

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 98-D-41 du 16 juin 1998

relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy (Haute-Savoie)

Le Conseil de la Concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 août 1997 sous le numéro F 980, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques anti-bruit dans le cadre de la dénivellation de la voie rapide de Poisy (Haute-Savoie) ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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 lettre du Président du Conseil de la concurrence en date du 15 mai 1998 notifiant aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, en application de l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Arbex et Bianco et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Arbex et Bianco entendus ;

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

I. - Constatations

1. Le marché concerné

Le 6 juillet 1994, l'État (ministère de l'équipement, des transports et du tourisme) a lancé un appel d'offres ouvert relatif à la fourniture et à la pose d'écrans acoustiques anti-bruit en béton-bois le long de la dénivellation du carrefour de la voie rapide de Poisy, dans le département de Haute-Savoie. La direction départementale de l'équipement de Haute-Savoie, qui assurait la maîtrise d'oeuvre, avait estimé les travaux à la somme de 3 165 054,48 francs. Cet appel d'offres a été publié le 14 juillet 1994 dans le *Dauphiné Libéré*, le 15 juillet 1994 dans le *Moniteur des travaux publics* et le 19 juillet 1994 au BOAMP La date limite de dépôt des offres était fixée au 10 août 1994 à 11 h 30.

La commission chargée de l'ouverture des plis s'est réunie le 11 août 1994 à 14 heures. Malgré la présence de dossiers de candidatures incomplets, aucune des sociétés n'a été écartée au stade de la procédure d'ouverture des premières enveloppes. L'ouverture des offres de prix proprement dites a montré que douze entreprises soumissionnaient seules, et que deux (Bianco et Jean Lefebvre) se présentaient sous la forme d'un groupement dont l'entreprise Jean Lefebvre était le mandataire. La Compagnie Internationale pour l'Environnement, qui présentait l'offre moins-disante, n'a pas été retenue. Le rapport d'analyse des offres indique que "*la proposition de CEI semble trop faible pour offrir des garanties de bonne exécution*" après qu'avaient été analysés les prix des études d'exécution et des installations de chantier ainsi que la conformité aux normes et les conditions générales d'exécution.

Par une décision du directeur départemental de l'équipement de Haute-Savoie en date du 13 septembre 1994, c'est le groupement constitué par les sociétés Jean Lefebvre et Bianco qui a été désigné comme titulaire du marché, pour un montant de 2 877 479,13 francs TTC.

2. Les pratiques constatées

M. Nantas, directeur de la Compagnie Internationale pour l'Environnement, a communiqué une télécopie parvenue dans ses bureaux le 8 août 1994 à 16 h 01 et émanant de la société Arbex, ainsi que l'indiquent les mentions inscrites sur ce document : "*08-08-1994 16 : 01 DE ARBEX A 0-16149539339 P.01*". Ce document porte en outre la mention : "*détail estimatif de prix*", suivi d'une liste de prestations et de prix qui correspond, dans ses moindres éléments, à l'offre que la société Arbex a effectivement adressée à la personne responsable du marché.

M. Nantas a, de plus, déclaré le 18 novembre 1994 avoir contacté, dans l'après-midi du 8 août 1994 un représentant de la société Socco qui lui avait fait parvenir une télécopie lui indiquant son souhait de s'entretenir avec lui. La société Socco avait été choisie par la Compagnie Internationale pour l'Environnement comme sous-traitant pour réaliser certains travaux relatifs au marché. M. Nantas a également déclaré : "*J'ai appris qu'un accord avait été monté au bénéfice de BIANCO et Jean LEFEBVRE et que l'affaire allait s'en aller aux alentours de 2,5 millions de francs (...) Dans la même journée, peu après, j'ai reçu un fax de la société ARBEX qui m'a confirmé ce que m'indiquait le représentant de Socco, à savoir que mon prix était très bas par rapport aux offres des entreprises de Haute-Savoie. Ce fax m'a été commenté dans ce sens par M. POIRET.*"

C'est ce dernier, directeur commercial de la société Arbex, "*qui a étudié l'offre et rédigé le détail estimatif, le bordereau de prix, et l'ensemble des documents contractuels*", ainsi que l'a déclaré le 13 octobre 1995 M. René Buisson, directeur de la société Arbex. Un détail estimatif, sans mentions particulières à l'exception du cachet de la société Arbex, au contenu identique à celui de la télécopie adressée par la société Arbex à la CIE et visée ci-avant, a d'ailleurs été communiqué par la société Arbex.

M. G. Poiret a lui-même déclaré le 18 octobre 1996 : "*Le 8 août 1994, j'ai envoyé mes prix à CEI par télécopie pour lui donner les prix auxquels j'allai répondre pour la semelle en béton.*"

La société Arbex a communiqué le 8 octobre 1996 une copie du journal des télécopies émises et reçues par elle du 27 juillet au 29 août 1994, qui ne comportait pas la période du 29 juillet au 9 août 1994, période où est intervenu l'échange d'informations entre les sociétés Arbex et CIE.

M. Nantas, directeur de la CIE, évoquant la télécopie reçue de la société Arbex le 8 août 1994, a ajouté le

18 novembre 1994 : " Ce fax contient la mention manuscrite de ma part en haut à gauche indiquant que M. POIRET, responsable de la société ARBEX, me faisait part que ce détail estimatif auquel il devait soumissionner lui était indiqué par BIANCO. " et, dans ses déclarations du 14 décembre 1994, " J'ai ensuite préparé ma soumission. Ce travail était fini le lundi 8 août vers 16 h, et j'ai expédié mon pli immédiatement. Le vendredi 5 août, dans la matinée, un représentant de l'entreprise Jean Lefebvre (...) a téléphoné à mon bureau entre 10 h et 12 h pour me parler (...) Cette personne a dit (...) qu'elle rappellerait, ce qui n'a pas été fait. (...) Dans l'après-midi, j'ai reçu un fax de la société Socco me demandant de le rappeler, ce que j'ai fait en fin d'après-midi et où j'ai appris qu'un " accord " avait été monté au bénéfice de BIANCO et Jean Lefebvre (...) Quand je lui ai indiqué le montant de mon offre, il m'a vivement encouragé à reprendre mes prix et à les monter de 600 000 F et que je serais alors sûrement le moins-disant par rapport à ce qu'il savait. Dans la même journée, peu après, j'ai reçu un fax de la société Arbex qui m'a confirmé ce que m'indiquait le représentant de Socco (...) Ce fax concernait les prix d'ARBEX, mais lui avait été envoyé par BIANCO. "

La société Arbex a enfin communiqué le 13 octobre 1995 une télécopie reçue le 8 août 1994 à 14 h 48, ainsi qu'en témoignent les mentions y figurant (" 08/08 - 14 : 48 "). Ce document constitue le détail estimatif manuscrit que la société Arbex a communiqué, dactylographié, à la CIE le même jour à 16 h 01.

À ce sujet, M. Poiret, directeur commercial de la société Arbex, a déclaré le 18 octobre 1996 : " Dans l'affaire de Poisy, il est possible que j'ai eu à l'époque une discussion avec BIANCO en ce qui concerne les prix de semelle (...). Concernant le devis de 3 348 497,80 F TTC communiqué à la direction de la concurrence le 13 octobre 1995 par M. Buisson ayant trait à l'affaire de Poisy, il est possible que BIANCO m'ait communiqué ses prix. Ce devis manuscrit est parvenu par télécopie à ARBEX le 8 août 1994. Notre offre a été chiffrée à partir des prix manuscrits figurant sur le devis, que nous avons recopié intégralement à la machine. "

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur les pratiques constatées :

Considérant qu'en matière de marchés publics ou privés une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échange d'informations entre entreprises antérieurement au dépôt des offres ; que l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition du jeu normal de la concurrence, peut être établie au moyen soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction, même si chacun de ces éléments pris isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ;

Considérant que, selon les déclarations du directeur de la Compagnie Internationale pour l'Environnement, celle-ci a été jointe dans l'après-midi du 8 août 1994 par la société Socco, qu'elle avait choisie pour effectuer des travaux en sous-traitance, qui l'a informée de ce qu' " *un accord avait été monté au bénéfice de BIANCO et Jean LEFEBVRE et que l'affaire allait s'en aller aux alentours de 2,5 millions de francs* " et que, peu après, elle a " *reçu un fax de la société ARBEX qui m'a confirmé ce que m'indiquait le représentant de Socco, à savoir que mon prix était très bas par rapport aux offres des entreprises de Haute-Savoie. Ce fax m'a été commenté dans ce sens par M. POIRET.* " ;

Considérant que, selon les déclarations du directeur de la société Arbex, c'est son directeur commercial, M. Poiret, " *qui a étudié l'offre et rédigé le détail estimatif, le bordereau de prix, et l'ensemble des documents*

contractuels " ; que selon ce même directeur commercial, " dans l'affaire de Poisy, il est possible (...) que BIANCO m'ait communiqué ses prix. Ce devis manuscrit est parvenu par télécopie à ARBEX le 8 août 1994. Notre offre a été chiffrée à partir des prix manuscrits figurant sur le devis, que nous avons recopié intégralement à la machine " ;

Considérant que, dans ses observations écrites, la société Arbex affirme qu'elle " s'est adressée aux sociétés Bianco et CIE à l'effet d'obtenir un devis pour les travaux qu'elle ne réaliserait pas elle-même " ;

Considérant que les évaluations chiffrées figurant dans le détail estimatif communiqué par la société Arbex aux enquêteurs, revêtu de son cachet, sont identiques, d'une part à celles de la télécopie qu'elle a reçue le 8 août 1994 à 14 h 48 sous forme manuscrite et, d'autre part, à celles qu'elle a envoyées le même jour à 16 h 01, sous forme dactylographiée et portant la mention " *détail estimatif de prix* ", à la Compagnie Internationale pour l'Environnement ; que ces prix sont également similaires en tous points au contenu de l'offre effectivement déposée par la société Arbex ;

Considérant en premier lieu que la société Bianco conteste être l'auteur du devis estimatif manuscrit reçu par télécopie par la société Arbex le 8 août 1994 à 14 h 48 et estime qu'aucun élément ne permettrait d'établir qu'elle en est l'auteur ; qu'elle a soutenu en séance que l'instruction aurait dû être poursuivie auprès d'elle afin de rechercher divers éléments matériels, comme le listing des télécopies émises à l'époque considérée, autant d'éléments susceptibles de la mettre hors de cause mais que, la procédure devant le Conseil étant, selon elle, accusatoire, elle estimait n'avoir pas à produire à l'appui de ses observations ;

Mais considérant que, dans leurs déclarations au cours de l'instruction, les responsables de la société Arbex ont donné la société Bianco pour émetteur probable du devis manuscrit qu'elle avait reçu ; que dans ses observations écrites la société Arbex affirme que, n'ayant pas la compétence nécessaire pour effectuer certains des travaux concernés, elle avait envisagé d'en sous-traiter une partie et qu'elle " *s'est adressée aux sociétés BIANCO et CIE, à l'effet d'obtenir un devis pour les travaux qu'elle ne réaliserait pas elle-même* " ; qu'elle a ajouté que, l'offre de prix de la société Bianco étant très supérieure à celle de la Compagnie Internationale pour l'Environnement, elle avait adressé à cette dernière l'offre de la société Bianco par télécopie " *à l'effet de se faire expliquer par la société CIE pourquoi son prix était si bas* " ; que ces déclarations et observations de la société Arbex ont été corroborées par les déclarations des responsables de la Compagnie Internationale pour l'Environnement ; que ces éléments constituent un faisceau d'indices précis et concordants qui établissent que la société Bianco a envoyé par télécopie un devis estimatif à la société Arbex, qui l'a recopié et transmis, dactylographié, à la Compagnie Internationale pour l'Environnement ; qu'il est dès lors sans objet de faire procéder à un complément d'instruction qui aurait pour objet de rechercher des documents prétendument détenus par la société Bianco mais qu'elle n'a pas estimé utile de produire ;

Considérant en second lieu que la société Arbex, tout en reconnaissant l'existence d'un échange d'informations, en conteste le caractère anticoncurrentiel, cet échange n'ayant eu pour seul objet, selon elle, que la recherche d'éventuels sous-traitants ; que la société Bianco avance qu'à le supposer établi un tel échange d'informations n'aurait eu aucun effet anticoncurrentiel puisque il n'a pas bénéficié à la Compagnie Internationale pour l'Environnement dont l'offre, moins-disante, a finalement été écartée, ce que ne pouvait savoir à l'avance le groupement Bianco / Entreprise Jean Lefebvre ;

Mais considérant que l'allégation selon laquelle la société Arbex envisageait de confier des travaux en sous-traitance aux sociétés Bianco ou Compagnie Internationale pour l'Environnement n'est appuyée d'aucun

élément ; que l'offre envoyée par télécopie par la société Bianco à la société Arbex comportait l'ensemble des prestations du marché, y compris celles pour lesquelles la société Arbex était spécialisée, et qu'elle n'envisageait pas, selon ses propres affirmations, de sous-traiter ; que, de même, elle n'avait aucune raison d'interroger la Compagnie Internationale pour l'Environnement sur ces mêmes prestations, alors que la télécopie qu'elle lui a envoyée comportait l'ensemble des prestations ; que du reste les deux entreprises Bianco et Compagnie Internationale pour l'Environnement ont chacune déposé une offre " concurrente " et que la Compagnie Internationale pour l'Environnement a déclaré qu'elle aurait elle-même choisi la société Socco pour effectuer des travaux en sous-traitance ; que si l'offre de la Compagnie Internationale pour l'Environnement a été éliminée car sa proposition est apparue au maître d'ouvrage comme techniquement " *trop faible pour offrir des garanties de bonne exécution* " et que si le groupement Bianco/Entreprise Jean Lefebvre, deuxième moins-disant, a été désigné comme titulaire du marché, cette circonstance est sans conséquence sur la qualification de la pratique ;

Considérant enfin que, lors des débats, le représentant de la société Bianco s'est interrogé sur les raisons pour lesquelles un grief lui avait été notifié, ainsi qu'à la société Arbex, alors qu'aucun grief n'a été notifié à la Compagnie Internationale pour l'Environnement ;

Mais considérant que, s'il est établi que la Compagnie Internationale pour l'Environnement a bien été destinataire d'un devis télécopié émis par la société Arbex, l'offre qu'elle a effectivement remise n'en a tenu aucun compte, qu'au contraire elle n'a pas augmenté ses prix alors qu'elle était sollicitée dans ce sens par le représentant de l'entreprise Arbex ; que son adhésion aux pratiques constatées n'est donc pas établie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les entreprises Arbex et Bianco ont participé à un échange d'informations préalablement au dépôt des offres qu'elles ont établies en réponse à l'appel d'offres relatif à la fourniture et à la pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy ; que cet échange d'informations, qui avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré, constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que l'adhésion de la Compagnie Internationale pour l'Environnement à cette pratique n'est pas établie ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Le Conseil de la concurrence peut (...) infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution 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. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos " ; qu'aux termes de l'article 22 de la même ordonnance : " La commission permanente peut prononcer les peines prévues à l'article 13. Toutefois, la sanction pécuniaire prononcée ne peut excéder 500 000 F pour chacun des auteurs des pratiques prohibées " ;

Considérant, que pour apprécier le dommage à l'économie des pratiques des entreprises Arbex et Bianco, il y a lieu de considérer qu'elles étaient destinées à faire obstacle à l'exercice de la concurrence sur un marché d'un montant de 3 millions de francs environ ;

Considérant que la gravité des pratiques doit s'apprécier en tenant compte de la circonstance qu'elles se sont produites dans un secteur où le nombre d'entreprises susceptibles de réaliser les travaux en cause est peu élevé alors qu'à cette époque la demande de travaux de cette nature était en forte expansion dans la région Rhône-Alpes ; que les pratiques constatées ont trompé le maître d'oeuvre sur l'étendue de la concurrence et qu'un de leurs deux auteurs a été désigné comme attributaire du marché considéré ;

Considérant que la SA Arbex a toujours reconnu avoir participé à l'échange d'informations avant le dépôt des offres ; qu'elle a réalisé en France en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 177 millions de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 400 000 francs ;

Considérant que la SA Bianco a participé à l'échange d'informations avant le dépôt des offres avec l'entreprise Arbex ; qu'elle a été attributaire du marché ; qu'elle a réalisé en France en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 96 423 078 F, qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 500 000 francs ;

DÉCIDE

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Arbex et Bianco ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 400 000 francs à la SA Arbex,
- 500 000 francs à la SA Bianco.

Délibéré, sur le rapport de M. Philippe Personne, par M. Barbeau, président, M. Cortesse, vice-président, et M. Rocca, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

Le rapporteur général suppléant,

Le président,

Jean-Claude Facchin

Charles Barbeau