

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 01-D-64 du 10 octobre 2001 relative au marché de construction des déchetteries du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères de la région de Cognac

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 11 août 1997 sous le numéro F 978, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, de pratiques anticoncurrentielles concernant le marché de construction de déchetteries du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (SMITOM) de la région de Cognac ;

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

Vu les observations présentées par les sociétés Etablissements Grammatico TP, Sogea Atlantique, Screg Sud Ouest et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les sociétés Etablissements Grammatico TP, Sogea Atlantique et Screg Sud Ouest, entendus au cours de la séance du 4 juillet 2001 ;

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

I. - Constatations

A. - Le marché de construction des déchetteries du syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (Smitom) de la région de Cognac

Le 19 avril 1994, le bureau du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (Smitom) de la région de Cognac a approuvé, dans le cadre du plan départemental d'élimination des déchets ménagers et assimilés, l'avant-projet sommaire de la construction d'une déchetterie principale située à Châteaubernard et de sept déchetteries simplifiées, situées à Villejésus, Rouillac, Jarnac, Châteauneuf-sur-Charente, Segonzac, Hiersac et Douzat ; seules les cinq premières ont finalement été construites dans le cadre de l'appel d'offres qui est l'objet de la présente décision.

La construction de déchetteries ne représente pas, pour les sociétés soumissionnaires, spécialisées en travaux publics et en travaux d'environnement, des travaux très complexes nécessitant des qualités techniques

particulières. Les prestations demandées sont de trois ordres :

- la préparation et la construction qui comprennent le décapage des terrains, les terrassements en remblai, la construction de quais de déchargement (avec fondations et drainage), la réalisation de voirie poids lourds et véhicules légers (avec remblai et compactage) et la réalisation d'un local pour le gardien ;
- les raccordements avec les réseaux d'eaux pluviales, d'électricité et de téléphone, les évacuations des eaux usées et des eaux pluviales avec un traitement autonome, un système de séparateur de boues et d'hydrocarbures et la réalisation de l'éclairage extérieur de chaque site ;
- l'aménagement environnemental du site qui consiste dans l'engazonnement des espaces verts, la plantation d'arbres de haute tige et de haies, la mise en place des clôtures et la pose des portails.

Selon l'étude réalisée conjointement par la direction départementale de l'agriculture et de la forêt et par la direction départementale de l'équipement, le coût estimatif du marché en cause s'élevait à environ 5 410 000 F HT, soit 6 400 000 F TTC, pour six déchetteries.

Pour la réalisation de ces travaux, le Smitom de la région de Cognac a utilisé la procédure de l'appel d'offres restreint. Sur 34 candidatures reçues le 1^{er} juillet 1994, la commission d'appel d'offres a retenu, le 4 juillet 1994, neuf entreprises.

A la date limite de réception, fixée au 19 septembre 1994, huit offres avaient été déposées et la commission d'appel d'offres, réunie le 28 septembre 1994, a attribué le marché à la société Sogea Atlantique, moins-disante, pour un montant de 5 210 210,10 F HT, légèrement inférieur à celui de la 2^{ème} moins-disante.

Lors de l'exécution du marché, la société Sogea Atlantique a eu recours à deux sous-traitants, les sociétés Etablissements Grammatico TP et Screg Sud-Ouest, qui étaient elles-aussi candidates à l'appel d'offres et s'étaient trouvées en 5^{ème} et 6^{ème} positions, avec des prix de soumission supérieurs, respectivement, de 14,7 % et 19 % à ceux de la société Sogea Atlantique. Le projet d'avenant n° 1 relatif à l'agrément de ces sous-traitants a été approuvé par le comité syndical du Smitom de la région de Cognac le 7 décembre 1994. Cet avenant attribue à chacun des sous-traitants un montant de travaux de 1 800 000 F HT. Le reliquat des travaux, restant à la charge du soumissionnaire, s'élevant donc à 1 610 210,10 F HT.

B. - Les pratiques constatées

1. Les pratiques avant la remise des offres

Il ressort de l'instruction que les responsables des trois sociétés précitées sont entrés en contact et ont eu des discussions avant le 4 juillet 1994, date limite de dépôt des offres, avec pour objectif de présenter une offre groupée. Selon les indications fournies par les entreprises, la formation du groupement aurait échoué en raison de désaccords portant sur le prix des enrobés entre les sociétés Screg Sud-Ouest et Sogea Atlantique et sur la nature des travaux à confier à la société Etablissements Grammatico TP.

M. Monier, responsable de l'agence de la société Sogea Atlantique de Saint-Yrieix, a précisé le 16 janvier 1996 :

" ... Je me suis battu pour avoir cette affaire-là. Derrière, je voyais le marché de gestion des déchetteries. Je connaissais l'existence d'un stock de pierres déposé par Grammatico à la suite de travaux de terrassement qu'il avait effectués sur la R.N 141, car c'est moi qui lui avais trouvé l'emplacement pour le stockage. On s'est rencontré avec Screg et Grammatico pour faire une offre groupée. Quand M. Renaudie (Screg) m'a proposé ses prix d'enrobés, je n'ai pas été d'accord. J'ai donc soumissionné seul en espérant obtenir de meilleurs prix pour les enrobés que ceux de la Screg dans le cas où je serais adjudicataire. A ce moment-là, j'envisageais de sous-traiter les enrobés... "

M. Renaudie, responsable de l'agence d'Angoulême de la société Screg Sud-Ouest, a déclaré le 7 décembre 1995 :

" ... J'étais intéressé par ce marché. Dans un premier temps, j'ai été contacté par M. Monier, responsable de Sogea à Saint-Yrieix, qui m'a proposé de créer un groupement pour répondre à cette affaire parce que les VRD ne l'intéressaient pas. Sur le principe, j'étais d'accord. Mais je lui ai proposé, notamment un prix d'enrobé à 310 F la tonne, qu'il a trouvé trop cher en prétendant qu'avec de tels prix, on n'aurait jamais l'affaire. En fin de compte, Sogea a estimé qu'il était préférable de soumissionner, chacun de son côté. J'ai donc fait une offre seul, à 6,241 MF que j'estime d'un niveau normal, c'est-à-dire dégageant une marge d'environ 10 %. Je n'avais pas prévu dans mon offre de sous-traitance, mais j'envisageais au niveau des remblais, de trouver un terrassier et d'élargir mes recherches pour les fournisseurs de bungalows "

M. Grammatico, gérant de la société Etablissements Grammatico TP, a précisé le 29 février 1996 :

" ... Pour le marché des six déchetteries du Smitom de Cognac (4 juillet 1994), j'ai eu des discussions avec les responsables des sociétés Sogea Atlantique (agence d'Angoulême) et Screg Sud-Ouest, pour éventuellement présenter une offre groupée. Ces discussions n'ont pas abouti du fait que ces deux sociétés de taille nationale ne voulaient affecter à mon entreprise que des travaux peu rémunérés. J'ai donc décidé de soumissionner conjoint et solidaire avec une société de maçonnerie (SNGC) à ce marché... "

2. Les pratiques après l'attribution du marché

Entendus par les enquêteurs, les responsables des sociétés Sogea Atlantique, Etablissements Grammatico TP et Screg Sud-Ouest ont indiqué dans quelles conditions le marché initial avait été divisé en trois parties dans le cadre de l'avenant n° 1 du 13 décembre 1994.

M. Monier, responsable de l'agence de la société Sogea Atlantique de Saint-Yrieix, a précisé, le 16 janvier 1996 :

" ... Lorsque j'ai obtenu l'affaire, j'ai à nouveau rencontré la Screg et Grammatico pour leur proposer mes conditions, qu'ils ont fini par accepter. Cette affaire nous a apporté une présence sur un marché qui n'en est qu'à ses débuts, pour avoir des références, une position commerciale. Ceci nous a permis de travailler même à mauvais prix, car on craignait la concurrence de Gatineau notamment. Les travaux sont terminés et l'affaire est, pour moi, déficitaire "

M. Renaudie, responsable de l'agence d'Angoulême de la société Screg Sud-Ouest, a déclaré, le 7 décembre 1995 :

" ... Après l'attribution du marché, Sogea, l'attributaire, m'a recontacté pour me proposer les travaux de VRD. Je lui ai dit oui, mais pas à n'importe quelles conditions. En voyant les prix du marché, j'ai répondu que ce n'était pas du tout les prix que j'avais proposés. Je l'ai rappelé en lui disant que dans l'opération, il y avait des prix bas et des prix forts et que j'acceptais la moitié du marché pour équilibrer. Il m'a répondu plus tard qu'il avait trouvé un terrassier qui avait des remblais intéressants, mais qui ne voulait pas faire que ça. Il m'a donc proposé une sous-traitance d'un tiers du marché. J'ai accepté du fait que ça représentait un certain chiffre d'affaires et qu'avec les postes proposés, je devais réussir à équilibrer par rapport à mes prix de revient, hors frais généraux. A ce jour, bien que l'opération ne soit pas terminée (Châteaubernard), le résultat correspond à peu près à mes prévisions "

M. Grammatico, gérant de la société Etablissements Grammatico TP, a précisé, le 29 février 1996 :

" ... En septembre 1994 (le 20), le marché a été attribué à la société Sogea Atlantique et sa notification a été effectuée à peu près un mois plus tard. Peu de temps après cette notification, M. Monier (Sogea Atlantique), toujours intéressé par mes remblais de Jarnac, m'a recontacté pour la fourniture de ces remblais. Je n'ai pas répondu immédiatement, et après différentes transactions, nous nous sommes mis d'accord sur les prix du marché et sur le montant des travaux que mon entreprise devait réaliser (1/3 du montant global). Je précise que sur ce chantier, j'ai perdu environ 360 000 F "

M. Roux, président du Smitom de la région de Cognac, a déclaré, le 11 décembre 1996 :

" En tant que maître d'ouvrage, je peux affirmer que le marché de la construction des déchetteries du Smitom de Cognac a été signé le 18 octobre 1994 avec l'agence Sogea à Angoulême, que le marché a été notifié le 28 octobre 1994 et qu'un mois après, j'ai appris par le conducteur de l'opération (DDE-DDA conjoints) que Sogea, par un contact direct avec lui, lui avait déclaré vouloir sous-traiter une partie du marché avec Screg Angoulême Sud-Ouest (agence d'Angoulême) et la société Grammatico. Renseignements pris auprès de la DDE, la demande a été satisfaite et un avenant signé le 13 décembre 1994. Je n'ai jamais été contacté directement par le titulaire du marché, ni avant sa passation, ni après. L'agrément des sociétés et l'avenant au marché ont été réglés par le maître d'œuvre (DDE-DDA), avec mon accord "

C. - Les griefs notifiés

Sur la base des constatations décrites ci-dessus un grief a été notifié sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu article L. 420-1 du code de commerce, aux sociétés Sogea Atlantique, Screg Sud-Ouest et Etablissements Grammatico TP, pour s'être concertées préalablement à la remise des plis pour se répartir le marché de construction des déchetteries du Smitom de la région de Cognac, au moyen du dépôt d'offres de couverture par les sociétés SCREG Sud-Ouest et Etablissements Grammatico TP au profit de la Sogea Atlantique.

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

Considérant, sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur les moyens de procédure, qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *" lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure "* ;

Considérant qu'il est reproché aux trois entreprises en cause de s'être concertées avant la remise des offres pour se répartir le marché de la construction des déchetteries du Smitom de la région de Cognac, les entreprises Screg Sud-Ouest et Etablissements Grammatico TP ayant déposé des offres de couverture au bénéfice de la société Sogea Atlantique, tandis que celle-ci, après avoir été désignée comme attributaire du marché, a procédé à une répartition du marché en trois parts quasiment égales en ayant recours à la sous-traitance ;

Considérant qu'une entente anticoncurrentielle peut être caractérisée de diverses manières, notamment par une coordination des offres présentées par les entreprises en cause, mais aussi par un simple échange d'informations antérieurement au dépôt de ces offres, portant sur l'existence des compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou sur les prix qu'ils envisagent de proposer ; qu'il importe cependant, pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 420-6 et L. 464-2 du code de commerce, que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée qui avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ;

Considérant, en l'espèce, que, si les entreprises en cause ne contestent pas avoir procédé à des échanges d'informations préalablement au dépôt des offres dans le cadre d'un projet de groupement et s'il est établi que ces échanges ont porté sur les prix des remblais et des enrobés, aucun élément du dossier ne permet de considérer que des informations auraient été échangées sur d'autres postes de l'appel d'offres qui en comportait 65 ou sur le montant global des offres ; qu'en outre, aucun élément du dossier ne témoigne de l'existence d'un accord ou autre convention entre les sociétés mises en cause antérieurement au 19 septembre 1994 ;

Considérant qu'il est loisible à une entreprise d'engager des négociations avec une ou plusieurs autres pour se grouper avec elle(s) dans la perspective d'une soumission commune à un appel d'offres ; qu'en cas de rupture de ces négociations, l'entreprise peut décider de répondre individuellement et de manière autonome à l'appel d'offres ou s'abstenir de le faire ; qu'en revanche, tout échange d'informations portant, notamment, sur les prix ou sur l'attribution du marché qui interviendrait postérieurement à la rupture des négociations et antérieurement à la date limite de réception des offres, serait constitutif d'une entente anticoncurrentielle ;

Considérant que le fait que la société Sogea Atlantique, qui aurait été la seule à fournir le *" mémoire justificatif des dispositions que le candidat envisage de proposer à l'acceptation du maître de l'ouvrage après la conclusion du marché "*, demandé dans le cadre de l'appel d'offres, n'aurait cependant pas répondu à la question du recours ou non à une sous-traitance, posée par ce mémoire, a été présenté comme un indice de la concertation anticoncurrentielle entre les entreprises ;

Mais considérant, que cette circonstance est insuffisante à elle seule pour constituer la preuve de l'existence d'un accord des entreprises ayant pour objet et/ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence ; que dans un arrêt du 5 juillet 1994, *Entreprise Bronzo et autres*, la cour d'appel de Paris a énoncé que les dispositions du code des marchés publics et de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qui font obligation à l'entrepreneur donneur d'ordre de faire accepter chaque sous-traitant par le maître de l'ouvrage, ne sauraient, en soi, constituer une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce, mais seulement dans la mesure où elle fausserait le jeu de la concurrence en induisant en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix ; qu'en l'espèce, hormis le constat selon lequel la rubrique concernée n'a pas été remplie, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'absence de signalement par la société Sogea Atlantique de l'identité de sous-traitants avec lesquels elle n'avait eu, jusqu'alors, que des contacts infructueux, puisse être regardée comme la manifestation d'une volonté de fausser le jeu de la concurrence et de tromper le maître d'ouvrage ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les sociétés Sogea Atlantique, Screg Sud-Ouest et Entreprise Grammatico TP ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

DÉCIDE

Article unique – Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport de M. Denis Bonnelle remplaçant Mme Françoise Leymonerie, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, Mme Boutard-Labarde, MM. Bidaud, Ripotot et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen