



**Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004
relative à des pratiques mises en œuvre
dans le cadre du marché de la restauration
de la flèche de la cathédrale de Tréguier**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 18 mai 2001, sous le numéro F 1308, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Armoricaïne de restauration et de travaux (ART), Lefèvre, Moullec, Pavy, Bodin et Lanfry à l'occasion du marché public de restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier (Côtes d'Armor) en 1999;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les sociétés, Bodin, Lanfry, Lefèvre et Pavy entendus lors de la séance du 29 juin 2004, les sociétés Armoricaïne de restauration et de travaux et Moullec ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Par lettre du 18 mai 2000, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Armoricaïne de restauration et de travaux (ART), Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy à l'occasion de l'appel d'offres relatif au marché public de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier (Côtes d'Armor), en 1999.

A. LE MARCHÉ

2. Par voie de publication au bulletin officiel d'annonces des marchés publics du 21 janvier 1999, la direction régionale des affaires culturelles de Bretagne a lancé un appel d'offres restreint pour la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, comportant cinq lots, dont le lot n° 2 *maçonnerie – pierre de taille*, estimé à 1 428 863 F TTC, qui représentait 55 % du montant prévisionnel de l'opération. Ce lot a fait l'objet de douze offres, dont la moins disante était celle formulée par la société armoricaine de restauration et de travaux (ART), au prix de 1 554 808,21 F TTC.
3. Ce montant étant toutefois supérieur à l'estimation du maître de l'ouvrage, l'appel d'offres a été déclaré infructueux et une procédure de marché négocié a été mise en œuvre. A l'issue de cette procédure, à laquelle ont participé neuf entreprises, l'offre de la société ART, d'un montant de 1 372 449,29 F TTC, a été retenue.

B. LES ENTREPRISES

4. Les entreprises concernées sont les suivantes :
 - La société Armoricaine de restauration et de travaux (ART) dont le siège est à Plelo, Chatelaudren (22170)
 - La société nouvelle Bodin dont le siège est à Yvetot-Bocage, Valognes (50700),
 - La société Georges Lanfry dont le siège est à Deville-lès-Rouen (76250),
 - La société Lefèvre dont le siège est à Genevilliers (92230),
 - La société Entreprise J. Moullec dont le siège est à Lamballe (22400),
 - La société Entreprise Pavy dont le siège est à La Chapelle-Saint-Aubin (72650).

C. LES PRATIQUES RELEVÉES

5. En réponse à l'appel d'offres pour la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, les six entreprises susvisées ont présenté chacune une offre qui comportait pour le lot n° 2 *maçonnerie – pierre de taille* la même erreur de calcul quant au produit du prix unitaire par la quantité pour le poste 120 "*patine sur pierre neuve, en harmonisation avec les parties existantes conservée*"
6. Le président-directeur général de la société ART a indiqué, lors de son audition par les enquêteurs, le 12 avril 2000, que la société ART, qui avait antérieurement réalisé deux tranches de restauration au sein de la même cathédrale, était particulièrement intéressée par la réalisation de cette troisième tranche, et il a reconnu avoir communiqué, à leur demande et antérieurement au dépôt des offres, aux sociétés Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy, l'étude de prix réalisé par le métreur dans laquelle figurait l'erreur de calcul initiale.
7. Au cours de l'enquête, les responsables des sociétés Bodin, Lefèvre et Moullec ont également reconnu avoir sollicité et utilisé l'étude de prix de la société ART pour l'élaboration de leur offre tandis que, selon la société Lanfry, l'initiative aurait été prise par le métreur de cette entreprise, ancien salarié de la société ART. Les dirigeants de la société

Pavy ont, quant à eux, déclaré ne pas se souvenir des circonstances précises dans lesquelles a été élaboré son offre.

D. LES GRIEFS NOTIFIÉS

8. Sur la base des constatations qui précèdent, les griefs suivants ont été notifiés :

- à la société Armoricaïne de Restauration et de Travaux, d'avoir communiqué aux entreprises Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy l'étude de prix réalisée pour l'élaboration de son offre en réponse à l'appel d'offres fait pour la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier,
- aux sociétés Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy d'avoir sollicité et utilisé les propositions de prix de la société armoricaïne de restauration et de travaux pour l'élaboration de leurs offres en réponse à l'appel d'offres fait pour la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier,

L'ensemble de ces échanges d'information concourant à faire ou laisser attribuer le marché de la restauration de la flèche de la cathédrale à la société Armoricaïne de restauration et de travaux.

E. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARTICLE L. 464-2-II DU CODE DE COMMERCE

9. Les entreprises auxquelles ont été notifiés les griefs ci-dessus ont demandé à bénéficier des dispositions de l'article L. 464-2-II selon lesquelles : *"Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. "*
10. Ces dispositions ont été mises en œuvre par la signature de cinq procès-verbaux, le 4 mars pour Lanfry, le 13 avril 2004 pour Lefèvre et Bodin, le 30 avril 2004 pour Pavy, le 3 mai 2004 pour Moullec et le 5 mai 2004 pour la société ART, dans lesquels elles ont renoncé à contester la réalité des griefs et se sont engagées à modifier leur comportement pour l'avenir. En contrepartie, le rapporteur général du Conseil de la concurrence s'est engagé à proposer au Conseil une diminution de 40% à 50% de la sanction pécuniaire éventuellement encourue.
11. Dans les procès-verbaux susvisés, les six sociétés déclarent *"qu'en raison de circonstances qui leur sont propres, elles ne souhaitent pas contester la réalité des griefs qui leur ont été notifiés"* et prennent, chacune, les engagements suivants :

"Elle s'engage à ne procéder à aucune concertation anticoncurrentielle avec leurs concurrents dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés".

Dans ce but, elle rappelle "systématiquement les termes et l'importance de cet engagement à tous les responsables et à tous les salariés qui seraient susceptibles de se trouver en contact avec leurs concurrents. Cette information pourra être faite, par exemple, par note écrite à l'ensemble du personnel ou par des séances de formation, qui rappelleront que la

participation à une pratique anticoncurrentielle constitue une faute grave susceptible d'entraîner le licenciement de son auteur".

Par ailleurs, la société s'engage, " lorsqu'elles répondront à un appel à concurrence, à fournir, avec leur offre, systématiquement, la liste des entreprises avec lesquelles elle a pu entrer en contact, notamment dans le cadre d'un projet de groupement ou dans le cadre d'un projet de sous-traitance, allant au delà d'un premier contact sur la possibilité d'un tel projet."

II. Discussion

A. SUR LE FOND

12. Les pratiques consistant, pour la société ART, dans la communication aux entreprises Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy des éléments de son offre relative au marché de la restauration, en 1999, de la flèche de la cathédrale de Tréguier et, pour ces cinq dernières entreprises, dans l'utilisation de ces éléments pour établir leur propre offre, ne sont pas contestées par les sociétés mises en cause. Ces échanges d'informations avant le dépôt des offres ont eu pour objet et pour effet de permettre, par le dépôt d'offres de couverture, à la société ART d'obtenir le marché public de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier à un prix ne résultant pas du jeu normal de la concurrence et constituent une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

B. SUR LES SANCTIONS

13. Les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Par suite et en vertu de la non-rétroactivité des lois à caractère punitif, plus sévères, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables.
14. Aux termes de l'article L. 464-2 du code commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : "*Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos.*".
15. S'agissant de l'application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, leur bénéfice est soumis à la double condition que les entreprises en cause, d'une part, ne contestent pas la réalité des griefs et, d'autre part, s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir. Pour établir qu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs notifiés, il faut que soit rapportée la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2-II.

16. Au cas d'espèce, la société Lanfry ne peut, comme elle l'a fait dans le procès-verbal de mise en œuvre de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, en date du 4 mars 2004, prendre des engagements et revendiquer le bénéfice de ces dispositions dès lors qu'elle insère dans ce procès-verbal une déclaration selon laquelle "(...) *en tant que personne morale, elle n'a en aucun cas participé à la conception, à l'organisation ou à la mise en œuvre de pratiques illicites*".
17. Toutefois, lors des débats, le représentant de la société Lanfry a, en réponse à une question du Conseil, solennellement affirmé que cette société n'entendait contester ni la réalité de la pratique relevée dans le rapport, ni sa qualification, ni le fait que cette pratique était imputable à la société Lanfry. Il y a lieu, compte tenu des précisions ainsi apportées, dont le Conseil prend acte, de considérer que la condition de non contestation des griefs, prévu à l'article L.464-2-II, est remplie.
18. Le Commissaire du gouvernement a également mis en doute la régularité du procès-verbal de mise en œuvre de l'article L. 462-2-II du Code de commerce en date du 30 avril 2004 concernant l'entreprise Pavy, au motif que cette entreprise avait fait insérer dans le procès-verbal une mention faisant état "*des nombreuses preuves de bonne foi apportées par cette entreprise dont la pérennité est remise en cause par la présente procédure*". Le Conseil, considère qu'une telle mention, qui n'a pas à figurer dans un procès-verbal de cette nature, est cependant, insuffisante à elle seule pour entacher d'ambiguïté la déclaration de l'entreprise Pavy reproduite dans ce même procès-verbal et selon laquelle cette dernière ne conteste pas la réalité du grief qui lui a été notifié.
19. Pour ce qui est de la gravité de la pratique, le Conseil observe que la mise en œuvre d'une pratique de concertation sur les prix entre les soumissionnaires à un marché public antérieurement au dépôt des plis constitue une pratique grave comme l'a déjà relevé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 juin 1999 Solatrag et autres. Le moyen de défense soulevé par les entreprises mises en cause, selon lequel l'objet de la pratique était de répondre à l'appel d'offres afin de ne pas être oublié par le maître d'œuvre lors d'une future consultation, outre qu'il n'est appuyé d'aucun élément probant, est inopérant pour atténuer la gravité de l'infraction dès lors que ce qui est reproché aux entreprises n'est pas de déposer une offre dite "*carte de visite*", ce qu'elles auraient pu faire à condition de ne pas se concerter, mais de s'être concertées pour déposer des propositions en réponse à l'appel d'offres.
20. S'agissant du dommage à l'économie, le Conseil retient que le montant du lot sur lequel les pratiques ont été mises en œuvre, était de 1,4 MF. Contrairement à ce qu'a soutenu le représentant de l'entreprise Pavy en séance, il n'est nullement établi que l'estimation faite par le maître d'ouvrage ait été irréaliste. Les entreprises soumissionnaires ont fait des propositions concertées telles que l'offre la moins disante lors du premier tour (ART) s'établissait à 8,8% au-dessus de l'estimation du maître d'ouvrage alors que lors de la procédure négociée qui a suivi cet appel d'offres déclaré infructueux, cette même entreprise a remporté le marché avec une proposition inférieure de 4% à l'estimation du maître d'ouvrage et inférieure de 13% à son offre initiale, soit un montant inférieur de 182.358 F au montant initialement proposé. Ainsi, la concertation avait pour objet et pouvait avoir pour effet de renchérir le prix des travaux prévus dans ce lot de 13% par rapport au prix concurrentiel.
21. Par ailleurs, si le marché a été déclaré infructueux grâce à la vigilance de la direction régionale des affaires culturelles, il n'en reste pas moins que le chantier a été retardé.
22. La société Lefèvre a soutenu que son établissement de Saint Briec était seul responsable de la pratique reprochée et que le chiffre d'affaires de cet établissement était celui qu'il

convenait de prendre en compte pour le calcul de la sanction pécuniaire. Cependant elle n'apporte aucun élément à l'appui de son assertion selon laquelle l'entité Lefèvre Saint Brieuç serait une entreprise autonome. Dans ses écritures et dans ses explications orales, elle qualifie cette entité alternativement d'établissement, d'agence et de société sans apporter aucun élément susceptible d'éclairer le Conseil sur son statut. Elle ne fournit pas l'extrait Kbis du registre du commerce et des sociétés ou la liasse fiscale de cette entité mais un simple "*budget*" de celle-ci ce qui laisse supposer que l'entité n'est pas, contrairement aux affirmations faites en séance, une société.

23. Elle fournit, également, un jugement du Tribunal d'Instance d'Asnières statuant sur la question de savoir si au regard de l'élection des délégués du personnel, les établissements de la société Lefèvre sont distincts. Outre le fait que ce jugement est dénué de toute portée sur la question de savoir si lesdits établissements doivent être considérés, au regard du droit de la concurrence, comme des entreprises, il résulte de ses termes que les établissements sont dirigés par des directeurs salariés de l'entreprise Lefèvre SA. Aucune délégation de pouvoir n'a été fournie concernant ces directeurs, qui sont sous l'autorité de l'entreprise Lefèvre.
24. Enfin, la société Lefèvre a signé, le 13 avril 2004, un procès verbal dans lequel elle ne contestait pas la réalité des griefs qui lui étaient notifiés et s'engageait à modifier son comportement pour l'avenir. Cet engagement de la société Lefèvre serait sans portée si le comportement en cause était le fait d'une entité autonome, indépendante de la société Lefèvre. Le chiffre d'affaires qu'il convient de prendre en compte pour fixer le montant de la sanction est donc celui de l'entreprise Lefèvre SA.
25. Le chiffre d'affaires de la société Lefèvre, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 25.764.160 € et son bénéfice s'élève à 609.446 € pour ce même exercice (966.151 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable en vertu des dispositions de l'article L.464-2-II du code de commerce, précité, est donc de 644.100 €. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 64.410 €. Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 32.200 €.
26. Le chiffre d'affaires de la société nouvelle Bodin, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 1.129.051 € et ses pertes s'élèvent à 1.591 € pour ce même exercice (bénéfice de 52.444 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable est donc de 28.220 €. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 2.822 €. Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 1.400 €.
27. Le chiffre d'affaires de la société Pavy, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 3.576.193 € et son bénéfice s'élève à 101.354 € pour ce même exercice (89.995 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable est donc de 89.400 €. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 8.940 €. Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 4.470 €.
28. Le chiffre d'affaires de la société ART, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 3.207.243 € et son bénéfice s'élève à 474.590 € pour ce même exercice (522.526 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable est donc de 80.181 €. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-

dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 8.018 € Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 4.000 €

29. Le chiffre d'affaires de la société Moulec, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 1.835.539 € et son bénéfice s'élève à 165.033 € pour ce même exercice (197.614 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable est donc de 45.888 € En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 4.588 € Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 2.290 €
30. Le chiffre d'affaires de la société Lanfry, réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2003, s'élève à 7.237.661 € et ses pertes s'élèvent à - 45.936 € pour ce même exercice (pertes de - 291.435 € pour l'exercice 2002). Le plafond de 2,5 % applicable est donc de 180.941 € En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 12.000 € Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du code de commerce, ce montant est ramené à 6.000 €

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Armoricaïne de restauration et de travaux, Bodin, Lanfry, Lefevre, Moulec et Pavy ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Il est pris acte des engagements des sociétés Armoricaïne de restauration et de travaux, Bodin, Lanfry, Lefevre, Moulec et Pavy tels que mentionnés au point 11 de la présente décision et il leur est enjoint de s'y conformer en tous points.

Article 3 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- | | |
|--|----------|
| - à la société Armoricaïne de restauration et de travaux : | 4.000 € |
| - à la société Bodin : | 1.400 € |
| - à la société Lanfry : | 6.000 € |
| - à la société Lefevre : | 32.200 € |
| - à la société Moulec : | 2.290 € |
| - à la société Pavy : | 4.470 € |

Délibéré, sur le rapport oral de M. Renou, par M. Jenny, vice-président, Mmes Behar-Touchais et Renard-Payen ainsi que MM. Lasserre et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Pierre Binard

Le président, présidant la séance,
Frédéric Jenny