*. Ainsi, les certificats des maîtres d'ouvrage privés ou ceux provenant de certains maîtres d'œuvre ne sont pas pris en compte pour la délivrance des identifications.

3. Le comportement de la FNTP à l'égard de la société Probinord et des petites et moyennes entreprises

A deux reprises, en 1994 et en 1998, la FNTP a, dans un premier temps, refusé à la société Probinord certaines identifications que cette dernière demandait. Le litige portait sur le profil 30P1 dans le secteur de la voirie, le profil 55P2 et la spécialité 5502 dans le secteur de l'assainissement.

Le service des identifications et les syndicats, consultés lors de la procédure d'attribution des identifications, ont motivé leur opposition à l'attribution des profils et spécialités demandés par des considérations techniques, qu'il s'agisse du matériel possédé ou de la nature des travaux réalisés par la société Probinord. Ultérieurement, les voies de recours internes à la FNTP ont, cependant, permis à la société Probinord d'obtenir les profils et spécialités initialement demandés.

La FNTP fait valoir que ses décisions font l'objet de peu de critiques et que le nombre de litiges est peu élevé malgré le nombre important de dossiers traités chaque année par le service de l'identification professionnelle. Sur les 2 500 dossiers instruits chaque année entre 1996 et 1999, douze seulement ont fait l'objet d'un recours devant l'instance spécialisée. Neuf des entreprises concernées ont obtenu totalement satisfaction, deux partiellement et une seule n'a définitivement pas obtenu les deux identifications qu'elle demandait.

C. - Le comportement des maîtres d'ouvrage

Les identifications professionnelles de la FNTP permettent aux entreprises de justifier de leurs qualifications pour la réalisation d'ouvrages requérant certaines compétences techniques ou certains moyens de production. Elles sont, d'ailleurs, parfois utilisées par les maîtres d'ouvrage pour sélectionner des entreprises.

Des investigations effectuées par les services de la DGCCRF auprès de cinq maîtres d'ouvrage public, il ressort qu'à l'époque, pour les appels d'offres dans le secteur de la voirie et de l'assainissement, seul le conseil général de l'Essonne faisait référence aux identifications professionnelles de la FNTP. Les autres maîtres d'ouvrage ne mentionnaient pas les identifications professionnelles FNTP. Ils demandaient simplement aux entreprises candidates de leur fournir des certificats de capacité ou une liste de références de travaux.

Les avis d'appels d'offres et de candidatures publiés dans le Moniteur des travaux publics et du bâtiment du 3 décembre 1999, à la rubrique " *Travaux publics* ", ont été étudiés. Dans trois annonces, des identifications professionnelles précises de la FNTP sont exigées. Ainsi, dans l'annonce n° 49 6394 (Manosque), il est indiqué : " *Justifications à produire : ... Cartes de qualifications professionnelles : canalisations sous pression : Classification FNTP profil de l'entreprise : 50P1, 50P2, 5401 ; génie civil et station de pompage : candidat rubrique 5101 profil 01P0 ou 01P1* " Dans l'annonce n° 49 5637 (Port de Nice), il est indiqué : " *composition du dossier... la justification des qualifications professionnelles de l'entreprise et notamment...qualification pour travaux de génie civil en milieu marin (20P2)* ". Enfin, dans l'annonce 49 5605 (Evreux), il est indiqué : " *Justifications et pièces à fournir : Qualifications requises : lot n°1 nomenclature FNTP 3.0P2, 3.62,3.63, 3.8, 3.9, 5.0.P1, 5.413, 5.1.P1, 5.503, 5.504, 555, 6.P1, 6.82* ".

Par ailleurs, dans quinze autres annonces, des identifications précises de la FNTP ou des qualifications équivalentes sont exigées. Il s'agit des annonces 49 (6543-4136-6503-6483-6498-6527-6015-6439-3960-3903-5648-4781-4778-4775) et 3938. Le candidat a, certes, la possibilité de présenter des qualifications équivalentes ou similaires à celles délivrées par la FNTP. Toutefois, il n'existe pas actuellement, en France, de qualification équivalente ou similaire aux identifications professionnelles de la FNTP. En conséquence, l'entreprise doit faire état des identifications professionnelles délivrées par la FNTP.

Ainsi, pour dix-huit appels d'offres de l'échantillon, en l'absence de qualification équivalente, la détention de certaines identifications professionnelles de la FNTP est nécessaire pour participer à la consultation.

Dans près de la moitié des annonces détaillées étudiées, aucune qualification ou identification professionnelle n'est exigée. Pour apprécier la qualification des entreprises candidates, les maîtres d'ouvrage demandent généralement une liste de références, à laquelle s'ajoutent parfois des certificats de capacité, une note sur les moyens en personnel et en matériel et, éventuellement, les qualifications détenues. Dans ces appels d'offres, l'accès au marché n'est pas conditionné par la détention d'une identification professionnelle.

D. - les griefs suivants ont été notifiés à la FNTP

Un grief a été notifié à la FNTP pour avoir mis en œuvre des pratiques contraires à l'article L. 420-1 du code de commerce, en délivrant les identifications professionnelles qui s'appuient sur les quatre critères suivants : la possession de la carte professionnelle, l'acquisition en pleine propriété ou en crédit-bail du matériel nécessaire, la preuve de la réalisation de travaux qui doivent obligatoirement avoir été réalisés sur le territoire français ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage et d'œuvre français, la détention de certificats de capacité délivrés par des maîtres d'ouvrage publics ou par certains maîtres d'œuvre privés qualifiés.

Un grief a également été notifié à la FNTP pour avoir mis en œuvre des pratiques contraires à l'article 81 du traité de Rome dès lors que, pour obtenir la carte professionnelle, une entreprise doit avoir un établissement et des salariés en France et doit pouvoir faire état de travaux obligatoirement réalisés sur le territoire français, ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre français.

II.- Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant que la société Probinord soutient que le taux de 50 % des maîtres d'ouvrage qui exigent des qualifications FNTP paraît sous-estimé dans la mesure où les publicités dans le Moniteur des travaux publics sont plutôt représentatives des petits contrats ou complémentaires des gros contrats ;

Considérant que la FNTP prétend, au contraire, que les investigations menées auprès des maîtres d'ouvrage et l'analyse des appels d'offres et de candidatures ne font nullement ressortir que le défaut de détention d'identifications professionnelles constituerait une barrière à l'entrée des marchés de travaux publics ; qu'elle souligne que quatre maîtres d'ouvrage public sur les cinq qui ont été interrogés par l'enquêteur de la DGCCRF ne mentionnent aucune identification professionnelle ; qu'à l'exception d'une courte période,

le conseil général de l'Essonne a accompagné sa demande d'identifications professionnelles de la mention " *ou références de travaux similaires ou équivalents ou analogues* " ; que, dès lors qu'elles peuvent être remplacées par des références ou attestations équivalentes, le fait de ne pas détenir des identifications professionnelles ne saurait justifier qu'une entreprise soit écartée de la consultation du conseil général de l'Essonne ; qu'elle conteste les données de la notification de griefs sur les avis publiés dans le Moniteur des travaux publics ; que, selon son analyse de 74 avis, plus des deux tiers d'entre eux ne demandent pas d'identification professionnelle, 3 % demandent, au choix, une identification professionnelle ou des références équivalentes et un seul avis demande exclusivement une identification professionnelle ;

Mais considérant que, si l'analyse du comportement de cinq maîtres d'ouvrage et le dépouillement des avis dans un seul numéro du Moniteur des travaux publics ne permettent pas, à eux seuls, d'évaluer avec précision la part des appels d'offres dans lesquels des identifications professionnelles ou des qualifications professionnelles équivalentes sont demandées, ces données permettent d'établir que certains maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre exigent des entreprises qu'elles détiennent certaines identifications professionnelles ; que, si, le plus souvent, ils précisent que l'entreprise peut présenter des qualifications équivalentes, cette possibilité n'est pas systématique ; qu'en revanche, il n'existe généralement pas de système équivalent permettant d'établir de façon simple et rapide les qualifications dont l'entreprise peut faire état ;

Considérant que la FNTP fait encore valoir que les modalités d'application par les maîtres d'ouvrage des identifications professionnelles délivrées par la FNTP ne lui sont aucunement imputables ; qu'elle relève que, si la détention de certaines identifications professionnelles était nécessaire pour accéder à une consultation, cette situation serait constitutive d'une violation du principe d'égalité d'accès des candidats à la commande publique et cette décision, qui relève de la seule responsabilité du maître d'ouvrage, ne manquerait pas d'être sanctionnée par les juridictions administratives ;

Mais considérant qu'aucun grief sur les modalités d'application des identifications professionnelles n'a été notifié à la FNTP et que le Conseil n'a pas le pouvoir d'apprécier la légalité des actes administratifs ; qu'il résulte seulement de ce qui précède que les identifications professionnelles sont, dans une proportion non négligeable de cas, utilisées par les maîtres d'ouvrage pour sélectionner des entreprises et qu'elles permettent aux entreprises de justifier facilement de leurs qualifications pour la réalisation d'ouvrages requérant certaines compétences techniques ou certains moyens de production ;

Considérant qu'il suit de là que la détention d'identification professionnelle est, dans certains cas, une condition de l'accès au marché et, dans d'autres cas, un élément facilitant cet accès ;

Considérant qu'en conséquence, pour que le système d'identification professionnelle soit acceptable au regard des règles de concurrence, les critères fixés doivent être clairs et objectifs et de nature à garantir la compétence des professionnels, sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à cette garantie ; qu'en outre, ils ne doivent pas être appliqués de façon discriminatoire ;

Considérant que la FNTP soutient que de telles exigences, conformes à ce que la jurisprudence exige dans le cas de l'attribution d'un label ou d'une qualification, ne sauraient lui être opposées en l'espèce, l'identification ne visant qu'à constater non une capacité particulière, mais le fait objectif que des travaux d'un certain type ont été réalisés ;

Mais considérant que, d'une part, les effets d'une absence d'identification sont de même nature, en ce qui concerne l'accès au marché, que les effets d'un refus de label ou d'une absence de qualification ; que, d'autre part, le bénéfice de l'identification ne dépend pas seulement de constatations objectives relatives à la réalisation de travaux, mais de critères divers tenant par exemple aux moyens dont dispose l'entreprise ou encore à une appréciation portée sur la valeur des certificats délivrés ;

Sur l'obligation de détenir la carte professionnelle,

Considérant que l'article 3 de la charte de l'identification professionnelle précise : " *Le certificat d'identification professionnelle est une attestation, délivrée par la FNTP aux entreprises des pays de la communauté européenne, certifiant que celles-ci ont réalisé, par elles-mêmes, au cours des cinq dernières années sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'œuvre ou maîtres d'ouvrage français, des travaux correspondant à la nomenclature des activités travaux publics...* " ;

Considérant que le règlement intérieur prévoit dans son article 1 : " *La seule condition d'accès aux procédures d'identification est la possession de la carte professionnelle d'entrepreneurs de travaux publics, délivrée par la FNTP aux entreprises qui réalisent des travaux publics et qui sont régulièrement inscrites au fichier national, versent l'ensemble des cotisations (congrés payés, intempéries, CCCA, OPPBTP) légales ou réglementaires perçues par les caisses de congrés payés, ainsi que la cotisation fédérale professionnelle* " ;

que l'article 3 de ce règlement intérieur précise que le demandeur doit fournir à l'appui de sa demande : "*Le détail des effectifs totaux de l'entreprise cotisant dans les caisses de congés payés du régime travaux public*" ;

Considérant que la FNTTP soutient que ce critère n'a pas d'objet discriminatoire ; que la détention de la carte professionnelle délivrée par la FNTTP prouve la parfaite régularité de la situation des entreprises au regard de leurs obligations légales et réglementaires, telles que prévues dans le code des marchés publics ; qu'elle constitue une sécurité pour les maîtres d'ouvrage, notamment au regard des risques d'emploi illicite de travailleurs ; que la connaissance par la FNTTP du système légal et réglementaire français assure la sincérité et l'objectivité des informations retranscrites sur les cartes professionnelles et des identifications professionnelles, ce qui, actuellement, n'est pas assuré dans le cadre de législations et régimes juridiques disparates ;

Considérant que la FNTTP prétend également que cette exigence n'a pas d'effet discriminatoire ; qu'elle indique que cinq entreprises ayant leur siège social dans un autre Etat membre de l'Union européenne sont recensées dans le fichier de la FNTTP ; qu'elle précise que les sociétés étrangères exerçant leur activité en France, d'une part, peuvent parfaitement faire valoir les identifications professionnelles ou qualifications obtenues dans leur pays d'origine et, d'autre part, interviennent habituellement par l'intermédiaire de filiales implantées localement, qui peuvent obtenir des identifications pour elles-mêmes ; qu'elle rappelle qu'elle a été un pionnier et l'acteur prépondérant de la mise en place d'un système d'identification professionnelle européen pouvant bénéficier aux entreprises ayant vocation à travailler sur le marché européen ;

Considérant que, comme le soutient la FNTTP, le critère de la détention de la carte professionnelle permet effectivement de garantir que l'entreprise est en règle au regard de ses obligations légales et réglementaires ; que les entreprises étrangères, dès lors qu'elles opèrent en France, sont soumises aux mêmes obligations sociales que les entreprises françaises ; que, toutefois, ce critère exclut de la qualification les entreprises qui n'opèrent pas en France ; qu'en effet, les entreprises étrangères qui n'ont pas d'établissement ou qui n'ont pas réalisé de travaux en France ne peuvent pas obtenir de carte professionnelle et donc d'identification ; que le fait que cinq entreprises seulement, sur les 6 246 entreprises qui détiennent une carte professionnelle, ont leur siège social dans un autre pays de l'Union européenne, confirme d'ailleurs que les identifications professionnelles sont presque exclusivement attribuées à des entreprises ayant leur siège en France ; qu'ainsi, la prise en considération de ce critère peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché national et à l'intérieur du marché commun ;

Sur la prise en compte des seuls travaux réalisés sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre français,

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la charte de l'identification professionnelle, "*Le certificat d'identification professionnelle est une attestation, ..., certifiant que celles-ci ont réalisé, par elles-mêmes, au cours des cinq dernières années sur le territoire français ou sous le contrôle de maîtres d'œuvre ou maîtres d'ouvrage français, des travaux correspondant à la nomenclature des activités travaux publics...*" ; qu'au cours de la réunion du 10 septembre 1998 du Comité supérieur de l'identification professionnelle, il a été décidé de maintenir cette règle pour les nouvelles demandes, mais de prendre en compte les travaux réalisés à l'étranger dans les dossiers de renouvellement ;

Considérant que la FNTTP soutient que ce critère n'a pas d'objet anticoncurrentiel et n'est justifié que par un souci de sincérité des informations relatées par ces certificats ; qu'en l'absence d'harmonisation communautaire et d'une norme européenne de qualification, elle ne peut vérifier les certificats de capacité des autres pays de l'Union européenne ; que ce critère n'a pas non plus d'effet anticoncurrentiel, car de nombreux marchés de travaux publics sont réalisés en France par des entreprises étrangères ; que, lorsque les entreprises françaises travaillent à l'étranger, c'est, dans près de 90 % des cas, par l'intermédiaire de filiales implantées localement, qui n'ont aucune raison de demander en France une identification professionnelle pour leurs travaux ;

Mais considérant que les travaux réalisés à l'étranger correspondent à une part non négligeable de l'activité des entreprises françaises ; qu'en effet, le chiffre d'affaires à l'étranger des entreprises françaises du secteur, hors filiales à l'étranger, s'est élevé, en 1998, à près de 20 milliards de francs, soit 15 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché intérieur ; que la non prise en compte de travaux réalisés à l'étranger défavorise les entreprises qui réalisent une grande part de leur activité à l'étranger ; que, par ailleurs, ce critère ne permet pas aux entreprises étrangères qui n'ont encore jamais réalisé de travaux en France d'obtenir des identifications professionnelles ;

Considérant, au surplus, qu'en décidant, à partir du mois de septembre 1998, de prendre en compte des travaux réalisés à l'étranger pour le renouvellement des identifications, la FNTTP a démontré qu'elle était capable d'apprécier la fiabilité et le sérieux des certificats qui proviennent de maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre étrangers ; que la prise en compte des certificats étrangers pour les seuls renouvellements d'identifications est une mesure discriminatoire ; qu'en effet, cette nouvelle règle est plus favorable aux entreprises qui détiennent déjà des identifications, et qui ont donc déjà travaillé en France, qu'à celles qui déposent une première demande ;

Considérant, ainsi, que ce critère peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le territoire national et de cloisonner le marché français ;

Sur la nécessité d'être propriétaire ou d'avoir acquis en crédit-bail le matériel nécessaire,

Considérant que selon l'article 1 de la charte de l'identification professionnelle : " *Cette qualification intrinsèque résulte de la capacité technique, attestée par des références, de l'ampleur et de la disponibilité des moyens en hommes et matériels, ainsi que de la surface et de la santé financière de l'entreprise* " ; que le règlement intérieur prévoit que, pour justifier de ses moyens en matériels, l'entreprise candidate doit fournir les documents suivants à l'appui de sa demande : " *- le détail du parc de matériel possédé par l'entreprise, certifié sincère par le responsable de l'entreprise ou son représentant* " ; que la FNTP précise que le matériel peut appartenir en propre à l'entreprise ou être acquis en crédit-bail ; qu'elle ajoute, dans ses observations, que ce critère est étendu au matériel détenu par le biais d'une société auxiliaire de matériel (SAM) ; qu'ainsi, le matériel qui est loué n'est pas pris en compte pour l'obtention de spécialités et profils ;

Considérant que la FNTP fait valoir que la capacité technique des entreprises est appréciée au regard de leurs moyens en main d'œuvre et en matériel ; qu'en contrepartie, elle n'exige pas des entreprises de faire la preuve de leur capacité financière, notamment par la production de ratios, capitaux propres ou liquidités, tels que ceux prévus par le projet de norme européenne ; que, par ailleurs, le régime fiscal dérogatoire des sociétés auxiliaires de matériel (SAM) permettait aux entreprises de mettre en commun leur matériel ; que, cependant, la suppression de cet avantage fiscal a entraîné le développement du recours à la location ; qu'ainsi, elle indique que le critère de propriété du matériel, qui était justifié par le passé, ne l'est plus, ce qui pourrait conduire la fédération à y renoncer pour certaines spécialités pour lesquelles la compétence du personnel de l'entreprise est une garantie de la capacité de l'entreprise à mettre en œuvre le matériel loué ; qu'elle précise que le règlement intérieur sera modifié en conséquence ;

Considérant que, si la capacité d'une entreprise à réaliser certains travaux nécessite qu'elle puisse disposer de certains matériels, il importe peu qu'elle en soit ou non propriétaire ; que le fait de ne pas prendre en compte le matériel loué conduit à évincer certaines entreprises qui, pourtant, possèdent toutes les compétences techniques ; que ce critère défavorise les petites et moyennes entreprises ou celles qui veulent pénétrer sur un nouveau marché, surtout lorsque l'activité nécessite de gros investissements ; que, comme le reconnaît la FNTP, ce critère n'est pas nécessaire pour les spécialités pour lesquelles la compétence du personnel garantit la capacité de l'entreprise à mettre en œuvre le matériel loué ; que ce critère peut donc avoir pour effet de restreindre la concurrence sur les marchés concernés ;

Sur la prise en compte des seuls certificats de capacité délivrés par les maîtres d'ouvrage publics ou certains maîtres d'œuvres qualifiés,

Considérant qu'aux termes du règlement intérieur : " *L'entreprise doit... fournir... les certificats de maîtres d'ouvrage publics ou de maîtres d'œuvre qualifiés, détaillés et chiffrés en langue française,...* " ; que, pour certains travaux de la filière eau, il est indiqué : " *Seuls les certificats de capacité établis par les maîtres d'œuvre qualifiés (équipement, génie rural, direction des services techniques et ingénieurs conseils) sont pris en compte pour l'attribution des identifications relevant du chapitre...* " ;

Considérant que la FNTP soutient que ce critère n'a pas d'objet anticoncurrentiel ; que les entreprises de travaux publics travaillent à plus de 80 % pour des maîtres d'ouvrage publics qui sont compétents techniquement ; que, dans certaines spécialités, la compétence technique du maître d'ouvrage est déléguée à un maître d'œuvre (par exemple, pour les petites communes, à la DDE ou à la DDA) ; que, dans ce cas, le certificat est demandé au maître d'œuvre que le maître d'ouvrage a jugé qualifié pour assurer cette mission ; que, pour les travaux purement privés où le maître d'ouvrage n'est, en général, pas un homme de l'art, la capacité technique est déléguée à des bureaux d'études techniques, seuls capables d'établir les certificats nécessaires ; qu'ainsi, ce critère vise à garantir la pertinence et la sincérité des informations relatées dans ces certificats par des maîtres d'ouvrage publics techniquement compétents, ce qui peut ne pas être le cas de certains maîtres d'ouvrage privés, qui s'en remettent, alors, à des maîtres d'ouvrage délégués ou à des maîtres d'œuvre techniquement compétents ;

Considérant que la FNTP fait également valoir que ce critère n'a pas d'effet anticoncurrentiel ; que les travaux réalisés dans le cadre des marchés privés peuvent être pris en compte par l'intermédiaire des certificats établis par les maîtres d'œuvre ; qu'à l'exception des travaux de la filière eau et gaz, la FNTP retient les certificats de capacité établis tant par des maîtres d'ouvrage que par des maîtres d'œuvre, qu'il s'agisse de marchés publics ou privés ; qu'ainsi, certaines entreprises obtiennent leur qualification avec une majorité de marchés privés ; que ce critère n'a donc pas d'effet discriminatoire ;

Considérant que la FNTTP ajoute que, pour la filière eau, la liste des signataires de certificats de capacité pouvant être pris en compte figure dans la nomenclature ; que cette liste a été précisée récemment du fait de la prise en compte des modifications des contrôles techniques pour la réception des ouvrages imposant, notamment, des essais normalisés d'étanchéité et de pression qui ne peuvent être réalisés que par ces maîtres d'œuvre qualifiés ; que, par ailleurs, dans le cas des groupes 5 et 7 (filiale eau et canalisations à grande distance), la limitation aux seuls maîtres d'œuvre qualifiés pour les certificats est dictée par la prédominance, dans ces activités, de maîtres d'ouvrage concessionnaires (sociétés de distribution d'eau et de gaz) disposant de filiales réalisant les travaux ; que le maître d'ouvrage étant alors à la fois juge et partie, certains certificats sont susceptibles d'être contestés ;

Mais considérant que, s'il est légitime de chercher à garantir la pertinence et la sincérité des certificats de qualification, cette nécessité ne justifie pas la distinction entre maîtres d'ouvrage publics et privés ; qu'en effet, la compétence technique du maître d'ouvrage n'est pas liée à son statut public ou privé mais plutôt à son importance, à l'habitude qu'il a ou non de commander certains travaux ou encore à l'existence, en son sein, de services techniques compétents ; que les maîtres d'ouvrage publics, comme les maîtres d'ouvrage privés, font régulièrement appel à des maîtres d'ouvrage délégués ou à des maîtres d'œuvre techniquement compétents ; que, de même, cette nécessité de garantir la pertinence et la sincérité des certificats ne justifie pas, pour les travaux de la classe 5 et 7, que seuls les certificats de capacité établis par les maîtres d'œuvre qualifiés (équipement, génie rural, direction des services techniques et ingénieurs conseils) soient pris en compte ; qu'en effet, la compétence et l'indépendance ne sont pas l'apanage exclusif des seules catégories de maîtres d'œuvre énoncées ; que l'exclusion *a priori* des certificats provenant des maîtres d'ouvrage privés et de certains maîtres d'œuvre peut avoir pour effet de limiter l'accès aux identifications professionnelles et donc de restreindre la concurrence sur les marchés concernés ; qu'il n'apparaît pas impossible de sélectionner les signataires de certificats sur la base de critères objectifs tenant à leur capacité technique définie *a priori* ou encore d'accepter qu'au delà d'une liste de signataires prédéfinie, l'entreprise candidate à l'identification puisse faire accepter un certificat en démontrant, au cas par cas, le sérieux de son signataire ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la prise en considération de critères liés à la possession de la carte professionnelle, aux seuls travaux réalisés sur le territoire français ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage et d'œuvre français, à la nécessité d'avoir acquis, en pleine propriété ou en crédit-bail, le matériel nécessaire, ainsi qu'à la détention des seuls certificats de capacité délivrés par les maîtres d'ouvrage publics ou par certains maîtres d'œuvre qualifiés, est constitutive d'une pratique restrictive de concurrence ; que cette pratique peut empêcher certaines entreprises, ayant pourtant les compétences techniques, d'obtenir des identifications professionnelles et avoir ainsi pour effet de restreindre la concurrence dans le secteur des travaux publics ; que l'adoption et la mise en œuvre de ces dispositions par une fédération d'organisations professionnelles, qui constituent elles-mêmes des associations d'entreprises, et leur acceptation tacite par les entreprises qui demandent le bénéfice de l'identification, sont constitutives d'une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce dont la FNTTP est à la fois la partie organisatrice et le support ;

Considérant, par ailleurs, que l'exigence de la détention de la carte professionnelle et le fait de ne pas prendre en compte les travaux réalisés à l'étranger sont des critères qui ne permettent pas aux entreprises qui n'opèrent pas en France d'obtenir une identification professionnelle ; que ces critères défavorisent les entreprises ayant leur siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne et ne disposant pas d'une filiale domiciliée en France et peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun ; que ces dispositions sont donc contraires à l'article 81 du traité de Rome ;

Sur les pratiques discriminatoires dont aurait été victime la société Probinord,

Considérant que le système d'identification mis en place par la FNTTP comprend un mécanisme de recours ; qu'après s'être vu refuser le bénéfice d'une identification, la société Probinord a intenté un recours et a obtenu satisfaction ; que ce mécanisme de recours fait partie intégrante du dispositif en cause ; que le résultat d'un recours, lorsqu'il a été intenté, doit être pris en compte pour apprécier le caractère éventuellement discriminatoire de la décision de la FNTTP ; qu'ainsi la société Probinord n'est pas fondée à se plaindre d'avoir été victime d'une mise en œuvre discriminatoire du système d'identification ;

Sur les sanctions,

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, le Conseil de la concurrence : "*peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de*

francs " ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits reprochés, il y a lieu de prendre en compte le fait que la FNTP déploie, depuis plusieurs décennies, des efforts importants pour faciliter le travail administratif des entreprises et des maîtres d'ouvrage ; que le système des identifications professionnelles est simple et que l'instruction n'a pas révélé qu'il avait été appliqué de manière discriminatoire, ni en général, ni à la société saisissante en particulier ; que la FNTP a fait œuvre de pionnier en la matière et qu'elle est un acteur prépondérant de la mise en place d'un système d'identification professionnelle européen pouvant bénéficier aux entreprises de travaux publics ayant vocation à travailler sur le marché européen ; que l'existence d'une commission de recours présidée par une personnalité indépendante traduit un souci d'objectivité ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de retenir que les identifications professionnelles de la FNTP ne sont exigées que par certains donneurs d'ordre ; que, dans la majorité des cas, la production de références équivalentes est acceptée ; que, dans les faits, les litiges sont rares ; que, s'agissant des entreprises étrangères, une majorité intervient en France par le biais de filiales implantées localement et donc susceptibles d'obtenir des identifications ;

Considérant que, compte tenu de ces éléments généraux et individuels, il y a lieu d'enjoindre à la FNTP de supprimer, dans la charte de l'identification professionnelle et dans le règlement intérieur, les clauses qui limitent l'accès aux identifications aux seules entreprises opérant en France, qui ne permettent pas la prise en compte des travaux réalisés à l'étranger ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre étrangers, qui ne permettent pas de prendre en compte le matériel loué et qui excluent *a priori* les certificats de certains maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre,

Décide :

Article 1^{er} - Il est établi que la Fédération nationale des travaux publics a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité de Rome.

Article 2 - Il est enjoint à la Fédération nationale des travaux publics de modifier, dans la charte de l'identification professionnelle et dans le règlement intérieur, les clauses qui limitent l'accès aux identifications aux seules entreprises opérant en France, qui ne permettent pas la prise en compte des travaux réalisés à l'étranger ou sous contrôle de maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre étrangers, qui ne permettent pas de prendre en compte le matériel loué et qui excluent *a priori* les certificats de certains maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Sévajols, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Cortesse, vice-président, et M. Bargue, membre.

La secrétaire de séance,

Patricia Perrin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen