



Décision n° 05-D-17 du 27 avril 2005
relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés
de travaux de voirie en Côte d'Or

Le Conseil de la concurrence (section I) ;

Vu la lettre enregistrée le 12 octobre 1999, sous le numéro F 1174 par laquelle le ministre de l'économie des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or ;

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, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986, et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Roger Martin, Appia Sud Bourgogne venant aux droits de la société Gerland Bourgogne Franche Comté, Rougeot, Eurovia Bourgogne, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, et les représentants des sociétés Eurovia Bourgogne, Jean-Lefebvre Sud-Est, Paul Rosa et fils et Colas Est, Rougeot et Appia Sud Bourgogne, venant aux droits de la société Gerland Bourgogne Franche Comté Est, entendus lors de la séance du 29 mars 2005.

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES MARCHÉS CONCERNÉS

1. Les marchés concernés par l'affaire portée devant le Conseil de la concurrence sont relatifs à des travaux publics de voirie et de réseaux divers (ci-après VRD), conclus par le Conseil général de la Côte d'Or et par la commune de Longvic.
2. Le Conseil général de la Côte d'Or lance régulièrement des appels d'offres ouverts afin de réaliser les travaux nécessaires à l'amélioration du réseau des routes départementales. Le

Conseil de la concurrence a été saisi de pratiques développées à l'occasion de la passation, en 1998, de sept marchés de travaux routiers : deux marchés (VRD et enrobés) concernant la traversée des Maillys, route départementale 20 ; un marché en deux tranches (ferme et conditionnelle) concernant le calibrage de la chaussée de la route départementale 5 entre Montbard et Amans ; deux marchés (VRD et enrobés) concernant la traversée de Saint-Thibault, route départementale 970 ; deux marchés (terrassement et enrobés) concernant la mise aux normes de la route départementale RD 70 entre Marcigny et Maison de Paille.

3. La commune de Longvic, quant à elle, passe des marchés de travaux publics visant la réalisation ponctuelle de programmes de travaux annuels (réfection, entretien et aménagement de la voirie communale). Le Conseil a été saisi de marchés de cette nature, passés par la commune entre le 1^{er} janvier 1996 et le mois de novembre 1998.
4. A l'issue de la procédure, sont seuls visés par la présente décision les marchés de l'aménagement, d'une part, de la route départementale 20 (lot 2), à hauteur de la traversée des Maillys et d'autre part, de la route départementale 970 (lot 1) au niveau de la traversée de Saint-Thibault.

**1. LE MARCHÉ DE L'AMÉNAGEMENT DE LA TRAVERSÉE DES MAILLYS, RD 20, LOT 1 ET 2
PASSÉ EN 1998 PAR LE CONSEIL GÉNÉRAL**

a) Description du marché

5. L'aménagement de la route départementale 20 consistait à reprofiler la chaussée puis à réaliser la délimitation par l'exécution de trottoirs et la création d'espaces sécurisés pour le stationnement et les déplacements piétons. Le marché de l'aménagement de la traversée des Maillys, RD 20, a été divisé en deux lots : l'un de VRD (lot 1), l'autre d'enrobés (lot 2).
6. Il a fait l'objet d'un appel d'offres ouvert dont la publicité a été effectuée au BOAMP, édition travaux, du 6 mai 1998. La date limite de réception des offres a été fixée au 3 juin 1998, 17 heures. Le prix des prestations a été retenu par le Conseil général de la Côte d'Or comme critère du choix de l'entreprise attributaire du marché.
7. Pour le lot 1 de VRD, estimé par les services techniques du Conseil général à 1 300 000 Francs TTC, sept entreprises ont répondu. L'offre de prix de l'entreprise Eurovia Bourgogne n'a pas été ouverte par la commission d'ouverture des plis réunie le 11 juin 1998. La commission a, en effet, considéré que cette offre n'était pas conforme au motif qu'un document dont la production était obligatoire était, certes, revêtu du tampon de la société mais n'était pas signé par le responsable. Le prix proposé en réponse à l'appel d'offres était de 1 281 326 Francs pour le lot 1 et de 540 086 Francs pour le lot 2.
8. Les offres des entreprises retenues ont été les suivantes :

Entreprise	Montant ttc	Observations
Entreprise Jean Aller	1 161 030 F	Moins-disant
Groupement Roger Martin – EGTP (Gerland BFC sous-traitant)	1 266 121 F	Mandataire entreprise Roger Martin + 9,0 % par rapport au moins-disant
Colas Est	1 296 705 F	+ 11,6 % par rapport au moins-disant

Entreprise	Montant ttc	Observations
Entreprise Hubert Rougeot	1 313 376 F	+ 13,1 % par rapport au moins-disant et supérieure à l'estimation administrative
Ferron	1 350 071 F	+ 16,2 % par rapport au moins-disant et très légèrement supérieure à l'estimation administrative
SNEL	1 400 011 F	+ 20,5 % par rapport au moins-disant et d'environ 8 % supérieure à l'estimation administrative

9. En sa séance du 16 juin 1998, la commission d'appel d'offres a attribué le marché à l'entreprise Jean Aller, moins-disante.
10. Pour le lot 2 d'enrobés, l'estimation des services techniques du Conseil général s'élevait à 550 000 F TTC. Sept entreprises ont répondu à la consultation. L'offre de prix de l'entreprise Eurovia bourgogne a été écartée pour les raisons évoquées au point 7 de la présente décision.
11. Les offres des entreprises ont été les suivantes :

Entreprise	Montant TTC	Observations
EJL Sud-Est	521 775 F	Moins-disant
Entreprise Hubert Rougeot	549 942 F	Offre ramenée à 548 537 F après correction d'une erreur de calcul : + 5,3 % par rapport au moins-disant
Colas Est	558 721 F	+ 7 % par rapport au moins-disant
Gerland BFC	558 932 F	+ 7,1 % par rapport au moins-disant
SNEL	560 060 F	+7,3 % par rapport au moins-disant
Entreprise Roger Martin	560 434 F	+ 7,4 % par rapport au moins-disant

12. Le marché a été attribué le 16 juin 1998 à EJL Sud-Est, entreprise moins-disante.

b) Pratiques relevées

13. Les représentants des soumissionnaires, Gerland BFC et Entreprises Roger Martin groupée avec EGTP pour répondre à l'appel d'offres concernant le lot 1 de l'opération, se sont réunis afin de déterminer le montant de leur offre concernant le lot de l'opération.
14. L'agenda de M. Jean-Philippe X..., chef de l'agence Sainte Apollinaire de l'entreprise Roger Martin porte la mention « *EGTP Genlis* » le 3 juin 1998 de 8 H 30 à 10 H 30 (cote 228). Interrogé par les enquêteurs, il a indiqué : « *Le dossier a été finalisé et rédigé par EGTP, chez lequel l'étude a été également élaborée* » (cote 158).
15. M. Roger Y..., président directeur général de la société EGTP, a déclaré le 17 juillet 1998 : « *Les 3 entreprises Roger Martin, Gerland et EGTP ont défini les prix de soumission lors d'une réunion à Genlis (MM. X..., Z... et moi-même), après confrontation des études de chaque entreprise. Le dossier a été tapé chez EGTP* » (cote 540).

16. Lors de cette réunion du 3 juin 1998 dans les locaux de la société EGTP, l'étude de prix, datée du 2 juin 1998, a été communiquée aux participants. La page 2 de ce document comporte, d'une part, la fin de l'estimation de prix pour le lot 1 et les totaux HT et TTC afférents et, d'autre part, l'estimation globale des prix étudiés pour le lot 2 (cotes 318 à 319) pour lequel les sociétés Gerland et Entreprise Roger Martin ont présenté des offres séparées et pour lequel EGTP n'a pas présenté d'offre.
17. Lors de son audition par les enquêteurs, le 25 septembre 1998, M. Patrick Z..., ingénieur d'études de la société Gerland BFC, a justifié la communication de son étude de prix relative au lot 2 du RD 20 à ses partenaires du lot 1 (Entreprise Roger Martin et EGTP) comme suit : « Pour le lot 2 enrobés, je ne me souviens plus si nous avons envisagé de répondre dans le cadre du même groupement, mais cela pourrait sembler logique (coordination entre les 2 lots, centrale commune VALSE avec ROGER MARTIN) » (cote 346).
18. M. X..., responsable d'agence de l'Entreprise Roger Martin a, quant à lui, déclaré dans son procès verbal du 18 juin 1998 : « Mon choix se porte de manière privilégiée sur Gerland à cause de la centrale d'enrobés de Valse sur laquelle nous sommes associés à part égales » (...) « Concernant les derniers marchés du département : la RD 20 : pour le lot 1, j'ai répondu conjointement avec EGTP et avec Gerland comme sous traitant. Je suis à l'initiative du groupement, dans la mesure où je ferai les ouvrages d'art, le blanc sera confié à Gerland et la maçonnerie à EGTP ».
19. La société Gerland a proposé un prix de 558 932 Francs TTC pour réaliser le lot enrobés, soit un prix supérieur de 13,8 % par rapport à l'étude de prix établie par ses soins.
20. L'entreprise Roger Martin a répondu pour le lot 2 à un niveau supérieur de 14,1 % au chiffre qu'elle avait reçu de Gerland BFC : 560 434 Francs TTC contre 490 992 Francs TTC.

2. LE MARCHÉ DE L'AMÉNAGEMENT DE LA TRAVERSÉE DE SAINT-THIBAULT, RD 970, LOT 1, VRD, PASSÉ EN 1998 PAR LE CONSEIL GÉNÉRAL DE LA COTE D'OR

a) Description du marché

21. La date limite de réception des offres a été fixée au 10 juin 1998 à 17h00. Les services techniques ont estimé le coût des travaux à la somme de 2 300 000 Francs TTC.
22. Les offres des entreprises ont été les suivantes :

Entreprise	Montant TTC	Observations
Groupement Rougeot-Eurovia Bourgogne	2 255 786 F	Moins-disant
Groupement Rosa-SNEL	2 290 022 F	+ 1,5 % par rapport au moins-disant
Colas Est	2 400 175 F	+ 6,11 % par rapport au moins-disant
Groupement EJM Sud-Est Pennequin	2 402 195 F	+ 6,4 % par rapport moins-disant
Tracyl	2 516 662 F	+ 11,5 % par rapport au moins-disant
EGTP	2 520 353 F	+ 11,7 % par rapport au moins-disant
Entreprise Roger Martin	2 530 326 F	+ 12,1 % par rapport au moins-disant
Giboulot	2 611 894 F	+ 15,7 % par rapport au moins-disant

Entreprise	Montant TTC	Observations
Villette	2 700 407 F	+ 19,7 % par rapport au moins-disant

23. La commission d'appel d'offres a attribué le marché au groupement Rougeot-Eurovia Bourgogne, moins-disant.

b) Les pratiques relevées

24. Le chef d'agence d'Eurovia Bourgogne, M. Jean-Claude A..., a déclaré, s'agissant de la réponse de son entreprise à l'appel d'offres, : « *Concernant le dossier de la RD 970 : C'est un dossier que nous avons mené avec l'entreprise Rougeot qui a une centrale d'enrobés à Arnay le Duc et avec qui nous avons une carrière commune à Pouilly. Nous nous sommes particulièrement intéressés à ce dossier qui par son contenu pouvait bien occuper nos équipes*» (cote 101).
25. M. Michel B..., chargé d'études de cette même société, a, quant à lui, précisé le 27 août 1998 : « *En ce qui concerne le RD 970, M. A... m'a demandé de faire une étude détaillée. J'ai calculé mes déboursés, et j'ai utilisé mes prix mercuriales pour certains postes, comme les bordures par exemple. Les prix résultant de cette étude figurent dans la colonne « prix unitaires » du D.E. noté « ETUDE ». Les prix de la colonne de droite sont ceux qui ont été retenus entre M. A... et l'entreprise Rougeot, en ce qui concerne le lot 1* ». (...) (cote 107).
26. MM. C... et D..., de la société Rougeot, ont respectivement indiqué que : « *Pour le lot 1, M. D... a établi les prix avec la société Eurovia et le devis définitif a été tapé par la société Rougeot* » (cote 140) et que « *Pour l'étude de prix du RD 970 nous avons confronté nos études préalables avec la société Eurovia et nous avons bouclé chez Eurovia* » (cote 357).
27. Le directeur commercial de l'entreprise Rougeot, M. D..., confirme l'intérêt porté par sa société à ce marché : « *Pour les lots 1 des marchés relatifs à la RD 970 et la RD 70, nous avons eu également une démarche globale avec la société Eurovia. Nous avons davantage ciblé le RD 970 d'autant plus que nous avons répondu avec la société Cochery Bourdin et Chaussé les années précédentes* » (cotes 354 à 361).
28. Un détail estimatif relatif à l'opération, portant l'enseigne d'Eurovia Bourgogne et daté du 9 juin 1998, a été trouvé chez les deux co-traitants. Ce document dactylographié comporte les prix unitaires de soumission déterminés par le chef d'agence d'Eurovia Bourgogne et le directeur commercial de la société Rougeot, M. D..., essentiellement à partir de l'étude réalisée par le responsable des études de la société Eurovia Bourgogne.
29. Ces prix dactylographiés correspondent aux prix unitaires de la soumission déposée par le groupement Rougeot-Eurovia Bourgogne (cotes 495 à 514).
30. Cependant, sur le détail estimatif « *Eurovia Bourgogne* » détenu par la société Rougeot, on observe que sept prix unitaires dactylographiés sont barrés, et des prix manuscrits sont notés à côté. Un huitième prix manuscrit est inscrit à côté d'un prix dactylographié non barré, mais figurant dans une suite de prix barrés. (cotes 541 à 542). Ces prix ajoutés correspondent à ceux figurant sur le détail estimatif établi par la société EGTP portant la mention « *BON RP 10/06/98 attendre de me voir* » (cotes 549 à 551) dont cinq d'entre eux sont manuscrits et se situent en regard de prix initialement dactylographiés et trois sont suivis d'un tiret de prise en compte .

31. Entendu le 18 juin 1998, M. Christophe C... a déclaré à ce sujet : « *sur le document remis en copie (détail estimatif Eurovia) figurent des prix unitaires manuscrits à l'encre bleue portés par M. D...* » (cotes 135 à 143).
32. De façon concordante, M. D... a déclaré que : « *Pour le RD 970, les prix manuscrits ajoutés sur ceux du détail estimatif Eurovia correspondent à des prix de sous-traitance que j'avais demandé(s) à E.G.T.P (...)* » (cotes 354 à 361).
33. L'échange d'informations relatif aux prix a été explicitement confirmé par M. Y..., de la société EGTP, entendu par les enquêteurs le 17 juillet 1998 : « (...) *M. D... de l'entreprise Rougeot m'a demandé des prix de prestations, dans l'optique d'une sous-traitance éventuelle, peu de temps avant la remise des prix. Il s'agi[ssait] des postes de bordures (2403 b, c, f, g et K), de béton désactivé (2508, 2514, 2516) et d'ouvrages d'eaux pluviales (3202 a et g). Je lui ai indiqué que les prix que je lui indiquai(s) étaient ceux de mon offre* » (cote 341).
34. Effectivement, sur l'étude d'EGTP précédant la remise de l'offre, les prix des dix postes cités par M. Y... soit sont barrés ou cochés, soit font l'objet d'un ajout manuscrit (cotes 549 à 551).
35. Ces prix, repris par EGTP dans son offre de soumission (cotes 546 à 548), correspondent aux prix manuscrits ajoutés par M. D..., de la société Rougeot, sur le devis estimatif du groupement Rougeot-Eurovia Bourgogne.
36. Ce projet de sous-traitance n'a, toutefois, pas été signalé à la collectivité à l'occasion du dépôt de l'offre, et ce en contradiction avec les prescriptions du règlement de la consultation qui prévoyait : « *que des sous traitants soient désignés ou non au marché, le candidat devra indiquer dans l'acte d'engagement le montant des prestations qu'il envisage de sous-traiter (...)* ».
37. Divers autres éléments établissent que cet échange d'informations a eu lieu avant le dépôt des offres des sociétés concernées pendant la phase de mise en concurrence des entreprises.
38. Ainsi, si M. C... a déclaré que « *cette correction a été portée après la frappe du devis destiné au conseil général* » (cote 140), en revanche, M. D..., auteur des corrections manuscrites, a précisé qu'il avait demandé ces prix « *3 ou 4 jours avant la remise des plis* » (cote 358).
39. Cette dernière déclaration est corroborée non seulement, par M. Y... (EGTP) qui a indiqué que : « *M. D..., (...) m'a demandé des prix de prestations, (...) peu de temps avant la remise des prix* » (cote 341) mais aussi par les faits. Ainsi, le devis estimatif «C» sur lequel figurent les prix manuscrits est daté du 9 juin 1998, l'étude réalisée par EGTP, sur laquelle se retrouvent les mêmes prix est datée du 10 juin 1998 et l'offre de EGTP qui reprend ces mêmes prix a été déposée le 10 juin 1998 avant 17h00.
40. A propos du détail estimatif d'EGTP, on relève que le montant total manuscrit a été inscrit par la même main que celle qui a noté des prix différents «*manuscrits*» correspondant à l'évaluation de certains postes de l'étude dactylographiée, ce qui prouve que le montant total manuscrit a été écrit au même moment que les prix des postes «*manuscrits*».
41. Il est à noter que l'estimation dactylographiée, si elle avait été maintenue, en tant qu'offre en réponse pour ce marché, aurait abouti à présenter à la collectivité le meilleur prix et pour l'entreprise EGTP à être déclarée attributaire du marché puisque la totalité des marchés en 1998 ont été attribués aux moins-disants.

42. Cependant EGTP a finalement déposé une offre de soumission, en réponse à l'appel d'offres, de 16,8 % supérieure à l'estimation qu'elle avait initialement communiquée à l'entreprise Rougeot.
43. A cet égard, M. Y..., chargé d'études chez EGTP, justifie l'augmentation de son offre de la façon suivante : « *En ce qui concerne le RD 970, j'ai fait une première étude que j'ai ensuite affinée à la hausse, compte tenu des prix des matériaux dans ce secteur. Le matin du jour limite de transmission du dossier, j'ai appris que j'étais adjudicataire du SIVOM de Genlis. J'ai donc choisi de remonter encore mes prix sur le RD 970, pour être sûr de ne pas avoir un chantier que j'aurais eu du mal à réaliser* » (cote 340).
44. Sur ce point, il y a lieu de noter que la commission d'appel d'offres du Sivom de Genlis a siégé le 9 juin 1998 à 17 H 00. Le Sivom de Genlis a officiellement informé l'entreprise Noiro, mandataire du groupement Noiro-EGTP-Colas Est, de l'attribution de ce marché d'un montant de 3 331 344 Francs TTC par courrier du 1^{er} juillet 1998, alors que la date limite pour des offres pour les travaux du RD 970 est intervenu le 10 juin 1998.
45. Le programme annuel de travaux du Sivom de Genlis est obtenu de façon répétée par le groupement Noiro - EGTP - Colas Est. M. E..., premier vice-président du Sivom, déclare en effet : « *L'attributaire du marché annuel de voirie en 1993, 1994, 1995, 1996 et 1997 a été le groupement Noiro, mandataire, E.G.T.P., Colas Est* » (cote 571).
46. Dans un courrier du 1^{er} février 1999, M. Y... précise le montant de travaux réalisés pour les trois derniers marchés annuels : 1 205 581 Francs TTC en 96, 1 076 262 Francs en 97, et 710 662 Francs en 98, soit un montant de l'ordre d'un tiers de celui du marché RD 970 lot 1.
47. Par ailleurs, la date de remise des offres pour les marchés RD 970 (terrassment VRD) et RD 70 (terrassments et corps de chaussée) passés par le Conseil général était identique, soit le 10 juin 1998. Les deux détails estimatifs de ces marchés portent la mention « *BON RP 10/08/98* ».
48. Il est constaté que les prix unitaires établis par M. Y... pour le RD 70 n'ont pas été modifiés à la hausse au dernier moment à l'inverse du comportement adopté par EGTP pour répondre au marché RD 970, lot 1.
49. Cependant, l'estimation de la collectivité s'est élevée à 3 050 000 Francs pour le RD 70, contre 2 300 000 Francs pour le RD 970.
50. M. Y... (EGTP) explique sur ce dernier point : « *Je n'ai pas remonté de façon aussi sensible les prix du RD 70, notamment les postes forfaitaires. Je suppose que le détail estimatif et l'acte d'engagement du RD 70 avai(en)t déjà été tapés au moment où j'ai été informé de l'attribution du Sivom de Genlis* » (cote 341).

B. LES GRIEFS NOTIFIÉS

51. Au vu des constatations qui précèdent, les griefs ci-après ont été définitivement retenus dans le rapport notifié aux parties :
 - « *S'agissant du marché RD 20, lot 2, enrobés, passé en 1998 par le Conseil général de la Côte d'Or, il est fait grief aux sociétés Appia Sud Bourgogne, assurant la continuité économique et fonctionnelle de la société Gerland, et Roger Martin d'avoir échangé, antérieurement au dépôt des offres, des informations relatives aux prix du lot 2 du marché RD 20, passé en 1998, pratique constitutive d'une entente qui a eu pour objet*

de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et pour effet de tromper le Conseil général de la Côte d'Or quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires ».

- *« S'agissant du marché RD 970, lot 1, VRD, passé en 1998 par le Conseil général de la Côte d'or, il est fait grief aux entreprises Rougeot-Eurovia Bourgogne et à l'entreprise EGTP d'avoir échangé antérieurement au dépôt des offres des informations relatives au prix du lot 1 du marché RD 970, passé en 1998, pratique constitutive d'une entente qui a eu pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et pour effet de tromper le Conseil général de la Côte d'Or quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires ».*
- *« S'agissant du marché RD 970, lot 1, VRD, passé en 1998 par le Conseil général de la Côte d'or, il est fait grief aux entreprises Rougeot-Eurovia Bourgogne et à l'entreprise EGTP de s'être concertées, antérieurement au dépôt des offres du lot 1 du marché RD 970, passé en 1998, pour que la société EGTP dépose une offre supérieure à son estimation initiale, pratique constitutive d'une entente qui a eu pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et pour effet, non seulement de tromper le Conseil général de la Côte d'Or quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires, mais aussi de générer un surcoût pour la collectivité dans la mesure où l'estimation initiale de la société EGTP était inférieure à l'offre, in fine, moins-disante du groupement Rougeot-Eurovia Bourgogne ».*

II. Discussion

A. SUR LE FOND

1. SUR LE GRIEF D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS SUR LES PRIX RELATIF AU MARCHÉ DE LA RD 20, LOT 2, ENROBÉS, PASSE EN 1998 PAR LE CONSEIL GENERAL DE LA COTE D'OR

52. La société Appia Sud Bourgogne, venant aux droits de la société Gerland, et l'Entreprise Roger Martin reconnaissent l'existence d'un échange d'informations portant sur les prix de leurs soumissions pour le lot 2 (enrobés) du marché de la RD 20, échange intervenu entre elles lors de la réunion du 3 juin 1998 chez EGTP à Genlis, qui avait pour but de constituer l'offre en groupement (EGTP et Roger Martin, Gerland étant sous traitant) pour répondre sur le lot 1 (VRD) de l'appel d'offres du Conseil Général lancé pour la partie VRD.
53. Les sociétés mises en cause font valoir que cet échange d'informations, antérieur au dépôt des offres, n'a pas eu d'objet anticoncurrentiel dans la mesure où la qualification d'entente suppose que les parties aient librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché et que l'échange d'informations, même en matière de travaux publics, ne suffit pas en lui-même à apporter la preuve de cette volonté de participer à une entente.
54. Mais, s'agissant de l'objet de la pratique en cause et selon la jurisprudence constante du Conseil, les échanges d'informations, et spécialement ceux portant sur les prix, entre

sociétés soumissionnaires avant le dépôt des offres, perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence. En effet, lors d'un appel d'offres basé sur le critère du moins disant comme c'est le cas en l'espèce, chaque soumissionnaire subit deux incitations opposées : offrir un prix élevé pour maximiser son profit ; offrir un prix faible pour maximiser ses chances de remporter le marché. L'intégrité concurrentielle du marché suppose que chacun choisisse son risque et effectue son choix, solitairement, en fonction de l'information commune résultant du cahier des charges de l'appel d'offres que tous les opérateurs du marchés partagent et de celles concernant sa situation propre, mais sans disposer d'aucune information privilégiée concernant un ou plusieurs concurrents. En effet, toute information privilégiée éclairant les choix opérés par les autres concurrents, spécialement les informations relatives aux prix que ces concurrents sont susceptibles d'avoir retenus, diminue artificiellement le risque pris par celui qui bénéficie de cette information au moment d'établir le prix de son offre, en réduisant ou supprimant l'incertitude dans laquelle il doit rester au regard du comportement des autres concurrents. Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres, spécialement sur les prix, suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles.

55. En l'espèce, il est établi qu'un échange d'informations sur le prix du marché RD 20, lot 2, a eu lieu lors d'une réunion tenue le 3 juin 1998 chez EGTP à Genlis à l'occasion de la préparation de la réponse du groupement au marché RD 20, lot 1. La réalité de cet échange n'est pas contestée par les entreprises concernées. L'argument doit donc être écarté.
56. Les sociétés Appia Sud Bourgogne et Roger Martin soutiennent aussi que cet échange d'informations sur les prix n'a pas eu d'effet concret sur la concurrence dans la mesure où les offres déposées par leurs sociétés n'étaient pas fondées sur les informations contenues dans le devis estimatif communiqué lors de la réunion.
57. Mais le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations résulte avant tout de la diminution de l'incertitude portant sur l'attribution du marché et sur le prix auquel il sera attribué. Cette réduction de l'incertitude est sensible dès l'échange d'informations entre les sociétés Roger Martin et Gerland BFC. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer une élaboration en commun des offres à partir des informations échangées pour établir l'effet anticoncurrentiel de ces échanges.
58. En outre, il n'est nullement demandé par la jurisprudence, pour établir une entente anticoncurrentielle, d'apporter la preuve que l'accord de volonté des entreprises parties à l'entente porte aussi sur l'obtention d'un effet anticoncurrentiel qu'elles auraient intentionnellement recherché. La démonstration d'un échange volontaire d'informations dans ces circonstances de marché suffit pour qualifier la pratique d'entente, comme l'a rappelé le Conseil dans son rapport annuel 2003 (pages 73 à 76).
59. La société Appia Sud Bourgogne considère, également, que d'autres indices sont de nature à établir la croyance légitime qu'un groupement serait organisé pour répondre sur le lot 2. Elle met en avant le caractère naturel et «*objectif*» de la formation de ce groupement en s'appuyant notamment sur une déclaration de M. X... (point 18) corroborée par la déclaration de M. Y... (point 15) qui atteste d'une association «*à parité égale*» dans le fonctionnement de la centrale d'enrobés de Valse et d'une complémentarité technique de ces entreprises.
60. Dans le même sens, la société Roger Martin observe que «*la communication d'informations sur le prix de prétude de Gerland sur le lot deux est (...) consécutive à une démarche parfaitement licite de constitution de groupement*».

61. Mais à supposer qu'un projet de groupement ait été envisagé entre les trois entreprises pour le lot 2, ce projet n'a pas abouti. De ce fait, dès lors que des informations portant sur les prix avaient été effectivement échangées au motif de ce prétendu projet, l'échange réalisé interdisait aux entreprises en cause, ayant finalement renoncé à se grouper, de présenter en concurrence apparente des offres sur le lot 2, car la concurrence entre ces offres était irrémédiablement faussée par l'échange initial.
62. Au surplus, les arguments avancés par les sociétés mises en cause ne sont appuyés sur aucun élément du dossier suffisamment probant pour étayer l'hypothèse selon laquelle les deux entreprises auraient engagé de réelles négociations en vue d'organiser une collaboration effective. Il s'ensuit que l'existence d'un projet de co ou sous-traitance entre les sociétés incriminées n'est soutenu que par leurs déclarations orales. Il faut encore relever que les deux entreprises n'ont à aucun moment informé le maître de l'ouvrage de l'existence de ces éventuelles discussions préliminaires, ni des échanges d'informations qui en seraient résultés, le laissant dans l'ignorance de l'étendue réelle de la concurrence.
63. La société Appia Sud Bourgogne soutient, enfin, que les lots 1 et 2 portent sur le même ouvrage et peuvent être assimilés à «*un seul et unique marché*» et que cette «*indissociabilité physique*» explique la présentation de l'estimation «*Gerland*» lot 1 et 2 et qu'il y a lieu d'admettre que «*raisonnablement*», cette société pensait que lors de la réunion destinée à présenter une offre commune pour le marché RD 20, lot 1, une réponse en groupement serait discutée.
64. Mais, si les marchés RD 20, lots 1 et 2, présentent une «*indissociabilité physique*», il n'en reste pas moins que le maître d'ouvrage, libre de définir les modalités de mise en concurrence des entreprises, a décidé d'allotir les prestations et de distinguer juridiquement deux marchés. Dès lors que la consultation prévoyait une mise en concurrence séparée pour chacun des lots, l'argument de l'unité de l'ouvrage doit être écarté.
65. Au vu des éléments qui précèdent, il est établi que les sociétés Appia Sud Bourgogne, assurant la continuité économique et fonctionnelle de la société Gerland, et Roger Martin ont échangé, antérieurement au dépôt des offres, des informations relatives au prix du lot 2 du marché RD 20, passé en 1998 par le Conseil général de la Côte d'Or, pratique constitutive d'une entente qui a eu pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et pour effet de tromper le Conseil général de la Côte d'Or quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires.

2. SUR LE GRIEF D'ECHANGE D'INFORMATIONS SUR LES PRIX RELATIF AU MARCHE RD 970, LOT 1, VRD, PASSE EN 1998 PAR LE CONSEIL GENERAL DE LA COTE D'OR

En ce qui concerne le grief notifié à la société Eurovia Bourgogne

66. Les faits rapportés aux paragraphes 33 et 38 à 40 établissent que l'entreprise EGTP a communiqué à l'entreprise Rougeot des informations relatives à son estimation des prix relatifs à certains éléments des travaux de VRD prévus au lot 1 du marché de la RD 970, et ce antérieurement à la remise d'offres en apparence indépendantes par le groupement Rougeot-Eurovia et par l'entreprise EGTP notamment. Cet échange est constitutif d'une entente ayant pour objet ou pour effet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence.
67. La société Eurovia Bourgogne évoque la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris (arrêt 04/08123 Bayol, du 9 novembre 2004) et fait valoir qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'elle a participé directement ou indirectement ou a été informée à quelque

moment que ce soit des échanges d'informations intervenus entre EGTP et l'entreprise Rougeot, et que dès lors, le seul fait d'être membre du groupement est insuffisant à lui seul pour caractériser sa participation à l'échange d'information incriminé.

68. Il ressort des pièces et déclarations versées au dossier que la démonstration d'une participation à l'échange d'informations intervenu avec EGTP n'a été faite que pour l'entreprise Rougeot. Dès lors la seule circonstance d'avoir signé, en groupement, l'offre de soumission ne suffit pas à fonder la participation de la société Eurovia Bourgogne à l'entente.
69. En conséquence, il n'est pas établi que la société Eurovia Bourgogne a participé à une concertation anticoncurrentielle.

En ce qui concerne le grief notifié aux sociétés EGTP et Rougeot

70. La société EGTP, actuellement en phase de liquidation judiciaire depuis le 21 octobre 2003, n'a pas produit d'observations et de mémoire en réponse en l'affaire.
71. La société Hubert Rougeot, quant à elle, évoque un projet de sous-traitance entre EGTP qui aurait conduit, dans cette optique, à un simple contact entre les entreprises et non à un échange d'informations sur les prix entre ces deux sociétés. Elle soutient que le seul argument avancé pour contester cette sous-traitance éventuelle réside dans le fait que le maître d'ouvrage n'en a pas été informé. A cet égard, elle souligne qu'il est fréquent, *«nonobstant les exigences posées par les maîtres d'ouvrages, [que] les entreprises s'abstiennent de mentionner les sous-traitants quand la sous-traitance n'est qu'une possibilité, une précaution dans l'hypothèse d'un surcroît brutal d'activité»*.
72. Mais, en l'espèce, l'analyse rappelée au paragraphe 61 s'applique, à l'identique. Au surplus, l'entreprise Rougeot ne produit pas d'éléments venant étayer l'hypothèse selon laquelle l'échange d'informations serait justifié par l'engagement de réelles négociations en vue d'organiser une collaboration effective. Il s'ensuit que l'existence d'un projet de co ou sous-traitance entre les sociétés incriminées n'est pas démontrée en l'espèce.
73. La pratique relevée est, par son objet, anticoncurrentielle car en supprimant l'indépendance des offres des entreprises soumissionnaires, elle a fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Elle l'est également par son effet, car elle a trompé le Conseil général de la Côte d'Or quant à la concurrence s'exerçant entre les entreprises participant à l'appel d'offres.

3. SUR LE GRIEF D'ENTENTE EN VUE DU DÉPÔT D'UNE OFFRE DE COUVERTURE PAR EGTP AU BÉNÉFICE DE LA SOCIÉTÉ ROUGEOT RELATIF AU MARCHÉ RD 970, LOT 1, VRD, PASSÉ EN 1998 PAR LE CONSEIL GÉNÉRAL DE LA CÔTE D'OR

74. Il a été constaté que la société EGTP a déposé une offre (2 520 353 F) de 16,8 % supérieure à son estimation initiale (2 156 780 F). L'estimation initiale, si elle avait été maintenue dans l'offre présentée en réponse pour ce marché, aurait abouti à proposer à la collectivité le meilleur prix et, pour l'entreprise, à être déclarée attributaire du marché puisque la totalité des marchés en 1998 ont été attribués aux moins-disants.
75. Pour contester une éventuelle offre de couverture, la société Rougeot objecte que *«le seul élément de preuve retenu est que EGTP a, in fine, revu son offre à la hausse»*.
76. En l'espèce, il est avéré que le montant total manuscrit figurant sur le détail estimatif de cette société a été écrit de la même main et, nécessairement, au même moment que les prix

des postes modifiés dont les montants ont été communiqués à la société Rougeot.

77. Le responsable d'EGTP a, également, précisé qu'il avait informé cette entreprise que «*les prix qu'[il] lui indiquait étaient ceux de [son] offre*», ce qui laisse penser que l'offre d'EGTP était au moment de l'échange d'informations déjà finalisée.
78. Toutefois, si la modification de dernière minute de son offre par EGTP apparaît économiquement et commercialement peu justifiée, notamment au regard des constatations figurant aux points 37 à 50 de la présente décision, il n'est pas établi par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants, qu'elle a résulté d'une entente destinée à couvrir l'offre de la société Rougeot.

B. SUR L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES

79. En cas de jugement ordonnant la liquidation judiciaire, l'article 1844-7-7° du code civil dispose que la société «*prend fin*». L'article 1844-8 alinéa 1^{er} du même code indique que «*la dissolution de la société entraîne sa liquidation*» (...). Toutefois le troisième alinéa du même article prévoit que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. Jusqu'à cette date, c'est donc à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre.
80. Au cas particulier, la société EGTP a été placée en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Dijon en date du 20 octobre 2003. La procédure est actuellement en cours ce qui justifie la poursuite de la procédure à son encontre. Mais le prononcé d'une sanction pécuniaire à son égard n'apparaît pas opportun, en ce qui la concerne, eu égard à la liquidation dont elle fait l'objet.
81. La société Gerland Bourgogne Franche Comté a, quant à elle, été absorbée le 31 mai 2001 par la société Appia Sud Bourgogne, devenue Appia Bourgogne Jura depuis le 1^{er} janvier 2005 qui vient ainsi aux droits de la société Gerland BFC.

C. SUR LES SANCTIONS

82. 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. De ce fait et en vertu du principe de non rétroactivité des lois plus sévères, les dispositions introduites par ce texte à l'article L. 464-2 du code de commerce ne leur sont pas applicables.
83. Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : «*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 de non exécution 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 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.*».

D. SUR LA GRAVITÉ DES FAITS ET LE DOMMAGE À L'ÉCONOMIE

84. De jurisprudence constante, le fait de faire échec au déroulement normal des procédures d'appels d'offres en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et de tromper la personne publique quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où s'exerce une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique. Il s'ensuit qu'une pratique de cette nature est particulièrement grave puisqu'elle limite l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante.
85. Dans un arrêt du 12 décembre 2000, Sogea Sud Est, la Cour d'appel de Paris a relevé que *«ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur les prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre (...)»*.
86. Pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en compte le montant des marchés concernés :
- - RD 20, lot 2, traversée des Maillys : 521 775 Francs, soit 83 000 €
 - - RD 970, lot 1, traversée de Saint Thibault : 2 255 786 Francs, soit 350 000 €

E. SUR LA SITUATION PARTICULIÈRE DE CHAQUE ENTREPRISE

87. Le chiffre d'affaires de la société Appia Sud Bourgogne s'est élevé, en 2004, à 23 049 508 € En fonction des éléments tant généraux qu'individuels appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 185 000 euros.
88. Le chiffre d'affaires de la société Roger Martin s'est élevé, en 2004, à 58 465 778 € En fonction des éléments tant généraux qu'individuels appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 290 000 euros.
89. Le chiffre d'affaires de la société Rougeot s'est élevé, en 2004, à 20 579 090 € et son résultat courant avant impôts est négatif de 152 684 € En fonction des éléments tant généraux qu'individuels appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 euros.

F. SUR LA PUBLICATION DE LA DÉCISION

90. Aux termes des dispositions du I, dernier alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce : *« le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise. Il peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée »*.

91. En raison de la particulière gravité des pratiques relevées ayant fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence et trompé le Conseil général de la Côte d'Or quant à la réalité et l'étendue de la concurrence s'exerçant entre les entreprises soumissionnaires, il y a lieu d'ordonner la publication des visas de la décision, de l'extrait figurant au paragraphe 92 et du dispositif de la décision elle-même dans «*Le Moniteur des travaux publics*» et dans le quotidien local «*Le Bien public*».
92. Le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques mises en oeuvre lors de l'appel d'offres organisé par le Conseil général de la Côte d'Or en 1998 concernant les marchés de réfection de la route RD 20, par les sociétés Gerland (reprise depuis par Appia Sud Bourgogne) et Roger Martin. Ces entreprises avaient échangé, antérieurement au dépôt de leurs offres, des informations relatives au prix du lot 2 du marché.

Le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques mises en oeuvre lors de l'appel d'offres organisé par le Conseil général de la Côte d'Or en 1998 concernant les marchés de voirie et réseaux divers relatifs à la route RD 970, par les entreprises Rougeot et EGTP. Ces entreprises avaient échangé, antérieurement au dépôt de leurs offres, des informations relatives au prix du lot 1.

Le Conseil a considéré que ces échanges d'informations constituent des pratiques d'entente anticoncurrentielle. Elles ont eu pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, en réduisant ou supprimant l'indépendance des offres et l'incertitude dans laquelle chaque concurrent doit rester au regard du comportement des autres concurrents. De ce fait, le Conseil a considéré que les entreprises en cause ont trompé le maître d'ouvrage : le Conseil général de la Côte d'Or.

Selon la jurisprudence constante du Conseil, les échanges d'informations entre sociétés soumissionnaires perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence. Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations suffit à révéler l'accord de volonté des entreprises pour fausser la concurrence qui doit s'exercer entre elles.

Le Conseil a condamné les sociétés Appia Sud Bourgogne, venant aux droits de la société Gerland, Roger Martin et Rougeot aux sanctions pécuniaires énumérées à l'article 2 de la décision pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le Conseil a considéré que la société EGTP ayant été placée en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Dijon en date du 20 octobre 2003, il n'y avait pas lieu de la sanctionner.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Appia Sud Bourgogne venant aux droits de la société Gerland Bourgogne, Roger Martin, Rougeot et EGTP ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- - à la société Appia Sud Bourgogne, une sanction de 185 000 euros ;
- - à la société Roger Martin, une sanction de 290 000 euros ;
- - à la société Rougeot, une sanction de 50 000 euros.

Article 3 : Dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, les sociétés Appia Sud Bourgogne, Roger Martin et Rougeot feront publier les visas, le paragraphe 92 et les articles 1 à 3 du présent dispositif à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans une édition du «*Moniteur des travaux publics*» et dans le quotidien local «*Le Bien public*». Cette publication sera précédée de la mention : «*Décision n° 05-D-17 du 27 avril 2005 du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or*».

Article 4 : Elles adresseront conjointement, sous pli recommandé, copie des publications prévues à l'article 3 au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, dès leur parution et au plus tard le 1^{er} octobre 2005 au bureau de la procédure du Conseil.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Fontaine-Eloy, par M. Nasse, vice-président, président la séance, Mmes Pinot, Mader-Saussaye, MM. Piot, Bidaud, Honorat, et Combe, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence