

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 99-A-19 du 10 novembre 1999
relatif à une demande d'avis de M. Philippe Ballu,
juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Tarbes,
et relative à des pratiques recensées lors de la passation de marchés publics
par le Syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées (SDE)

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée, le 9 juillet 1999, par laquelle M. Philippe Ballu, juge d'instruction au tribunal de grande instance de Tarbes a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de pratiques recensées à l'occasion de la passation de marchés publics par le Syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées (SDE) ;

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 les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, M. Claude Massourre et les sociétés Aygobere, Alstom entreprise SA venant au droits de la société Cegelec Sud-Ouest, Entreprise industrielle (EI), Daval, Entreprise pyrénéenne d'électricité (EPE), Société Cassagne électricité et travaux publics, Société de construction de lignes électriques (SCLE), Société entreprise de transport et de distribution d'énergie Sud-Ouest (ETDE Sud-Ouest), Société nouvelle d'électrification Dubosc (SNED), Société nouvelle Électric Flux (SNEF) et Société tarbaise d'entreprises électriques (STEE) ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, M. Massourre et les représentants des sociétés Daval, Alstom entreprise venue aux droits de la société Cegelec Sud-Ouest, SNEF, STEE, EI, ETDE Sud-Ouest entendus, les représentants des sociétés Aygobere, EPE, Cassagne électricité et travaux publics, SCLE et SNED ayant été régulièrement convoqués ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

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

I – La procédure suivie devant le Conseil

Le 18 décembre 1998, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Tarbes a saisi le Conseil de la concurrence pour avis de pratiques recensées lors de la passation de marchés publics par le Syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées (SDE). Cette demande d'avis a été enregistrée sous le numéro A 263. Le 9 juillet 1999, M. Philippe Ballu, juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Tarbes, a également saisi, pour avis, le Conseil de la concurrence des mêmes faits. Cette demande d'avis a

été enregistrée sous le numéro A 278.

Conformément aux dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et à celles de l'article 22-1 du décret du 29 décembre 1986, le rapport établi par le rapporteur désigné pour instruire le dossier A 278 a été notifié aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement et aux "*autres personnes dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles 7,8 et 10-1 de l'ordonnance*". Les parties en cause, qui ont disposé d'un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter des observations écrites, ont eu accès à la totalité des dossiers A 263 et A 278. Les sociétés SNEF et ETDE Sud-Ouest, qui ont pu consulter le dossier, lequel comportait les désignations de rapporteur (A 263 et A 278) ne peuvent donc utilement contester la validité de la procédure suivie devant le Conseil au motif qu'à la suite d'une erreur matérielle, ne figurait en annexe au rapport que la désignation de rapporteur du dossier A 263, laquelle était évidemment antérieure à la saisine du Conseil par le juge Ballu.

La société Cegelec Sud-ouest, qui reconnaît que "*certes (...) le rapporteur avait demandé au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Tarbes copie de pièces complémentaires*", estime cependant que le dossier demeure incomplet et ne permet pas, en l'état, le "*respect du principe du contradictoire*". Le Conseil de la concurrence rappelle qu'il n'appartient pas à son président de faire mettre à la disposition des parties la totalité des pièces réunies dans le dossier par le juge d'instruction dans le cadre de la procédure pénale. Il souligne que, d'une part, les parties ont eu accès à la totalité des pièces versées au dossier du Conseil et que, d'autre part, le rapporteur ne s'est pas fondé sur des pièces ne figurant pas au dossier.

Certaines des entreprises concernées soutiennent que les faits de 1994 doivent bénéficier de la prescription et, qu'en tout état de cause, les faits dont est saisi le Conseil de la concurrence se limitent aux années 1994, 1995 et 1996. Le Conseil, qui est régulièrement saisi par un juge d'instruction sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et qui n'est pas compétent pour se prononcer sur la validité de la procédure suivie devant la juridiction demanderesse, rappelle qu'il a pour seule mission de rendre un avis sur le caractère anticoncurrentiel ou non des pratiques qui lui sont soumises au regard des articles 7, 8 et 10-1 de l'ordonnance. Au cas d'espèce, la demande d'avis du magistrat porte sur divers documents relatifs à des pratiques anticoncurrentielles parmi lesquels figure notamment un rapport adressé par le directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCRF) au préfet des Hautes-Pyrénées au sujet des marchés d'électrification rurale pour les années 1997, 1998 et 1999.

II – Les faits

1 - Présentation générale

Dans le département des Hautes-Pyrénées, le SDE est chargé de l'exécution des travaux de premier établissement, de renforcement, d'amélioration et de perfectionnement des ouvrages de distribution d'énergie électrique et d'éclairage public des collectivités territoriales associées. Les marchés passés par ce syndicat sont soumis au livre III du code des marchés publics. La commission d'appel d'offres est composée de représentants d'élus dont le président, M. Claude Massourre depuis 1990, et de représentants d'EDF, de la direction départementale de l'équipement et de la DDCCRF. Le secrétaire général du syndicat ne participe pas aux commissions d'appels d'offres. Le syndicat organise régulièrement, depuis 1978, des consultations

relatives à la passation des marchés d'électrification rurale dans le département des Hautes-Pyrénées, qui sont des marchés triennaux à bons de commande comportant onze lots géographiques depuis 1994 (neuf lots auparavant). La procédure suivie jusqu'en 1994 était celle de l'appel d'offres restreint. A partir de 1997, le SDE a décidé, à la suite des remarques formulées par la chambre régionale des comptes Midi-Pyrénées, de procéder à un appel d'offres ouvert. Les entreprises intéressées sont invitées à présenter des rabais ou des hausses en pourcentage par rapport à un bordereau de prix unitaires annexé au marché.

Le Conseil de la concurrence, saisi au contentieux par le ministre chargé de l'économie, avait considéré, par décision n° 96-D-43 du 11 juin 1996, qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure relative à des faits relatifs à la passation des marchés d'électrification rurale du SDE pour les années 1988, 1989 et 1990, compte tenu de l'absence au dossier d'acte interruptif de prescription. Le Conseil de la concurrence souligne qu'il est cependant fondé (cour d'appel de Paris - *Carrières de Sainte Marthe*, 8 juillet 1992), dans la partie descriptive d'une décision contentieuse, à " *évoquer des données antérieures aux faits dont il est saisi* ", dès lors que la qualification à laquelle il procède et la sanction qu'il prononce éventuellement s'appliquent aux seuls faits non couverts par la prescription.

2 - La procédure suivie lors des appels d'offres de 1994 et de 1997 apparaît dans le tableau ci-après :

	1994	1997
procédure suivie	appel d'offres restreint (AOR)	appel d'offres ouvert (AOO)
type de marché	marché à bons de commandes	marché à bons de commandes
date d'envoi de publication au BOAMP	28 juillet 1994	29 novembre 1996
date limite de réception des candidatures	9 septembre 1994 à 16 heures	-
sélection des candidats	30 mai 1994 puis les 13 et 20 septembre 1994	-
date limite de remise des offres	4 novembre 1994	31 janvier 1997
date d'ouverture des plis	7 novembre 1994	13 mars 1997

Lors de la sélection des candidatures, le 30 mai 1994, le représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) avait mentionné sur le procès-verbal d'ouverture des plis : " *J'émet des réserves sur le rejet des entreprises auquel a procédé la commission* ". Ces réserves avaient amené le directeur départemental de la DGCCRF à proposer au préfet du département de saisir le tribunal administratif ainsi que la mission interministérielle d'enquête sur les marchés pour " *délit de favoritisme* " tel que défini par l'article 7 de la loi n° 91.3 du 3 janvier 1991. La saisine du tribunal administratif par le préfet avait amené le président du SDE à procéder à une nouvelle sélection des candidats. Lors de la sélection suivante effectuée, le 13 septembre 1994, seules douze entreprises sur vingt-sept répondaient aux critères fixés dans l'appel de candidature. Afin de permettre un

élargissement de la concurrence, le jury décida de permettre à huit entreprises supplémentaires de compléter leur dossier.

3- Constatations

3.1 - Les résultats des appels d'offres depuis 1978

Ce sont généralement les mêmes entreprises, car étant moins disantes, qui obtiennent régulièrement les lots n° 1 à 9 depuis de nombreuses années, les lots n° 10 et 11 étant réservés à des sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP). Les sociétés EPE et Cassagne indiquent, dans leurs observations écrites en réponse au rapport, qu' "*il n'y a rien d'étonnant à ce qu'une entreprise qui a été retenue une première fois sur un lot souhaite conserver ce dernier et fasse porter son effort maximum sur ce lot que tout naturellement elle souhaite pouvoir obtenir de préférence aux autres* ". Il ressort en outre du dossier que le maître d'ouvrage n'attribue, selon une règle non écrite, qu'un seul lot par entreprise.

Ainsi, les lots n° 1 et n° 3 ont été attribués respectivement à l'entreprise Daval et à Entreprise industrielle depuis 1978. Les sociétés EAE, devenue ETEMI puis EPE, d'une part, et SE Dubosc devenue Société nouvelle d'entreprise Dubosc (SNED), d'autre part, obtiennent respectivement les lots n° 2 et 4 depuis 1978.

La société Cassagne électricité et travaux publics (ci-après Cassagne), titulaire du lot n° 5 de 1978 à 1981, obtient régulièrement le lot n° 9 depuis 1985, la société STEE obtenant le lot n° 5 depuis 1982. La société Cegelec Sud-Ouest (anciennement CGE-Asthom puis Cegelec devenue Alstom entreprise SA) obtient le lot n°7 depuis 1980. La société SNEF a obtenu le lot n° 8 seule de 1980 jusqu'en 1990 et en association avec la société ETDE depuis 1991. La société SCLE a obtenu le lot n° 6, seule de 1982 jusqu'en 1990, et en association avec la société Aygobere depuis 1994.

Les entreprises justifient leur manque d'intérêt pour certains lots par les difficultés, notamment topographiques, qu'elles rencontreraient pour réaliser les travaux, du fait de leur éloignement ou du manque de personnel formé à ces tâches et de moyens matériels.

3.2 - L'appel d'offres de 1994

La Société d'électrification Dubosc (SED) a obtenu le lot n° 4 de 1978 à 1993, tandis que la société Aygobere a obtenu le lot n°6 en 1991, puis en association avec la société SCLE depuis 1994.

La Société nouvelle d'électrification Dubost (SNED), dont le siège social se trouve à Lourdes, a débuté son exploitation en juin 1993. Cette entreprise indique qu'elle a été créée "*car la S.A. Aygobere a racheté à travers elle la Société d'Electrification Dubosc (S.E.D.)* ". L'acte de vente du fonds de commerce de la SED, signé les 23 et 27 septembre 1993, prévoyait l'achat des éléments incorporels et corporels ainsi que la reprise de onze salariés sur treize de l'entreprise.

Les sociétés Aygobere et SNED ont indiqué, dans leurs observations écrites en réponse au rapport : "*Concernant le marché de 1994, il est vrai que S.N.E.D. et la S.A. Aygobere ont répondu sur certains mêmes lots. Toutefois, ces deux sociétés n'ont pas répondu ensemble sur les lots sur lesquels elles ont été*

respectivement retenues, savoir lot numéro 6 pour la S.A. Aygobere et le lot n° 4 pour la SARL S.N.E.D. (.....) il faut savoir que l'ancien dirigeant de la SARL S.E.D., ainsi que déjà précisé, a effectué les réponses à l'appel d'offres de 1994, dans le cadre de la période de transition consécutive au rachat ". La société SNED a présenté des offres pour les lots n° 3, 4, 5, 7, 8 et 9 et a été retenue pour le **lot n° 4**, tandis que la société Aygobere, sa société mère, présentait des offres pour les lots n° 1, 3, 5, 6 et 7 en groupement avec la société SCLE, ce groupement ayant obtenu le **lot n° 6** . La SNED a versé au dossier la copie d'une lettre de doléance qui lui était adressée par le directeur du SDE, le 11 avril 1994, cette lettre étant également adressée en copie au président de la société Aygobere.

Les sociétés EPE et Cassagne déclarent, dans leurs observations écrites en réponse au rapport : " *En définitive, pour l'appel d'offres de 1994, EPE était domiciliée à son siège d'Artigueloutan ; pour l'appel d'offres 1997, EPE ne cachait ni sa domiciliation à Tarbes, ni sa filiation avec Cassagne Electricité qui était connue de tous* ". Ces deux entreprises ont versé au dossier copie d'un courrier adressé au préfet des Hautes-Pyrénées, le 20 mars 1995, soit postérieurement à l'appel d'offres de 1994, courrier auquel était jointe une note faisant apparaître leurs liens financiers. Elles ont également versé au dossier la copie d'une lettre adressée par le maire de la commune de Hèches au directeur de la société Cassagne, le 3 mars 1994, établissant que cet élu avait connaissance des liens unissant l'entreprise concernée à la société EPE.

La société Cassagne a présenté, lors de l'appel d'offres de 1994, des offres identiques pour les lots n° 1, 2, 3 et 4 (rabais de 0 %) et des rabais de -3,5 % et de -3,6 %, respectivement pour les lots n° 8 et 9 (elle s'est vue attribuer le **lot n° 9**). La société EPE, filiale de la société Cassagne, a également présenté des offres pour les lots n° 1 à 4 (rabais de 0 % pour le lot 4) et a obtenu le **lot n° 2**.

La société STEE a présenté des offres pour les lots n° 5 à 8 et a été retenue pour le **lot n° 5 (-3,5%)** lors de l'appel d'offres de 1994, tandis que sa société mère, la société Forclum, qui a présenté des offres pour les lots n° 3, 4 et 6, ne s'est, en revanche, vu attribuer aucun lot. La société STEE, qui a déclaré n'avoir " *jamais dissimulé au SDE des Hautes-Pyrénées être une filiale de la société Forclum* " a versé au dossier la copie d'un document adressé au SDE mentionnant que son actionnaire est la société Forclum. La lecture de ce document, qui mentionne les chiffres d'affaires réalisés au cours des " *3 derniers exercices* " 1994, 1995 et 1996 de la société STEE, ne peut à l'évidence concerner l'appel d'offres de 1994.

M. Georges Sentenac, administrateur de la société Cassagne, a déclaré, le 10 juin 1998 (cote D 241 au dossier d'instruction) : " *Je rappelle (...) qu'EPE, entreprise d'environ 12 salariés est une filiale de la SA Cassagne qui comprend 125 salariés. Depuis que je suis à la retraite au 1er janvier 1998, Mr Peyregne est devenu P.D.G. de la S.A. Cassagne dont je suis toujours administrateur et Mr Ournac Jean-Claude a succédé à la gérance d'EPE* " ./- A la question : " *Sur le département des HP, les entreprises Cassagne et EPE sont elles concurrentes ?* ", M. Sentenac a répondu : " *Evidemment non ; nous sommes complémentaires* ". Ce responsable a précisé : " (.....) *effectivement, il n'y a pas de trace écrite adressée au syndicat concernant les liens juridiques entre EPE et Cassagne* " .

La société EPE a, quant à elle, déclaré : " *Le S.D.E. des Hautes-Pyrénées connaissait parfaitement les rapports EPE/Cassagne puisque la lettre adressée par le SDE à EPE est envoyée en copie à M. Sentenac, PDG de la SA Cassagne* ". Mais cette lettre, jointe en annexe aux observations de la société EPE, est datée du 7 janvier 1997. Elle ne peut donc concerner des faits qui se sont déroulés en 1994. De la même manière, la

lettre adressée au préfet des Hautes-Pyrénées par la société EPE, le 20 mars 1995, comportant en annexe une fiche mentionnant sa filiation avec la société Cassagne, est postérieure à l'appel d'offres de 1994.

Lors de son audition, le 23 juin 1998 (cote D 247 au dossier d'instruction), M. Claude Massourre, président du SDE, a déclaré, en réponse à la question : "*Ignorez-vous l'existence de liens juridiques entre les entreprises STEE/FORCLUM ; SNED/AYGOBERE ; EPE/CASSAGNE, ces deux derniers groupes ayant fait des offres prétendument concurrentes en 1994 sur les lots (3 ;5 ;7 pour le premier et 1 ;2 ;3 ;4 ;11 pour le second) ?*" / - **Réponse :** "*J'ignore tout des liens juridiques que vous portez à ma connaissance concernant ces entreprises*". A la question : "*Ignorez-vous que EPE donnait une fausse adresse, sa domiciliation effective étant chez Cassagne ?*", M. Massourre a déclaré : "*Je l'ignorais totalement*".

M. Claude Picard, secrétaire général du SDE, a, en revanche, déclaré, le 14 octobre 1998 (cote D 358) : "*Je n'ignorais pas que l'EPE était une filiale de Cassagne, que la STEE était une filiale de Forclum et la SNED une filiale d'Aygoberre. Les élus en étaient parfaitement informés. Pour moi, la DGCCRF ne pouvait pas l'ignorer non plus et aurait dû soulever un éventuel problème le jour de l'ouverture des enveloppes. Je considère que cela n'était pas à moi d'aborder le sujet*".

Lors de son interrogatoire, le 19 novembre 1998 (cote D 359), M. Massourre a, cependant, affirmé, au sujet des liens entre les sociétés STEE et Forclum, SNED et Aygoberre et EPE et Cassagne: "*J'ai découvert ces liens lorsqu'il y a eu enquête, je n'ai pas l'organigramme des différentes entreprises. De même, j'ignorais totalement qu'une des entreprises n'avait qu'une domiciliation de façade dans le département.(.....) / - Je ne sais si Picard était au courant. Mais il ne m'en a jamais parlé (....). J'ignorais que la SNED était contrôlée par Aygoberre. D'ailleurs j'ai constaté que les membres du bureau et Monsieur Fortassin, vice-président du SDE ont indiqué qu'ils l'ignoraient également*". Au sujet d'un cahier " affaires courantes " dans lequel il était fait état, à la date du 14 mai 1993, de la constitution de la SNED avec contrôle de la société Aygoberre, M. Massourre a déclaré (PV précité): "*ce cahier est tenu par M. Picard. Je vous répète qu'il n'avait pas porté ces informations à ma connaissance contrairement à ce qu'il vous a indiqué. Si Picard avait ces informations, il aurait dû les porter à notre connaissance; il aurait pu le faire également lors de l'ouverture des plis. Cette information était importante mais je vous répète, personne n'en a fait état au moment de l'ouverture des plis pas plus la DDCRF, qu'EDF*".

4- Analyse

4.1.- Le marché

Les autorités nationales de concurrence considèrent que, dans le cas des marchés publics, "*le croisement de l'appel d'offres et des réponses des candidats a réalisé un marché*" (Cf. notamment cour d'appel de Paris, 1er décembre 1992, SAE Auvergne). Au cas d'espèce, le marché pertinent est donc celui de l'électrification rurale dans le département des Hautes-Pyrénées.

4.2. - Les indices réunis

L'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 prohibe les actions concertées, les conventions, les ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment (2) lorsqu'elles font obstacle à la fixation des prix

par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse.

En l'absence de documents formalisés, datés et signés, la preuve de l'entente peut résulter d'indices variés, " dans la mesure où, après recoupements, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes " (Cf. notamment Cour de cassation, chambre commerciale, 8 décembre 1992, *Etablissements Phibor et autres*). Les autorités de la concurrence considèrent toutefois qu'un simple parallélisme de comportement ne peut, en règle générale, suffire à lui seul à caractériser l'existence d'une entente anticoncurrentielle au sens des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

En l'espèce, plusieurs indices graves, précis et concordants permettent d'établir que le résultat des appels d'offres de 1994 et 1997 ne peut s'expliquer par le jeu normal de la concurrence.

En premier lieu, la simple lecture des résultats des appels d'offres de 1978 à 1994 conduit à constater que, si ce sont généralement les mêmes entreprises qui, nonobstant les transformations juridiques intervenues chez certaines d'entre elles, se voient attribuer les mêmes lots depuis de nombreuses années, il n'en reste pas moins que, lors de certains appels d'offres, des lots ont changé d'attributaire : ainsi, par exemple, lors de l'appel d'offre pour les années 1980-1981 la société CGE Alsthom a obtenu le lot 7 précédemment détenu par l'entreprise Barde. De même, lors de l'appel d'offres pour les années 1982-1984, la STEE a obtenu le lot 5 qui était précédemment détenu par la société Cassagne. Pour l'appel d'offres concernant les années 1985-1987, la société Cassagne a obtenu le lot 9 précédemment détenu par la société Demarais. Enfin, lors de l'appel d'offres pour les années 1991-1993, la société Aygobere et ETDE ont obtenu respectivement les lots 6 et 8 antérieurement détenus par les sociétés SCLE et SNEF. Ainsi, le fait d'avoir remporté un lot lors d'un appel d'offres ne confère pas à la société attributaire du lot un avantage tel qu'aucune autre société ne puisse la concurrencer avec succès lors d'un appel d'offre ultérieur. Il en résulte que le fait qu'aucun lot n'ait changé d'attributaire lors des appels d'offres de 1994 et 1997 ne saurait être expliqué uniquement par l'avantage naturel des entreprises préalablement attributaires de ces lots.

En deuxième lieu, lors des appels d'offres antérieurs à ceux de 1994 et 1997, les rabais proposés par les entreprises qui ont réussi à devenir attributaires d'un lot précédemment détenu par une autre entreprise ont été compris entre —7% (lorsque Cassagne a cherché à concurrencer Demarais sur le lot 9) et — 15,6% (lorsque CGEE-Alsthom a été désignée attributaire du lot 7 préalablement détenu par Barde). Ainsi, l'exercice effectif de la concurrence a été, dans tous ces cas, associé à l'offre de rabais substantiels . En revanche, aucun rabais supérieur à 5% n'a été proposé lors des consultations de 1994 et 1997. Contrairement à ce que soutient la société Cegelec selon laquelle la " *connaissance du marché permet à l'entreprise titulaire d'un lot de bénéficier d'un important avantage concurrentiel, puisque le fait d'avoir été précédemment attributaire du lot implique que l'entreprise dispose déjà des renseignements, des documents() ou des contacts() lui permettant d'élaborer une offre particulièrement compétitive* ", ce n'est pas parce que les titulaires de lots ont proposé des offres particulièrement compétitives en 1994 et 1997 qu'ils ont pu conserver leur lot.

En troisième lieu, entre 1991 et 1994, le rabais moyen offert par les entreprises qui ont conservé leur lot n'a pas diminué : ce rabais moyen s'élevait à —2,35% pour l'appel d'offres de 1991 et il s'établissait à —2,78% pour l'appel d'offres de 1994. Il ne peut donc être soutenu que c'est en raison du fait que les prix unitaires des bordereaux calculés par EDF n'auraient pas varié entre 1991 et 1994, alors que l'indice du coût de la vie aurait augmenté de 5,9 %, que les rabais auraient été faibles en 1994. En revanche, il est exact que, lors de

l'appel d'offres de 1991, deux entreprises, Aygobere et ETDE, ont tenté d'obtenir, et obtenu, des lots précédemment attribués à d'autres entreprises en offrant des rabais importants (respectivement —9% pour le lot 6 et —9,1% pour le lot 8) alors qu'aucune entreprise n'a souhaité offrir de tels rabais lors de l'appel d'offres de 1994 au cours desquels aucun lot n'a changé d'attributaire.

En quatrième lieu, en ce qui concerne les appels d'offre de 1994 et de 1997, objets de la demande d'avis, si toutes les entreprises affirment qu'elles souhaitaient garder le lot dont elles étaient titulaires, les entreprises qui étaient titulaires de l'un des lots 5 à 9 ont cependant présenté des rabais inférieurs ou égaux à 5%. Pourtant, ces entreprises ne pouvaient, sauf à s'être entendu avec eux, avoir l'assurance que les autres soumissionnaires ne tenteraient pas de conquérir le lot qui les intéressait même s'il convient d'admettre que la pratique du SDE de ne donner qu'un lot à chaque entreprise limitait nécessairement l'intensité de la concurrence. En effet, en dépit de cette limitation, la société Cassagne avait, dans un passé proche, perdu le lot 5 qui avait été récupéré par la STEE, avant trois ans plus tard d'évincer Demarais. La société Aygobere avait évincé la SCLE sur le lot 6 avant de faire trois ans plus tard un groupement avec cette entreprise. La société ETDE avait obtenu le lot 8 en association avec la SNEF, en 1991, en remplacement de la seule société SNEF. Ainsi, si la concurrence prévalait en 1994 et 1997, l'histoire récente ne pouvait qu'inciter les soumissionnaires à consentir des efforts suffisants pour s'assurer qu'ils resteraient attributaires de leurs lots, par exemple en pratiquant des rabais de l'ordre de grandeur de ceux qu'avaient pratiqué Aygobere et ETDE en 1991. Dans ces conditions, la stratégie de faible rabais suivie par toutes les entreprises lors des appels d'offres de 1994 et 1997 constitue un indice de l'existence d'une entente tacite ou explicite entre elles. Une telle coordination, de nature à dispenser les entreprises de faire des études précises des lots dont elles ne sont pas attributaires, pourrait également expliquer que les entreprises n'ont pu fournir d'études pour justifier leurs soumissions, puisque celles-ci seraient alors des offres de couverture.

Pour ce qui concerne les lots 1, 2 et 3, lesquels n'ont pas changé d'attributaire depuis 1978, il convient de constater que, lors des appels d'offres de 1994 et 1997, l'entreprise préalablement attributaire d'un lot se trouve systématiquement être la seule à proposer un rabais (faible) pour ce lot, alors que tous les autres soumissionnaires proposent des majorations par rapport aux bordereaux calculés par EDF. Une telle distribution des offres se retrouvant sur chacun de ces trois lots lors des deux appels d'offres constitue un indice supplémentaire de concertation.

En cinquième et dernier lieu, constitue également un indice de la concertation entre les soumissionnaires le document daté du 10/04/1996, saisi le 26/05/98 dans les locaux de l'entreprise Cassagne, détaillant les propositions qu'allaient déposer les soumissionnaires à l'appel d'offres de 1997 comportant une erreur concernant le rabais de la STEE. Si son auteur, M. Sentenac, soutient que le document a été réalisé un an plus tard, soit postérieurement à l'ouverture des plis de l'appel d'offres de 1997, l'intéressé n'explique pas l'erreur sur le montant du rabais proposé par la STEE.

Au total, il existe un faisceau d'indices graves précis et concordants établissant que les entreprises Daval, EPE, Entreprise industrielle, STEE, SCLE, Aygobere, Cegelec, ETDE, SNEF et Cassagne se sont entendues au moins tacitement pour se répartir les lots 1 à 3 et 5 à 9 lors des appels d'offres de 1994 et 1997 ; que cette entente avait pour objet et a eu pour effet de permettre à chacune d'entre elles de conserver le lot dont elle était attributaire en faisant en sorte que les autres entreprises soumissionnant pour ce lot déposent des offres de couverture.

Outre l'existence de l'entente susmentionnée, les éléments du dossier révèlent également que les sociétés EPE et Cassagne, d'une part, et SNED et Aygobere, d'autre part, ont mis en oeuvre des pratiques prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance en trompant le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence entre elles.

La cour d'appel de Paris a considéré (arrêt du 31 mai 1996) que " *les soumissions séparées à un même marché émanant d'entreprises ayant chacune la personnalité morale font présumer que chacune de ces entreprises dispose de son autonomie commerciale et de gestion, d'où il résulte qu'elles doivent respecter les règles de la concurrence entre elles ; que cette présomption ne peut être renversée que par la preuve que les sociétés ont expressément averti le maître de l'ouvrage de leur absence d'autonomie en lui indiquant notamment, s'il y a lieu, que les études préalables à la présentation des offres ont été communes ou ont fait l'objet d'échanges d'informations* ". Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a considéré (décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998 relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy, confirmée par la cour d'appel de Paris) que le simple fait, de la part d'une entreprise, d'accepter de se porter candidate à un marché alors qu'elle n'est pas intéressée par ce marché est de nature à fausser le jeu de la concurrence.

Les sociétés SNED et Aygobere, sociétés appartenant au même groupe, qui reconnaissent, dans leurs observations écrites, avoir séparément " *répondu sur certains mêmes lots* ", justifient leur comportement en déclarant qu'" *il apparaît normal (...) que ces deux entreprises ont eu la perspective de travailler dans les mêmes secteurs, limitant ainsi les déplacements des salariés, ainsi que le rachat d'un matériel spécifique aux travaux de montagne* ".

M. Sentenac, administrateur de la société Cassagne, a, quant à lui, déclaré que la société Cassagne et la société EPE, sa filiale, n'étaient " *évidemment* " pas concurrentes dans le département des Hautes-Pyrénées, ce qui n'a pas empêché ces deux entreprises de déposer des offres apparemment concurrentes sur les lots n° 1, 2, 3, 4 et 11, la société Cassagne obtenant le lot 9 et la société EPE le lot n° 1, ces deux lots étant séparés géographiquement par le lot n° 11. Une offre identique de 0 % a d'ailleurs été présentée par les sociétés Cassagne et EPE sur le lot n° 4. M. Sentenac a déclaré qu'il n'existait pas de trace écrite selon laquelle le SDE avait été informé de l'existence de liens financiers entre les sociétés EPE et Cassagne.

Le président du SDE a affirmé, sous serment, d'une part, qu'il n'avait pas été informé de l'existence de tels liens par le directeur du syndicat, qui a déclaré, quant à lui (cote D 358), que " *les élus en étaient parfaitement informés* ", d'autre part, qu'il n'avait pas été informé de l'existence de liens financiers entre les sociétés SNED et Aygobere. Ni le rapport de présentation du marché du 7 novembre 1994 signé par le président en exercice du SDE, ni le rapport relatif à la situation de la concurrence adressé au préfet des Hautes-Pyrénées, le 3 mars 1995, par le directeur départemental de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes, lequel mentionne pourtant les offres groupées déposées par certaines entreprises lors de l'appel d'offres de 1994, ne font état de l'existence de liens financiers entre plusieurs entreprises.

S'il ne peut être exclu, notamment au vu de la lettre du 11 avril 1994, adressée en copie au président de la société Aygobere par le directeur du SDE, que certains membres de la commission d'appel d'offres étaient informés de la situation et ont ainsi pu, par leur silence, favoriser le déroulement de l'entente, aucun des éléments du dossier communiqué au Conseil de la concurrence ne prouve avec certitude que la totalité des

membres de la commission d'appels d'offres du SDE, dont son président, connaissaient l'existence de liens étroits entre les entreprises concernées et, notamment, le fait que chacune des sociétés SNED et Aygobere, d'une part, et EPE et Cassagne, d'autre part, ne disposaient pas de leur autonomie commerciale.

Le Conseil de la concurrence estime en conclusion qu'une entente anticoncurrentielle a été mise en oeuvre, lors des appel d'offres de 1994 et de 1997, par l'ensemble des sociétés attributaires des lots 1 à 3 et 5 à 9, sans que la participation active à l'entente de certains des membres de la commission d'appel d'offres ne soit établie. Ces faits, qui sont de nature à fausser le jeu de la concurrence sur un marché, sont prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Ils ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance.

Délibéré, sur le rapport de M. Bourhis, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, M. Bargue, Mme Boutard-Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Nasse et M. Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,
présidant la séance,

Frédéric Jenny