



**Décision n° 08-D-01 du 18 janvier 2008
relative à une saisine présentée par la société Segard**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 19 décembre 2006 sous le numéro 06/0101 F, par laquelle la société Segard a saisi le Conseil de la concurrence d'une offre présentée par la direction départementale de l'équipement du Gard à l'occasion d'un appel d'offres lancé le 13 décembre 2005 par le Centre Hospitalier Docteur Paul Gâche, à Villeneuve les Avignon, relatif à une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en vue de la construction d'un établissement d'hébergement de personnes âgées dépendantes ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Segard entendus lors de la séance du 9 janvier 2008 ;

Adopte la décision suivante :

I. La saisine

1. Le Centre Hospitalier *Docteur Paul Gâche* a lancé le 13 décembre 2005 un appel d'offres en vue de sélectionner un candidat pour une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage relative à la construction d'un établissement d'hébergement de personnes âgées dépendantes ;
2. La mission consistait notamment en : «... une mission d'assistance générale au maître d'ouvrage à caractère administratif, financier et technique qui recouvre les prestations désignées ci-après. Elle comprend pour l'ensemble des phases constituant la mission, une assistance à la gestion du projet de construction du maître d'ouvrage, avec notamment :
 - La gestion des délais ;
 - Des revues de projet : points d'étapes et de validation ;
 - La gestion des coûts : suivi et évolution de l'enveloppe prévisionnelle ».
3. Selon la plaignante, la direction départementale de l'équipement du Gard (ci-après « DDE du Gard ») aurait présenté une offre à un « *prix abusivement bas* ». En conséquence, la société Segard a saisi le Conseil sur le fondement de l'article L. 420-5 du code de commerce.

II. Discussion

4. L'article L. 420-5 du code de commerce prohibe les « *offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits (...)* ».
5. Ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision n° [06-D-23](#) du 21 juillet 2006, « *la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ; en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation (...); en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent (...)* ».
6. S'agissant de la première condition, la cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 3 juillet 1998 (Société moderne d'assainissement et de nettoyage), défini la notion de « *consommateur* » comme « *la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis* ». Dans le même arrêt,

la cour d'appel a précisé que l' « exigence (qui pèse sur les personnes responsables de la passation des marchés d'analyser la composition des offres et notamment les prix anormalement bas), suppose une compétence technique dans le domaine où elle intervient, présumée par la loi, qui est incompatible avec la notion de « consommateur » au sens de l'article (L. 420-5 du code de commerce) et exclut l'application de ce texte à l'occasion de la passation des marchés publics ».

7. La société Segard a exposé dans sa saisine et en séance que les deux caractéristiques définissant un « consommateur » étaient en l'espèce réunies, dès lors que le centre hospitalier a envisagé de passer un contrat d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour ses besoins propres et avec l'assistance d'un tiers, démontrant ainsi qu'il était inexpérimenté en ce domaine. La société Segard en conclut qu'il convient d'assimiler le centre hospitalier à un consommateur pour l'application de l'article L. 420-5 du code de commerce.
8. En l'espèce, le centre hospitalier a lancé un appel d'offres pour une mission d'assistance à maître d'ouvrage, mission connexe à la construction d'un établissement d'hébergement de personnes âgées dépendantes. Si cette demande vise bien à satisfaire les besoins propres du centre hospitalier, les pièces du dossier démontrent qu'il n'était pas dépourvu des compétences techniques dont la détention exclut, selon la jurisprudence de la cour d'appel, la notion de « consommateur ».
9. Il ressort, en effet, de la lecture de l'appel public à la concurrence que le centre hospitalier a élaboré lui-même un dossier d'étude administratif et technique sur le projet de construction qu'il a mis à la disposition des candidats en vue du dépôt de leur candidature. De même, il a établi, pour l'appel d'offres en cause, un cahier des charges et un cahier des clauses administratives qui définissent les prestations dans le détail ainsi que la définition des critères qui permettront la sélection des candidats.
10. Enfin, le centre hospitalier a communiqué le tableau d'appréciation des neuf offres reçues sous forme de points attribués sur la base de quatre " critères d'attribution " : prix des prestations, capacité technique, références et contenu de l'offre. L'appréciation détaillée qui est ainsi portée par le centre hospitalier sur chacune des offres proposées implique nécessairement des capacités et des compétences spécifiques dans le domaine concerné par sa demande.
11. On constate ainsi que le centre hospitalier a analysé le niveau et la qualité des prestations proposées dans leurs différentes composantes. Par exemple, pour Segard, il a été en mesure de porter des appréciations sur les références présentées, sur les outils de gestion des opérations, sur le schéma méthodologique des études et des travaux, sur la qualité des curriculum vitae des personnes intervenantes ou sur le respect des quatre phases techniques. Concernant l'offre de la DDE, il note « dossier DDE classique et complet » ce qui indique que le centre hospitalier a déjà eu l'occasion d'examiner des dossiers de candidature de la DDE et, par là même, qu'il dispose d'une expérience dans ces domaines.
12. L'ensemble de ces éléments de fait ne permet pas d'établir que le centre hospitalier était " sans expérience particulière dans le domaine où il contracte ". Certes, sa demande d'assistance révèle que le centre hospitalier peut être considéré comme « sans expérience particulière » pour ce qui concerne le futur marché de la construction de l'établissement d'hébergement ; mais son analyse des propositions d'aide à la maîtrise d'ouvrage, seul objet du présent marché, témoigne de sa capacité et de son expérience dans la sélection de cette aide.

13. Par conséquent, en ce qui concerne la sélection d'un candidat pour la réalisation de la mission en cause, le centre hospitalier ne peut être assimilé à un consommateur au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce. Les conditions rappelées au paragraphe 5 étant cumulatives, la saisine de la société Segard est irrecevable pour ce seul motif.
14. S'agissant de la troisième condition, à titre surabondant, le Conseil a rappelé dans sa décision n° [03-D-62](#) du 18 décembre 2003, que « *à supposer même que soit établie la prédation (...), (le) critère (de vente au dessous du coût variable) ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique ; (...) d'autre part, l'existence d'une stratégie prédatrice doit être crédible au regard du contexte et notamment au regard de la part détenue par la société en cause sur le marché concerné* ».
15. Or, dans le cas d'espèce, la partie saisissante n'apporte aucun indice permettant au Conseil d'apprécier si le comportement de la DDE du Gard, constaté à l'occasion du seul appel d'offres en cause, est susceptible de produire un effet d'éviction sur le marché général « *où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné* » (décisions n° [01-D-08](#), n° [01-D-46](#) et n° [01-D-66](#)), à savoir en l'espèce le marché de « *mandats et conduites d'opérations* » (selon le dossier de référence de la société Segard), où la DDE du Gard, la Segard et les sept autres candidats qui ont remis des offres sont actifs, la société Segard se limitant à exposer le caractère abusivement bas des prix pratiqués par la DDE du Gard pour le marché public instantané en cause.
16. Bien au contraire, le Conseil relève qu'il ressort du dossier, d'une part, que le chiffre d'affaires de la société Segard est passé de 22 M € à 32 M € entre 2002 et 2004, sans qu'il soit établi qu'il ait baissé du fait du comportement dénoncé, d'autre part que la société Segard a communiqué à l'appui de sa candidature pour l'appel d'offres en cause de nombreuses références sur la période 1998-2005, avec de multiples maîtres d'ouvrage (Conseil général du Gard, communes, syndicats ou communautés de communes, établissements hospitaliers et maisons de retraite) et qu'elle n'apporte aucun élément démontrant que son activité avec ces maîtres d'ouvrage aurait été affectée par le comportement de la DDE du Gard à l'occasion de l'appel d'offres en cause, ni même à l'occasion d'autres appels d'offres auxquels elle aurait participé concurremment avec la DDE.
17. Il résulte de ce qui précède qu'aucun indice de stratégie d'éviction n'est versé au dossier, condition nécessaire aussi bien pour établir une pratique de prix abusivement bas que pour caractériser une pratique de prix prédateurs constitutive d'un abus de position dominante, d'autant que, s'agissant de cette deuxième éventualité, la saisine ne contient aucun indice relatif à la position de la DDE du Gard sur un marché pertinent.
18. Il convient, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce et de rejeter la saisine, qui n'est pas étayée par des éléments probants.

DECISION

Article unique : La saisine enregistrée sous le numéro 06/0101 F est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komaha, par M. Nasse, vice-président, président la séance et Mmes Aubert et Perrot, vice-présidentes.

La secrétaire de séance,
Véronique Letrado

Le vice- président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence