



Décision n° 95-D-83 du 12 décembre 1995
relative à des pratiques relevées à l'occasion des marchés publics relatifs
à la restauration des murailles du fort Saint-Louis à Fort-de-France (Martinique)

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 28 décembre 1992 sous le numéro F 572, par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par les entreprises Payeux et Quélin lors de marchés publics pour la restauration des murailles du fort Saint-Louis à Fort-de-France ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par les sociétés Payeux et Quélin ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Payeux et Quélin entendus,

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

I. - CONSTATATIONS

En 1989, les services des travaux maritimes de la marine nationale à Fort-de-France, qui gèrent, pour le compte de l'Etat, les bâtiments du fort Saint-Louis de Fort-de-France, ont décidé de procéder à la restauration et à la consolidation de la muraille Pelletier et de la muraille de la plage de La Française. Dans un premier temps, aucun découpage des travaux n'était envisagé. Un premier appel d'offres ayant été déclaré infructueux, le projet a été décomposé en trois lots et un nouvel appel d'offres a été lancé. Les trois lots du deuxième appel d'offres étaient les suivants :

- Lot n° 1. - Gros oeuvre : réalisation de structure de renforcement en béton armé ;
- Lot n° 2. - Maçonnerie : réfection de parements de murailles ;
- Lot n° 3. - Tirants : réalisation de tirants d'ancrage de la structure de la muraille Pelletier.

1. L'appel d'offres restreint lancé le 13 octobre 1989

Originellement, les services du ministère de la défense souhaitaient confier les travaux à une entreprise unique sélectionnée selon la procédure d'appel d'offres restreint. L'avis d'appel de candidatures préalables à un appel d'offres restreint, publié le 4 juillet 1989, fixait la date

limite de réception des candidatures au 25 juillet 1989. A cette date, la commission des travaux a approuvé la sélection de trois entreprises :

- l'entreprise Payeux, dont le siège est à Arras (Pas-de-Calais) et dont le chiffre d'affaires s'est élevé à 24 millions de francs pour 1994 ;
- l'entreprise Quélin, dont le siège est à Vanves (Hauts-de-Seine) et dont le chiffre d'affaires s'est élevé à 81,4 millions de francs pour 1994 ;
- l'entreprise Blanchon, qui n'est pas mise en cause dans la présente affaire.

Les trois entreprises précitées ont présenté des offres de prix unitaires et forfaitaires pour les travaux envisagés avant la date limite de remise des plis fixée au 13 novembre 1989. Le tableau ci-après reprend les montants hors taxes respectifs de chacune de ces offres, étant rappelé que les travaux étaient estimés à 2 875 000 F.

ENTREPRISES	OFFRE PROPOSEE	ECART/ESTIMATION
Quélin.....	3 920 655 F H.T.	+ 36,4 %
Payeux.....	4 199 320 F H.T.	+ 46,1 %
Blanchon.....	4 269 945 F H.T.	+ 48,5 %

Compte tenu de l'ampleur de l'écart entre, d'une part, les offres des entreprises sélectionnées et, d'autre part, l'estimation du coût des travaux par ses services, le maître d'ouvrage, par une lettre du 20 novembre 1989, a demandé aux soumissionnaires de bien vouloir fournir le détail des postes les plus importants du projet. Mais ces informations complémentaires n'ont pas satisfait le maître d'ouvrage, si bien qu'il a informé les entreprises soumissionnaires, par une lettre en date du 8 janvier 1990, que l'appel d'offres lancé le 13 octobre 1989 avait été déclaré infructueux et qu'il n'y serait pas donné suite.

Lors d'investigations menées par la brigade interrégionale d'enquête de Lille, intervenant dans le cadre d'une enquête ordonnée par le ministre de l'économie, des finances et du budget, et portant sur le secteur de la restauration de monuments et bâtiments historiques, aux sièges de l'entreprise Payeux et de la société Quélin, l'existence de relations entre les deux entreprises, lors de la présentation des candidatures pour le marché du fort Saint-Louis, a été mise en évidence. En effet, d'une part, plusieurs communications avec l'entreprise Quélin lors de la semaine du 6 novembre 1989 précédant la date limite fixée pour la remise des offres figuraient sur le cahier d'appels téléphoniques de l'entreprise Payeux et, d'autre part, un bordereau de prix établi par un commis de l'entreprise Quélin a été retrouvé dans le dossier concernant le fort Saint-Louis constitué par l'entreprise Payeux. Celle-ci a présenté une offre correspondant poste par poste aux prix figurant sur ce bordereau, alors que, de son côté, l'entreprise Quélin présentait une offre moins-disante.

Dans un premier temps, les responsables de l'entreprise Payeux ont soutenu que ce bordereau avait été établi sous la dictée de M. Randon, métreur spécialisé en monuments historiques. Celui-ci, lors de son audition par le rapporteur du Conseil de la concurrence, a confirmé qu'il avait été consulté par l'entreprise lors du premier appel d'offres, mais a indiqué que le bordereau de prix lui avait été communiqué déjà complété, et qu'il n'avait donc émis 'qu'un simple avis sur les prix figurant au bordereau transmis'.

Dans un deuxième temps, les responsables de l'entreprise Payeux n'ont pas contesté l'existence de relations avec l'entreprise Quélin, mais ont justifié ces relations, de même d'ailleurs que les responsables de cette dernière entreprise, par l'existence d'un projet de groupement entre les deux sociétés pour la présentation des offres. A l'appui de cette allégation, les entreprises ont produit une lettre adressée par M. Randon à l'entreprise Payeux

le 7 novembre 1989 dans laquelle ce dernier mentionne le projet de groupement et conseille à l'entreprise de ne pas soumissionner à l'offre en deçà des prix figurant au bordereau. Lors de son audition par le rapporteur, M. Randon a confirmé qu'il avait conseillé à l'entreprise Payeux de ne pas baisser ses prix.

2. L'appel d'offres lancé le 28 mai 1990

Une procédure analogue à celle qui a été mise en oeuvre lors du premier appel d'offres a été suivie à la suite de l'échec de ce dernier. L'avis d'appel de candidatures préalables à un appel d'offres restreint a été publié le 17 mars 1990. Le 6 avril 1990, la commission d'ouverture des plis se réunissait afin de procéder au dépouillement des offres de candidature. En ce qui concerne le lot n° 2, trois entreprises, Payeux, Quélin et la Société autunoise de construction, se sont portées candidates, et la commission a approuvé la sélection de ces trois entreprises.

Lors de la séance d'ouverture des plis du 29 juin 1990, il a été constaté que seule l'entreprise Payeux, parmi les trois sollicitées, avait déposé une offre. Toutefois, l'entreprise déclarait agir en groupement solidaire, dont l'entreprise Quélin serait mandataire commun. L'offre proposée par ce groupement pour le lot n° 2 s'élevait à 1 040 360 F, soit environ 30 p. 100 au-delà de l'estimation de 804 200 F retenue par l'administration. En dépit de cet écart, le maître d'ouvrage a considéré que, globalement, les prix proposés par le groupement étaient acceptables, et a, par suite, décidé d'attribuer le marché au groupement Quélin-Payeux pour la réalisation du lot n° 2.

L'acte d'engagement, signé en mai 1991 par les responsables des deux sociétés, avait attribué les travaux de restauration de la muraille de la plage de La Française à l'entreprise Quélin, et ceux de la muraille Pelletier à l'entreprise Payeux. Cependant, de nouvelles investigations menées par les services de la concurrence, à la suite d'une demande d'enquête complémentaire présentée par le ministre le 8 juillet 1992, ont mis en évidence que l'entreprise Payeux n'avait pas envoyé de représentants lors des premiers rendez-vous de chantier, alors même que ceux-ci portaient notamment sur les travaux qui lui revenaient aux termes de l'acte d'engagement, puis s'était désistée de ce chantier, en janvier 1992, au bénéfice de l'entreprise Quélin. Les sommes versées par le maître d'ouvrage à l'entreprise ont alors été virées, au fur et à mesure, sur un compte de l'entreprise Quélin, qui a assuré à elle seule la réalisation du chantier. Pour justifier ce désistement, l'entreprise Payeux a invoqué un surcroît d'activité imprévu lié à l'attribution de nombreux chantiers dans la région parisienne et a produit des éléments établissant l'existence de ce surcroît d'activité.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRECEDENT, LE CONSEIL

Sur la procédure :

En ce qui concerne la recevabilité de la saisine du ministre :

Considérant que l'entreprise Quélin soutient, d'une part, qu'en l'absence de dispositions législatives expresses ayant prévu que l'ordonnance susvisée du 1er décembre 1986 susvisée s'appliquerait dans les départements et territoires d'outre-mer, ces dispositions ne sont pas applicables à des opérations situées en Martinique, d'autre part, qu'au surplus les travaux de bâtiment en Martinique font partie des zones et secteurs, désignés par l'annexe II du décret susvisé du 29 décembre 1986 susvisé pris pour l'application de l'article 61 de ladite ordonnance, dans lesquels sont maintenus en vigueur des arrêtés pris en application des

dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945, en lieu et place des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et, enfin, que la législation relative à la protection des sites et des monuments historiques, étendue aux départements d'outre-mer par la loi n° 65-947 du 10 novembre 1965 et les décrets n° 66-649 du 26 août 1966 et n° 67-300 du 30 mars 1967, fait obstacle à l'application des dispositions de ladite ordonnance, dès lors qu'elle a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence dans un souci de protection du patrimoine ; que, par suite, la saisine du Conseil de la concurrence par le ministre de l'économie et des finances sur le fondement de ladite ordonnance ne serait pas recevable ;

Mais considérant, d'une part, qu'aucune disposition ni aucun principe n'impose l'intervention de dispositions législatives expresses pour étendre l'application des lois et règlements métropolitains dans les départements d'outre-mer, d'autre part, que, s'il résulte des dispositions combinées du deuxième alinéa de l'article 1er, du premier alinéa de l'article 61 de l'ordonnance précitée du 1er décembre 1986 et de l'annexe II du décret précité du 29 décembre 1986 que certains textes pris en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 demeurent en vigueur en Martinique, ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ayant pour objet de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles observées dans ce département, et, enfin, qu'en tout état de cause la législation sur les monuments historiques ne fait pas obstacle à l'application de ladite ordonnance : qu'ainsi, les pratiques relevées entrent bien dans le champ d'application de cette ordonnance et que, par suite, la saisine du Conseil de la concurrence par le ministre sur le fondement des dispositions de celle-ci est recevable ;

En ce qui concerne la régularité de l'enquête administrative :

Considérant, en premier lieu, que les entreprises Payeux et Quélin soutiennent que l'enquête menée par la brigade interrégionale d'enquête de Lille, qui ne pourrait avoir été légalement entreprise en vertu des dispositions de l'article 47 de l'ordonnance précitée du 1er décembre 1986, dès lors qu'elle a donné lieu à une visite des locaux de la société et à des saisies de documents, est intervenue de manière irrégulière, faute d'avoir été autorisée par une décision de l'autorité judiciaire comme l'exigent les dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 46 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : 'Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports...' ; qu'aux termes de l'article 47 du même texte : 'Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux,... demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir, sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications...' ; qu'aux termes de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986 : 'Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus court délai...' ;

Considérant que les dispositions précitées, qui, contrairement à ce que soutient l'entreprise Quélin, peuvent être appliquées sans que la procédure prévue par l'article 48 de l'ordonnance n'ait elle-même à être mise en oeuvre, n'interdisent pas, dans le cadre des enquêtes administratives menées en vertu de l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, que l'accès aux locaux intervienne inopinément ni que les procès-verbaux, qui, ainsi que le prévoient les dispositions précitées du décret du 29 décembre 1986, doivent être 'rédigés dans le plus court délai', soient établis sur le champ ; qu'ainsi que le font apparaître les procès-verbaux établis par les enquêteurs de la brigade interrégionale d'enquête de Lille au cours de leurs interventions, les documents recueillis lors de ces investigations n'ont pas été saisis mais

communiqués, sur la demande des enquêteurs, par les responsables des entreprises concernées ; que les personnes entendues n'ont d'ailleurs émis aucune réserve lors de l'établissement de ces procès-verbaux ; qu'au surplus les attestations de Mme Lecointe et de Mme Payen, établies plus de cinq ans après les faits, si elles laissent entendre que les enquêteurs auraient saisi des documents, confirment bien que les enquêteurs ont formulé une demande de communication des documents qui leur ont été remis comme les dispositions de l'article 47 de l'ordonnance les y autorisent ; qu'ainsi il n'est pas établi que les enquêteurs auraient procédé à une saisie de documents, au sens de l'article 48 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Considérant, en deuxième lieu, que si l'entreprise Quélin soutient que les enquêteurs ne justifient pas d'une demande d'enquête du ministre en bonne et due forme, dès lors que la seule demande dont il est fait état, qui est datée du 12 juin 1989, est antérieure au lancement du premier appel d'offres relatif au marché du fort Saint-Louis, intervenu le 13 octobre 1989, aucune disposition ni aucun principe n'exige que les enquêtes menées sur le fondement de l'article 47 de l'ordonnance susmentionnée fassent nécessairement l'objet d'une demande préalable du ministre ; que, par suite, l'absence de demande préalable d'enquête en bonne et due forme, à la supposer établie, est sans incidence sur la régularité de l'enquête administrative en cause, qui a donc respecté les règles de forme prévues par l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Sur les pratiques constatées :

En ce qui concerne les pratiques constatées lors de l'appel d'offres restreint lancé le 13 octobre 1989 :

Considérant qu'à l'occasion de l'appel d'offres lancé par les services des travaux maritimes de la marine nationale à Fort-de-France afin de procéder à la restauration et à la consolidation de la muraille de la plage de La Française et de la muraille Pelletier du fort Saint-Louis, les entreprises Payeux et Quélin, dont les candidatures avaient été retenues par le maître d'ouvrage, ont échangé des informations avant la remise des offres ; qu'en effet, l'entreprise Quélin, qui avait procédé à l'étude du marché, a transmis à l'entreprise Payeux les prix auxquels elle envisageait de soumissionner ; que les deux entreprises ont finalement présenté des offres distinctes ; qu'elles affirment que cette concertation n'avait d'autre objet que la recherche d'un partenaire économique comme éventuel conjoint solidaire au sein d'un groupement momentané d'entreprises ;

Considérant qu'il ressort du témoignage d'un tiers, M. Randon, métreur spécialisé sollicité par l'entreprise Payeux, antérieurement au dépôt des offres des deux entreprises, pour émettre un avis sur le bordereau de prix qui avait été transmis à la société Payeux par l'entreprise Quélin, et des mentions figurant sur des documents dont il n'est pas contesté qu'ils ont été établis par cette personne à la date des faits, que les deux entreprises ont effectivement envisagé de soumissionner à ladite offre en groupement solidaire : qu'aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute les déclarations des responsables de l'entreprise Payeux, selon lesquelles cette entreprise aurait décidé d'abandonner le projet de groupement, à la suite de l'avis de M. Randon, lequel avait émis des réserves sur le niveau, à son avis insuffisant, des prix proposés et avait recommandé à l'entreprise Payeux de ne pas accepter une baisse des prix à soumettre par le groupement, baisse proposée par l'entreprise Quélin ; que, de même, il n'est pas établi qu'à la suite de l'abandon du projet du groupement, les deux entreprises auraient procédé à des échanges d'informations pour coordonner les offres qu'elles entendaient remettre

individuellement ; qu'il n'est pas établi que l'entreprise Payeux savait quel allait être le montant de la soumission de l'entreprise Quélin ni que l'entreprise Quélin était informée de ce que l'entreprise Payeux allait déposer une offre correspondant à la proposition initiale du groupement ; que compte tenu de l'avis qui lui avait été donné le 7 novembre 1989 par un métreur indépendant, lequel avait estimé que l'entreprise Payeux ne pouvait envisager de soumettre des prix inférieurs à ceux figurant dans le projet d'offre de groupement, le fait que l'entreprise Payeux ait déposé une offre le 14 novembre 1989 correspondant à ce projet ne peut constituer un indice de ce que cette entreprise entendait déposer une offre de couverture de l'offre de l'entreprise Quélin ; qu'ainsi il n'est pas établi que les entreprises Payeux et Quélin, lesquelles avaient envisagé la constitution d'un groupement ainsi que cela résulte des déclarations du 14 février 1990 de M. Didier Quélin, spécialement chargé au sein de l'entreprise Quélin des chantiers en Martinique et de celles du 28 février 1990 de Mme Payen, directrice des établissements Payeux, pour ensuite renoncer à celui-ci, se sont concertées pour déposer des offres individuelles faussant le jeu de la concurrence et trompant le maître d'ouvrage sur la réalité de celle-ci ; qu'au surplus il n'est pas davantage avéré que les entreprises Payeux et Quélin auraient tenté d'inclure dans leur projet de groupement la société Blanchon, troisième entreprise présélectionnée de façon à éliminer toute forme de concurrence sur ce marché ou se seraient entendues avec elle pour qu'elle ne dépose pas d'offre ; que dès lors, il n'est pas établi, au cas d'espèce, que les entreprises Payeux et Quélin ont mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance à l'occasion de l'appel d'offres concernant la restauration et la consolidation des murailles de la plage de La Française et Pelletier au fort Saint-Louis ;

En ce qui concerne les pratiques constatées lors de l'appel d'offres du 28 mai 1990 :

Considérant que les entreprises Payeux et Quélin, après avoir présenté séparément leurs candidatures pour les divers lots composant le marché, ont soumissionné sous forme d'un groupement solidaire pour le lot n° 2, relatif aux travaux de maçonnerie pour la réfection des parements des murailles du fort Saint-Louis ;

Considérant que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, d'un groupement en vue de répondre à un appel d'offres ne constitue pas, en soi, une pratique prohibée au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ; que, cependant, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de cet article lorsqu'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en oeuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence lors de l'appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que, si l'entreprise Payeux s'est désistée du marché attribué au groupement peu après le début des travaux au bénéfice de l'entreprise Quélin et a reversé à cette entreprise, par la suite, les sommes qui lui ont été payées par le maître d'ouvrage, il n'est pas contesté que ce désistement était justifié par un surcroît de commandes lié à l'attribution de plusieurs marchés importants en région parisienne ;

Considérant que, dès lors que les entreprises Payeux et Quélin ont fait une offre commune dans le cadre d'un groupement, il ne peut être soutenu qu'elles ont trompé le maître d'ouvrage en lui faisant croire qu'elles étaient concurrentes ; que, par ailleurs, il n'est pas établi qu'elles auraient tenté d'inclure dans leur groupement la troisième entreprise présélectionnée de façon à éliminer toute forme de concurrence sur ce marché ou se seraient entendues avec elle pour qu'elle ne dépose pas d'offre ; que le fait que l'entreprise Payeux se soit désistée six mois après

le dépôt de l'offre ; que le fait que l'entreprise Payeux se soit désistée six mois après le dépôt de l'offre du groupement alors qu'elle avait obtenu de nouveaux marchés dans sa zone traditionnelle d'activité et alors même qu'elle n'avait pas d'établissement en Martinique ne permet pas d'établir, en l'absence de tout autre élément, que son groupement initial avec l'entreprise Quélin pour soumissionner au lot n° 2 revêtait un caractère artificiel ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter la concurrence entre ces deux entreprises ; que, dès lors, il n'est pas établi, au cas d'espèce, que les entreprises Payeux et Quélin ont mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance à l'occasion de l'appel d'offres concernant les travaux de maçonnerie pour la réfection des parements des murailles du fort Saint-Louis,

Décide :

Article unique. - Il n'est pas établi que les entreprises Payeux et Quélin aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Austry, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, MM. Blaise, Gicquel, Robin, Sargos et Urbain, membres.

Le vice-président, présidant la séance,
Frédéric Jenny

Le rapporteur général,
Marie Picard

Le rapporteur général suppléant,
François Vaissette

© Conseil de la concurrence