



Avis n° 96-A-13 du 17 décembre 1996
relatif à une demande d'avis de la cour d'appel de Paris
au sujet de l'activité de l'Union des Groupements d'Achat Publics
(U.G.A.P.)

Vu la lettre enregistrée le 17 novembre 1994 sous le numéro A 156, par laquelle le Procureur général de la Cour d'appel de Paris a transmis au Conseil de la concurrence un arrêt de la cour d'appel de Paris décidant de consulter le Conseil en application de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, au sujet de l'UGAP, et ce, à la suite d'une action judiciaire engagée par la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assureur des Instituteurs de France (CAMIF) ;

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 la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 modifiée, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat ;

Vu le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985, relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP ;

Vu la décision 130503 du Conseil d'Etat en date du 29 juillet 1994 « S.A. Coopérative d'Achat Mutualiste des Instituteurs de France (CAMIF) » ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, la CAMIF, l'U.G.A.P. et la société Simire ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la CAMIF et de l'U.G.A.P. entendus, le représentant de la société SIMIRE ayant été régulièrement convoqué ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

La CAMIF a assigné l'U.G.A.P. devant le tribunal de commerce de Paris, les 19 et 21 février 1991, aux fins d'obtenir qu'il lui soit enjoint de s'abstenir à l'avenir de toute violation du principe d'égalité de ses concurrents et qu'elle soit condamnée à lui verser la somme de 253 millions de francs, en réparation du préjudice causé. Par jugement en date du 8 février 1993, le tribunal de commerce de Paris a fait injonction à l'U.G.A.P. de « *respecter les règles de la concurrence tant internes que communautaires et de n'user d'aucune pratique discriminatoire contraire à ses règles dans l'exercice de sa mission* ». L'U.G.A.P. ayant fait appel de ce jugement, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 31 octobre 1994, décidé de

consulter le Conseil de la concurrence sur le fondement des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, afin de :

- déterminer, sur le marché global des fournitures publiques et plus particulièrement sur le segment de marchés de l'éducation nationale, quel que soit le mode de passation des marchés, la part des commandes publiques passant par l'UGAP et la part de marché détenue par la CAMIF et par tout autre fournisseur qui en détiendrait une part significative, en ventilant les ventes faites par ces fournisseurs à l'UGAP et celles faites directement à l'acheteur public par appel d'offres, adjudication ou de gré à gré ;

- rechercher si l'UGAP se trouve en position dominante sur le marché et/ou si la CAMIF se trouve en situation de dépendance économique à son égard ;

- rechercher, dans l'affirmative, si le comportement de l'UGAP est constitutif d'abus.

I - L'INTERVENTION DE L'UGAP ET DE LA CAMIF DANS LE SECTEUR CONCURRENTIEL

1.- LE MODE D'INTERVENTION DE L'UGAP DANS LE SECTEUR CONCURRENTIEL

L'idée de centraliser les commandes publiques sur le plan national afin d'obtenir de meilleures conditions d'achat auprès des fournisseurs, à l'instar des centrales d'achat du secteur privé a conduit le gouvernement à créer un service administratif dénommé UGAP. Ce service a été transformé en établissement public industriel et commercial (EPIC) par décret du 30 juillet 1985 et placé sous la tutelle du ministre chargé de l'économie et des finances ainsi que du ministre de l'éducation nationale.

La mission de l'UGAP est définie par l'article 1er du décret du 30 juillet 1985 qui dispose que: *« Cet établissement a pour objet d'acheter et de céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de statut privé assurant une mission de service public, d'apporter à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et d'apporter son concours à des opérations d'exportation d'intérêt général ».*

L'établissement public industriel et commercial concerné est administré par un conseil d'administration de 18 membres comprenant notamment des représentants des ministères de l'économie, de l'intérieur, de l'industrie, de l'éducation nationale et de la santé. Il comprend en outre deux représentants des collectivités territoriales proposés par l'association des maires de France et par l'association des présidents des conseils généraux. L'UGAP est soumise aux dispositions du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

La « lettre collective » n° 94 M du 17 janvier 1968, complétée par la circulaire ministérielle du 20 mars 1987, précise le champ d'application de l'UGAP ainsi que les modalités pratiques de son fonctionnement . Dans son arrêt en date du 29 juillet 1994 susvisé, le Conseil d'Etat a considéré que l'UGAP est, *« pour les opérations auxquelles elle se livre »*, soumise aux dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. La Haute Juridiction a en revanche estimé que les dispositions statutaires de l'UGAP contenues dans le décret du 30 juillet 1985 susvisé ne sont contraires ni aux stipulations du Traité de Rome ni aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

La seule obligation d'achat des administrations auprès de l'UGAP résulte des dispositions de l'article 34 du code des marchés publics, qui impose aux services civils de l'Etat, même dotés de l'autonomie financière, et aux établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial de s'approvisionner auprès de l'UGAP pour leurs achats de véhicules et engins automobiles.

Conformément aux dispositions de l'article 17 du décret du 30 juillet 1985 : « *Tous les achats effectués par l'établissement sont soumis aux règles édictées par les livres Ier et II du code des marchés publics, sous réserve des dispositions des articles 18 à 24 ci-après* ». Les rapports de l'UGAP avec ses fournisseurs sont donc des rapports de droit public. Il est toutefois prévu (article 20 du décret) que l'établissement peut, par dérogation à l'article 154 du code des marchés publics, verser des avances au titulaire d'un marché dont le montant est déterminé dans le marché et dans la limite d'un maximum fixé par arrêté ministériel.

L'article 25 du décret susvisé dispense de marchés, au sens des articles 1er et 39 du code des marchés, « *les commandes passées à l'établissement public* ». Il prévoit également que « *les rapports entre l'établissement public et une collectivité ou un organisme visé à l'article 1er peuvent être définis par une convention prévoyant notamment la nature et les modalités des services attendus ou des opérations confiées, les obligations de chacune des parties, et les modalités du contrôle technique et financier exercé par ces collectivités et organismes* ».

L'UGAP propose des produits à la vente figurant sur différents catalogues qui, selon des chiffres mentionnés au rapport, non contestés par les parties, représentent environ 15% du chiffre d'affaires total, ce pourcentage se répartissant lui-même en 5% de produits stockés et 10 % de produits référencés non stockés. La quasi-totalité du chiffre d'affaires de l'UGAP (environ 85 %) est donc réalisée par la vente de produits non référencés, livrés directement par différents fournisseurs sélectionnés et sur lesquels l'UGAP prélève une marge commerciale. La plus grande part de ce chiffre d'affaires (environ 90 %) est constituée par la vente de produits ayant fait l'objet de marchés dits « de clientèle » ou « à commande sans limitation de montants » avec différents fournisseurs, les commandes fermes ne représentant qu'une part marginale (2 à 3%) de l'activité de l'UGAP.

Les marchés dits « *de clientèle* » représentaient, en 1993-1994, la part essentielle (environ 90%) des achats de l'UGAP, les commandes fermes auprès des fournisseurs ne représentant qu'une faible part du total des commandes (2 à 3%), les reste (environ 7 à 8%) étant des commandes passées dans le cadre de marchés à commandes (source : UGAP-cote 743) .

Dans la circulaire n°3216/SG du 20 mars 1987, consacrée aux « *nouvelles orientations* » données à l'UGAP par le gouvernement, le Premier Ministre, après avoir rappelé la volonté politique de « *rendre les agents économiques plus libres et plus responsables* » a indiqué que « *L'UGAP est immédiatement replacée dans un cadre concurrentiel* » et souligné l'obligation, pour l'établissement public à caractère industriel et commercial, de faire la démonstration de son « *efficacité et de sa compétitivité* ». La même circulaire mettait en exergue l'« *expérience acquise par l'UGAP, le volume de ses achats* » ainsi que « *les liens contractuels avec de multiples entreprises qui sont souvent des P.M.E.* ».

Sur le plan de la communication externe, l'UGAP a eu recours, jusqu'en 1990, au serveur EDUTEL de l'Education nationale pour faire connaître ses produits. Elle a, depuis lors, constitué son propre service sur « *minitel* » dénommé « *36 14 UGAP* ». L'UGAP a fait valoir

que l'utilisation du code Edutel « *répondait à une instruction du ministre de l'Education nationale, en tant que tutelle de l'UGAP* ».

Il n'est ni allégué ni contesté par les parties que l'UGAP, qui intervient sur un ou plusieurs marchés, constitue une entreprise au sens des articles 90 du traité de Rome, dont l'activité relève également de l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, cette entreprise étant soumise, en tant que telle, au droit commun de la concurrence.

2.- LA CAMIF:

La CAMIF est une société anonyme de consommation régie par les dispositions de la loi du 7 mai 1917 modifiée.

Il résulte de l'article 2 de la loi susmentionnée que les sociétés anonymes de consommation « *peuvent ne pas vendre exclusivement à leurs membres, mais elles sont tenues alors de recevoir comme associés tous ceux qu'elles ont déjà admis comme clients habituels, pourvu qu'ils s'engagent à remplir les conditions statutaires* ». Conformément à ses statuts, la CAMIF peut répondre à la demande exprimée par les demandeurs suivants « *pour leurs besoins propres* » (article 7 de ses statuts) :

- les établissements public d'enseignement et de recherche,
- « *toute association ou tout groupement* » sans but lucratif dont l'activité est consacrée au développement de l'enseignement ou de la recherche,
- les services de l'administration de l'Etat, les sociétés d'économie mixte et les établissements publics,
- les personnes morales « *liées à la CAMIF* »,
- les collectivités territoriales.

Le chiffre d'affaires de 764,5 millions de francs réalisé en 1993 par la CAMIF collectivités était représenté à 49 % par des ventes effectuées aux écoles, collèges et lycées, à 6 % par des ventes à l'enseignement supérieur, à 19% par des ventes aux administrations des collectivités territoriales, le reste étant réparti entre des ventes réalisées auprès de diverses administrations et des clubs de sport et de loisirs.

Selon un document interne à la CAMIF intitulé « *chiffre d'affaires études de 1991 à 1994, groupe et personnes morales* », les ventes de mobilier, de micro-informatique, de sport de plein air et de matériel audio-visuel représentaient respectivement 29,7%, 23,2 %, 17% et 14,8 % en 1993. La CAMIF collectivités n'intervient pas dans les secteurs du matériel médical (16,5% de l'activité de l'UGAP). Elle n'intervient que de manière marginale dans le secteur de la vente de véhicules qui représente 18 % de l'activité de l'UGAP .

II - SUR LA PREMIERE QUESTION POSEE PAR LA COUR

1- SUR LA PLACE RESPECTIVE DE L'UGAP ET DE LA CAMIF DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

1.1. - LA COMMANDE PUBLIQUE DANS SON ENSEMBLE

Le recensement des achats effectués par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics se heurte à des difficultés liées au fait qu'échappent à l'estimation des marchés recensés par la Commission centrale des marchés (C.C.M.), le montant des commandes passées en application des dispositions des articles 123 ou 321 du code des

marchés publics (achats sur factures), les commandes passées en application de marchés passés après consultations collectives par l'intermédiaire d'un groupement de commande ainsi que les achats effectués auprès de l'UGAP.

Selon une estimation faite par cet organisme, le montant global de la commande publique recensée (tous produits, travaux et services confondus) s'élevait en 1992 à 277 milliards de francs pour les marchés publics recensés dont 120,2 milliards pour l'Etat, 89,3 milliards pour les collectivités territoriales et 67,4 milliards pour les entreprises publiques. Ce montant comprend les achats effectués par marchés négociés, qui s'élevaient à 107,9 milliards de francs.

A ces chiffres, il convient d'ajouter environ 300 milliards de francs de commandes hors marché (achats sur factures), soit un montant annuel de la commande publique estimé à plus de 600 milliards de francs au total .

L'UGAP a réalisé un chiffre d'affaires de 5,3 milliards de francs en 1993.

Le chiffre d'affaires 1993 du groupe CAMIF, qui offre le même type de produits et services que l'UGAP, s'est élevé à environ 4,2 milliards de francs dont 3,4 milliards de ventes à des personnes physiques (soit 80 %) et 0,764 milliard à des personnes morales (soit 20 %), ce dernier chiffre ayant été réalisé par un département spécialisé dénommé « CAMIF Collectivités », chargé de la vente de mobilier et de matériels divers, essentiellement aux collectivités publiques.

Partant de ces chiffres, on peut donc estimer la part respective de l'UGAP et de la CAMIF, par rapport aux achats publics dans leur globalité, à environ 0,9 % et 0,1 %.

1.2. - LES SECTEURS D'ACTIVITE DANS LESQUELS INTERVIENT L'UGAP

L'UGAP, qui fournit principalement les administrations de l'Etat (32 % du chiffre d'affaires de l'UGAP), le secteur hospitalier (18%) et l'enseignement privé et supérieur (18 %), n'intervient pas dans tous les secteurs d'activité. Par catégories de produits, les produits informatiques représentent la part la plus importante des ventes de l'UGAP (25,6% en 1993), devant les véhicules (18,2%), l'équipement médical (16,46 %), le mobilier scolaire et collectif (11,5%) et le mobilier de bureau (10,5%). Le secrétaire général de l'UGAP a par ailleurs déclaré en cours d'enquête : « *les services offerts sont généralement accessoires à la fourniture de produits. En part de chiffre d'affaires, les services spécifiques que nous offrons représentent une valeur très marginale (193 000 francs en 1994 sur 6,1 milliards de francs)* ».

Selon des chiffres figurant dans une étude versée au dossier par l'UGAP (« *plan stratégique* » - cote 305), non contestés par les parties, le « *marché potentiel* » sur lequel intervient l'UGAP représenterait un montant d'environ **100 milliards de francs**.

Dans ces secteurs d'activité, l'UGAP estime sa part à environ 5 à 6%. Sur la base des chiffres communiqués par la CAMIF on peut estimer la part de cette entreprise à environ 0,7 % des mêmes secteurs.

Le « *positionnement concurrentiel par catégories de produits* » de l'UGAP est estimé comme suit, pour la période de 1990 à 1993 (source : UGAP « *plan stratégique* »):

Secteur	technique	hospitalier	informatique	mobilier
Part de marché UGAP	4 %	7 %	3 %	14 %

L'instruction n'a pas révélé l'existence de fournisseurs ayant une activité comparable à celle de l'UGAP et de la CAMIF dans les secteurs considérés. Dans le secteur de l'informatique, les deux principaux fabricants, les sociétés Bull et IBM, ont réalisé respectivement des chiffres d'affaires de l'ordre de 100 à 150 millions de francs directement avec les services de l'Etat et les collectivités publiques. S'agissant du mobilier scolaire et collectif, l'enquête effectuée par la DGCCRF a permis de recenser les principales entreprises intervenant dans le secteur concerné ainsi que la part des ventes réalisées par l'intermédiaire de l'UGAP. Ces éléments apparaissent dans le tableau ci-après :

Type de matériel	Fournisseurs	C.A. global	% de C.A. réalisé par l'intermédiaire de l'UGAP
rayonnages	Tixit	50 millions de francs (commandes publiques)	16 %
mobilier scolaire	Simire	120 millions de francs	80 %
mobilier scolaire	Situb	14 millions de francs	80 %
mobilier en bois et en tubes	M.M.O.	134,6 millions de francs	13 %
mobilier en bois et en tubes	Tubix	18,7 millions de francs	65 %

2 - LE SEGMENT DE L'ÉDUCATION NATIONALE

Aux termes de l'article 14 de la loi du 22 juillet 1983 susvisée, modifiée par la loi n° 85-97 du 25 janvier 1985, « *la commune a la charge des écoles* », « *le département a la charge des collèges* » et « *la région a la charge des lycées et des établissements d'éducation spéciale* ». Les communes, les départements et les régions assurent donc, à ce titre, la construction, la reconstruction, l'extension, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement des établissements dont ils ont la charge, la rémunération du personnel enseignant étant assurée par l'Etat. Ces dépenses recouvrent notamment les achats de mobilier (tables, chaises..).

Les dépenses pédagogiques des lycées, collèges et établissements d'éducation spéciale qui sont des établissements publics locaux d'enseignement, aux termes de l'article 15-5 de la loi du 22 juillet 1983 susvisée, sont également prises en charge par l'Etat au niveau des services académiques. Ces dépenses concernent notamment le matériel informatique, audiovisuel ainsi que les autres matériels pédagogiques.

Il existe en France :

- 86 universités soumises au livre 2 du code des marchés publics, relatif aux marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ;
- 7 500 établissements publics locaux d'enseignement (EPL), soumis, en application du décret du 30 août 1985 pris pour l'application de l'article 15-16 de la loi du 22 juillet 1983 susmentionnée, au livre 3 du code des marchés publics relatif aux marchés passés au nom des

collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Les EPLE sont autonomes et dotés de la personnalité morale. Ils possèdent un budget propre et sont administrés par un conseil d'administration qui comprend notamment un représentant de la collectivité de rattachement.

Chaque collectivité territoriale peut, soit procéder elle-même à l'achat de mobilier (dans ce cas elle peut récupérer la TVA), sous réserve de l'accord du conseil d'administration de l'EPLE (Conseil d'Etat, 25 avril 1994, Mme Aguila, région Aquitaine), soit allouer des crédits sous forme de subvention à l'établissement qui dispose, dans ce cas, de la liberté du choix du fournisseur.

Compte tenu du caractère atomisé de la demande, il est difficile de connaître avec précision le montant des achats réalisés annuellement dans le secteur de l'éducation, en particulier ceux effectués par les communes pour leurs écoles.

Selon des chiffres publiés par le ministère de l'Education nationale (revue « *Flash Achats publics* » n°27, février 1996) le montant total des achats publics (travaux, fournitures et services) réalisés en 1993 dans ce secteur hors les achats du premier degré et des écoles maternelles s'est élevé à 21,7 milliards de francs dont :

- 0,6 milliard de francs de dépenses des rectorats et inspection académiques,
- 14 milliards de francs par les EPLE,
- 5,3 milliards de francs par les universités, les I.E.P. et les I.U.T.,
- 1,8 milliard de francs par les CROUS.

En outre, selon la même source, le montant des achats groupés réalisés par le secteur de l'Education nationale se serait élevé à 2,3 milliards de francs au cours de la même année.

Les dépenses alimentaires représentent une part importante de ces dépenses.

Le « *plan stratégique* » susmentionné estimait le « marché potentiel » représenté, d'une part, par les achats des départements et régions et, d'autre part, par les achats de l'enseignement supérieur respectivement à 5,9 milliards de francs et 1,4 milliards de francs, soit 7,3 milliards de francs au total. Ce chiffre est à rapprocher de celui de 8 milliards de francs cité par la CAMIF en séance et non contesté par l'UGAP, qui estime sa part respectivement à 21,6 % pour les départements et régions, qui financent les E.P.L.E., et à 15% pour l'enseignement supérieur.

Sur la base de ces chiffres, la part moyenne de l'UGAP dans le secteur de l'éducation nationale peut être estimée à environ 20 %, étant précisé que l'UGAP estime sa part dans les achats des communes, qui ont en charge les écoles, à 2 %.

III - SUR LA SECONDE QUESTION POSEE PAR LA COUR

La Cour demande au Conseil de rechercher si l'UGAP se trouve en position dominante sur le marché et/ou si la CAMIF se trouve en situation de dépendance à son égard.

1 - LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE LA DEMANDE DE MOBILIER SCOLAIRE ET COLLECTIF ET DE MATERIELS PEDAGOGIQUES

Les besoins en mobiliers et matériels des universités, des E.P.L.E. et des écoles sont très variés. Ils comprennent des mobiliers scolaires ou collectifs de premier équipement ou de renouvellement, comme les tables, les chaises, les vestiaires ou des éléments d'amphithéâtres ainsi que du matériel pédagogique diversifié comme les ordinateurs, le matériel audiovisuel ou le matériel de laboratoires.

Pour acquérir ces différents équipements, les décideurs ont le choix entre plusieurs solutions :

- soit, procéder à des achats répondant à des spécifications préalablement définies. Dans ce cas, les collectivités publiques concernées peuvent décider de mettre directement en concurrence plusieurs fournisseurs potentiels, pour des matériels, selon les règles instaurées par le code des marchés publics ou se grouper avec d'autres collectivités publiques, sur le plan local, afin de coordonner leurs achats. Le code des marchés publics fait obligation aux services intéressés de « *déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance* » des prestations à réaliser, avant tout appel à la concurrence.
- soit, s'approvisionner, sans appel à la concurrence préalable et sans limitation de montant, auprès de l'UGAP ;
- enfin, pour des achats d'un montant inférieur au seuil fixé aux articles 123 et 321 du code des marchés publics, elles peuvent également s'approvisionner auprès du fournisseur de leur choix sans mise en concurrence préalable .

Lorsqu'une collectivité publique est désireuse d'acquérir un type particulier de mobilier scolaire ou collectif en faisant jouer la concurrence, elle peut mettre en compétition différents offreurs qui peuvent être, soit des fabricants, soit des entreprises de vente par correspondance vendant par catalogues ou encore les deux. Dans chaque cas, il existe un nombre de fournisseurs variable selon la nature des besoins à satisfaire et les critères de sélection exigés par les acheteurs publics. S'agissant particulièrement du mobilier scolaire, des entreprises spécialisées telles les sociétés Situb Industries, Tubix et Simire constituent des concurrents potentiels de l'UGAP. Ces entreprises réalisent cependant l'essentiel de leurs ventes par l'intermédiaire de l'UGAP.

Les responsables de l'UGAP ont déclaré, par procès-verbal d'audition, que le chiffre d'affaires réalisé à la suite de mises en concurrence par des collectivités publiques est « *inférieur à 2 %* » de l'activité globale de l'établissement public. Selon ces mêmes responsables, le nombre d'appels d'offres auxquels répondrait l'UGAP s'élèverait à environ 200 à 250 par an et le taux de succès serait de 10 %.

Compte tenu de la dispersion de l'offre et de la demande, de l'intervention marginale de l'UGAP sur ces marchés, aucun élément ne permet d'établir que cette entreprise dispose d'une position dominante sur chacun d'eux .

Si le recours à l'UGAP constitue l'une des voies par lesquelles les établissements d'enseignement peuvent se procurer le mobilier et les matériels scolaires dont ils ont besoin, et si, comme cela vient d'être dit, sur les différents marchés concernés par ces produits

l'UGAP ne dispose pas d'une position dominante, il s'avère en revanche que cette entreprise est la seule susceptible de permettre aux collectivités publiques de se dispenser du recours à des appels à la concurrence, quel que soit le montant des achats. Ainsi, l'UGAP offre aux collectivités concernées, non seulement les mobiliers et matériels scolaires et collectifs mais également un service spécifique qui consiste à leur épargner les risques, les incertitudes et les coûts éventuels liés à la mise en oeuvre des procédures de mise en concurrence obligatoires pour les achats excédant le montant prévu aux articles 123 et 321 du code des marchés publics. L'UGAP possède, en application des dispositions de l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 susrappelées, le monopole de la fourniture de ce service spécifique, distinct de l'offre des mobiliers et des matériels scolaires et collectifs. L'offre de ce service constitue non seulement un argument commercial important pour l'UGAP mais également la réponse à la demande exprimée par certains acheteurs désireux d'éviter la mise en oeuvre de procédures formalisées susceptibles d'ouvrir des contentieux ultérieurs ou par des collectivités ne disposant pas de services adaptés à de telles procédures.

Ainsi, le directeur de l'éducation de la région Picardie a également déclaré par procès-verbal d'audition que la « *direction éducation de la Région n'a jamais été dotée d'un service d'achat* » et qu'en conséquence, en matière d'équipement scolaire, « *la région ne passe jamais d'appel d'offres* », les services concernés ayant recours à l'UGAP. Selon ce responsable, le budget « *équipement scolaire* » de la Région Picardie s'élevait à 125 millions de francs en 1991. L'agent comptable de l'université de Paris X Nanterre, qui doit gérer les achats de « plus de 400 » services différents, a également déclaré que l'université ne possède pas de service d'achat structuré permettant de répondre aux demandes de services ainsi enclins à procéder à des « *achats d'impulsion n'entrant pas dans un système prévisionnel* ». Ce responsable a ainsi été amené à demander aux services concernés de procéder à des achats auprès de l'UGAP, afin de respecter la réglementation relative aux marchés publics.

La région Aquitaine a signé avec l'UGAP, en 1993, sans procéder à un appel d'offres préalable, une convention relative à une « *mission globale de prestation de services* » (...) « *plus particulièrement réservée* » aux opérations d'équipement des E.P.L.E. construits, reconstruits ou rénovés dans le cadre du programme prévisionnel des investissements (P.P.I.) adopté par la région Aquitaine. Cette convention stipule (article 4) que l'UGAP « *guide le client dans la définition de ses besoins (prestations de conseil, évaluation des besoins matériels, estimation de l'enveloppe financière, consultation des fournisseurs. Ces prestations sont effectuées à titre gracieux* ». En outre, le service acheteur bénéficie gracieusement des services de l'architecte d'intérieur de l'UGAP. Le rapport de présentation rédigé par le service éducation de la région Aquitaine précise enfin que, pour l'acquisition d'équipements techniques complexes (informatique industrielle, génie chimique...), la région peut également faire appel à l'UGAP pour l'établissement des cahiers des charges spécifiques.

L'UGAP procède d'ailleurs à la promotion de son activité commerciale en utilisant l'argument selon lequel les acheteurs publics sont dispensés de la passation de marchés publics, pour les commandes qu'ils lui adressent. Ainsi, les catalogues de l'année 1995 (catalogue général, page 484 et catalogue technique, page 244) mentionnent, à la rubrique « *informations pratiques* », sous la question « *Pourquoi commander à l'UGAP ?* », les informations suivantes : « *avoir un choix (...) qualité prix./. S'épargner les recherches, appels d'offres, négociations auprès de fournisseurs./. Eviter le risque commercial inhérent à l'achat./. S'assurer de la régularité juridique et administrative de la commande./. bénéficier de procédures du Code des marchés publics allégées* ». Ces catalogues ne constituent pas, de

l'aveu même des responsables de l'UGAP, des « *outils optimisés de vente par correspondance* » mais plutôt des « *vitrines servant de supports à une vente assistée* ».

Il existe de fait, dans le secteur scolaire, des lycées et des universités, de nombreuses conventions annuelles signées entre l'UGAP et les collectivités concernées, conformément aux possibilités offertes par le code des marchés publics aux collectivités publiques d'être dispensées de la passation de marchés dans leurs relations avec cet établissement public à caractère industriel et commercial. Ces conventions concernent l'approvisionnement des établissements en mobilier et matériels éducatifs tout au long d'un exercice budgétaire. Ainsi, une convention d'un montant de 45 millions de francs a été signée entre la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur et l'UGAP pour la fourniture de matériels pédagogiques et de mobilier scolaire. De même, une convention d'un montant de 43 millions de francs a été signée entre la région Auvergne et l'UGAP pour l'équipement des lycées. Cette dernière convention est reconduite systématiquement depuis 1989. Le plus souvent, les collectivités territoriales procèdent elles-mêmes à l'acquisition de la majeure partie du matériel afin de récupérer la TVA et délèguent les crédits restants aux E.P.L.E. pour les autres achats.

Par ailleurs, compte tenu, d'une part, de la nature des investissements « *très divers et de la nature particulièrement complexe en matière de matériel pédagogique des sections techniques ou professionnelles de lycée* » et, d'autre part, des délais « *souvents réduits* » existant entre la notification des décisions de création de sections pédagogiques et la mise en activité de ces sections, certaines collectivités publiques, qui ne disposent pas des services d'étude et d'achat adaptés, préfèrent en effet confier à l'UGAP, sans mise en concurrence préalable, la totalité de la prestation visant à la satisfaction d'un ensemble de besoins plutôt que de procéder à une mise en concurrence de plusieurs entreprises. En outre, le recours à cette procédure présente des avantages pour la collectivité locale concernée pour ce qui concerne la gestion des crédits alloués.

Si, en théorie, certaines conventions prévoient que la collectivité territoriale demeure libre de traiter avec le fournisseur de son choix, il paraît illusoire de penser que la concurrence puisse en pratique véritablement jouer sur la partie des fournitures faisant l'objet des conventions à l'année signées avec l'UGAP. En effet, si de telles conventions, à l'instar de celle signée entre la région Picardie et l'UGAP en février 1995, stipulent généralement qu'« *aucune exclusivité* » n'est réservée à l'UGAP, il s'avère que, dans les faits, la pratique de l'attribution d'« *enveloppes budgétaires* » à l'UGAP, en début et en cours d'exercice budgétaire, rend difficile, voire quasiment impossible, l'éventualité d'une mise en concurrence ultérieure avec d'autres fournisseurs potentiels.

L'analyse du fonctionnement du secteur révèle donc l'existence d'une demande spécifique exprimée par certaines collectivités et établissements publics, d'un service accessoire à l'approvisionnement en mobilier et matériel collectif et consistant dans la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence instaurées par le code des marchés publics. En l'état des textes réglementaires, seule l'UGAP est habilitée à répondre à une telle demande. Il y a lieu de considérer que le croisement de cette demande et de l'offre correspondante constitue un marché spécifique sur lequel l'UGAP dispose d'un monopole qui lui confère une position dominante sur le marché ainsi défini.

La Cour de Justice des Communautés Européennes considère en effet (*SA Centre belge d'études de marché-télémarketing (CBEM) contre SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA information publicité Benelux (IPB)*, 3.10.85, rec. p. 3274) que « *la*

position dominante au sens de l'article 86 se caractérise par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. Le fait que l'absence de concurrence ou la limitation de celle-ci sur le marché en cause a été créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires n'exclut nullement l'application de l'article 86 ».

Le fait de détenir une position dominante sur un marché n'étant pas en soi condamnable, il y a lieu, après avoir examiné la question de la dépendance éventuelle de la CAMIF vis-à-vis de l'UGAP, de rechercher si l'UGAP a pu abuser de sa position dominante pour tenter de s'opposer au libre jeu de la concurrence sur d'autres marchés .

2 - SUR LA SITUATION DE DEPENDANCE ALLEGUEE DE LA CAMIF VIS-A-VIS DE L'UGAP

S'agissant d'une situation de dépendance d'un fournisseur par rapport à un client, le Conseil de la concurrence a considéré (décision n° 94-D-60 du 13 décembre 1994 relative au secteur des lessives) qu'une telle situation « *doit s'apprécier au regard de plusieurs critères, et notamment, de l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, de l'existence et de la diversité des éventuelles solutions alternatives pour le fournisseur* ».

Or, la CAMIF n'entretient que des relations épisodiques avec l'UGAP, en tant que fournisseur. Il ne ressort pas non plus des pièces du dossier que la CAMIF ait été empêchée par l'UGAP de devenir l'un de ses fournisseurs. Au demeurant, la CAMIF n'est pas un fabricant et possède une clientèle plus diversifiée que l'UGAP. Il n'est pas établi, au vu des critères susrappelés et confirmés par la Cour, que la CAMIF se trouve en situation de dépendance économique par rapport à l'UGAP.

IV -SUR LA TROISIEME QUESTION POSEE PAR LA COUR

1 - SUR LE REFUS DE CERTAINS FOURNISSEURS DE L'UGAP D'ENTRER EN RELATION AVEC LA CAMIF

L'instruction a établi que la société SIMIRE refusait de livrer d'autres « cataloguistes » que l'UGAP. Les responsables de cette entreprise justifient cette position par le fait, d'une part, que ses capacités de production sont limitées et, d'autre part, par le fait que l'UGAP, à la différence de ses concurrents, met à sa disposition des services de stockage et de livraison dont la société SIMIRE a besoin et n'est pas en mesure d'assurer elle-même. Il n'est en effet pas contesté que l'UGAP possède, à la différence de la CAMIF, plusieurs entrepôts régionaux lui permettant de rendre un service tant aux fournisseurs qu'aux collectivités publiques.

La CAMIF allègue en outre qu'à la suite du refus d'accepter une hausse de prix, la société TIXIT, fabricant de rayonnages, avait interrompu toute relation commerciale avec elle, en 1991. Que cette société, sollicitée pour la préparation du catalogue CAMIF 1996 a refusé de renouer des relations commerciales avec elle, en début d'année 1995. Les responsables de la société TIXIT ont versé au dossier une télécopie datée du 4 avril 1995 dans laquelle leur concessionnaire de Nantes leur indique qu'un contact téléphonique a été pris avec le

responsable concerné de la CAMIF et qu'une documentation lui a été adressée. Ledit document mentionne: « *Pour l'instant je n'ai aucun élément complémentaire* ». La CAMIF, qui fait valoir que la société TIXIT « *n'a réagi qu'au mois de mars 1995* », soutient que « *dans les circonstances où elle a été formulée* », une telle réponse a eu pour effet, sinon pour objet, de « *faire obstacle, par des moyens dilatoires, à son entrée sur le marché* ».

Or, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les circonstances dans lesquelles est intervenue la réponse de la société TIXIT, il est constant qu'il existe des possibilités, pour la CAMIF, de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs. Il n'est pas établi, au vu des éléments du dossier, que la pratique des sociétés SIMIRE et TIXIT ait eu pour objet ou ait pu avoir pour effet d'empêcher la CAMIF d'accéder au marché et de fausser le jeu de la concurrence.

2 - SUR LA POLITIQUE DE COMMUNICATION DE L'UGAP

La CAMIF s'est plainte de l'utilisation, par l'UGAP, du serveur Edutel de l'Education nationale, à titre de support commercial. L'enquête a toutefois établi que l'UGAP avait constitué son propre serveur à la fin de l'année 1989 et avait, de ce fait, progressivement cessé d'utiliser celui de l'Education nationale à compter de l'année 1990. Cette pratique ne peut donc s'analyser comme un abus de la position dominante de l'UGAP, même si comme le déclare la CAMIF dans ses observations écrites (page 2), l'UGAP « *n'a pas immédiatement cessé d'utiliser le serveur Edutel* ». Par ailleurs, l'instruction a établi que l'UGAP procédait à la promotion de son activité en utilisant l'argument selon lequel les acheteurs publics sont dispensés de l'obligation de passer des marchés, pour les commandes qu'ils lui adressent.

Or, si la possibilité donnée aux collectivités publiques d'être dispensés de l'obligation de passer un marché en s'adressant à l'UGAP confère à cet établissement la faculté de ne pas se trouver confronté à la concurrence pour une partie de son activité, le simple rappel de cette disposition, même en tant qu'argument de vente, ne peut s'analyser comme un abus de la part de l'établissement public sur les marchés concernés.

3 -SUR LES AUTRES PRATIQUES DENONCEES PAR LA CAMIF

La CAMIF a dénoncé (pages 24 et 25 des conclusions CAMIF signifiées à la cour d'appel, le 31 janvier 1994):

- un « *détournement de commandes dans la région Rhône-Alpes* » : Selon la CAMIF, un devis aurait été transmis à l'UGAP, sur demande du lycée de Thonon-les-Bains (lycée de la Versoie) et, « *après maintes relances* », l'UGAP aurait informé la CAMIF qu'elle avait décidé de livrer ses propres articles ;

- une commande passée en juin 1988 par le lycée polyvalent de Pont-de-Cheruy dans le département de l'Isère aurait été « *mise en attente* » par l'UGAP ;

- une facture relative à une livraison de la CAMIF faite le 6 avril 1987 n'aurait pas été réglée par l'UGAP, « *près de trois ans* » après la livraison.

Au sujet de la première pratique, l'UGAP a versé au dossier une lettre de la CAMIF en date du 18 juillet 1988 dans laquelle cette entreprise informe l'UGAP qu'elle se trouve en rupture de stock sur une partie du matériel commandé. L'UGAP aurait alors commandé le matériel

manquant auprès d'un autre fournisseur. Le devis établi par la CAMIF s'élevait à 24 000 francs TTC.

S'agissant de la seconde, l'UGAP déclare, sans être contredite par la CAMIF, que les commandes relatives aux lycées de Montélimar et de Pont-de-Chéruy ont finalement été réglées, le 27 avril 1990, par chèque n° 6812262 « *tiré sur le Trésor public* ».

S'agissant de la troisième pratique, l'UGAP explique les « *difficultés administratives ayant précédé le règlement des factures* » par une « *mauvaise transmission des factures par la CAMIF* ». La lettre de renvoi de la facture de la CAMIF, pour régularisation, par l'UGAP (pièce n° 10 en annexe aux observations écrites) porte sur un montant de 9 294 francs.

Il n'est donc pas établi que ces pratiques, qui revêtent un caractère isolé et marginal, sont visées par les dispositions de l'article 86 du traité de Rome et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 en tant que pratiques abusives de nature à fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

CONCLUSION

Dans le secteur dans lequel intervient l'UGAP, estimé à environ 100 milliards de francs en valeur, la part de l'établissement à caractère industriel et commercial peut être estimée à environ 5 à 6 % et celle de la CAMIF à environ 0,7 %. S'agissant du secteur de l'éducation nationale dans son ensemble (hors écoles), les chiffres disponibles permettent d'estimer la part de l'UGAP à environ 20 %, étant précisé qu'hormis la CAMIF, il n'existe pas d'autres entreprises ayant une activité comparable à l'UGAP dans ce secteur d'activité.

L'analyse du fonctionnement du secteur du mobilier scolaire et collectif destiné à l'éducation nationale tend à révéler l'existence de plusieurs marchés dont un marché spécifique correspondant au croisement de la demande et de l'offre d'un service accessoire à la vente consistant en la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence instaurées par le code des marchés publics. Sur ce marché spécifique, l'UGAP dispose d'un monopole légal qui lui confère une position dominante.

Il n'est en revanche ni établi que la CAMIF se trouve en situation de dépendance par rapport à l'UGAP ni que cette dernière ait abusé de sa position dominante sur aucun des marchés concernés.

Délibéré sur le rapport de M. Jean-René Bourhis par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, MM. Robin, Rocca et Urbain, membres.

Le rapporteur général,
Marie PICARD

Le président,
Charles BARBEAU