

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-D-62 du 19 octobre 1999

relative aux pratiques relevées sur le marché passé par la ville d'Hendaye pour la construction de locaux publics dans le cadre de l'aménagement du port de plaisance de Sokoburu

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 5 octobre 1995 sous le numéro F 800, par laquelle le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'économie, des finances et du plan a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre lors de la passation de marchés par la ville d'Hendaye pour la construction du bureau du port, de locaux techniques et parkings souterrains situés à la pointe de Sokoburu ;

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 la société HE Mas, la société Socae-Atlantique 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 HE Mas et Socae-Atlantique entendus ;

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

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

I. - Constatations

Dans le cadre du schéma directeur d'aménagement de la Côte d'Aquitaine, la commune d'Hendaye a décidé de procéder à des travaux d'aménagement de la pointe de Sokoburu dans la baie de Chingoudy. Elle en a confié, en 1988, l'étude et la réalisation à la Société d'équipement des Pyrénées-Atlantiques (SEPA). Différents opérateurs privés, dont la SCI Perspectives Courrèges, ont acheté des droits à la SEPA pour réaliser leur programme immobilier respectif. La commune d'Hendaye a pris en charge les travaux de construction des parkings et des bureaux du port de Sokoburu.

A. - Les marchés concernés

1. Le marché privé de la SCI Perspectives Courrèges

L'appel d'offres a été lancé le 8 juillet 1991. L'instruction n'a pas établi quelles entreprises ont été consultées ni celles qui ont fait une offre. Un devis de l'entreprise HE Mas, en date du 6 septembre 1991, d'un montant de 43 200 000 F HT et modifié le 26 septembre 1991, peut laisser supposer que cette entreprise a fait une offre de ce montant. Le lot gros oeuvre a été attribué à l'entreprise Socae-Atlantique pour un montant HT de 41 767 000 F.

L'acte d'engagement a été signé le 22 novembre 1991.

Le prix se décompose comme suit :

" Travaux propres Opération Perspectives Courrèges 37 710 000 F

Travaux zone 1 (Parking 74 places) du parking public 3 652 000 F

Indemnité pour non réalisation des zones 2-3 et du parking

et capitainerie publique 405 000 F 41 767 000 F HT "

Par ailleurs, l'entreprise Socae-Atlantique précise dans l'acte d'engagement précité qu'elle " cotraitera une partie des ouvrages pour un montant de 10 440 000 F HT (soit 25 % environ du marché total) à une entreprise tiers qui sera désignée dans un délai maximum de trois semaines à compter de la signature du présent marché ;

Cette entreprise devra recevoir l'agrément du maître d'ouvrage :

L'entreprise Socae-Atlantique agira en tant que mandataire du groupement solidaire des deux entreprises " .

L'entreprise retenue pour la cotraitance de ce marché est la société HE Mas. Le gérant de la SCI Perspectives Courrèges (SA OPI) en a été informé par un courrier de la société Socae-Atlantique du 16 décembre 1991 et a donné son accord par lettre du 17 décembre 1991.

Le programme d'aménagement de la ZAC de Sokoburu, dont font partie ce marché et le marché public de la ville d'Hendaye décrit ci-après, comprend à la fois des locaux privés et des équipements publics. Ainsi, une zone de parkings publics est située sous les locaux privés et devait donc être réalisée en même temps que l'ensemble immobilier privé, ce qui explique que ces travaux appartenant au domaine public ont été prévus et exécutés dans le cadre du marché privé.

2. Le marché public lancé par la ville d'Hendaye

Un avis d'appel d'offres ouvert est paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) du

8 novembre 1992, rectifié au BOAMP du 21 novembre 1992 pour reporter la date limite de réception des offres au 7 décembre 1992. Les entreprises pouvaient adresser leurs offres à titre individuel ou sous forme d'un groupement conjoint d'entreprises pour les quatorze lots ; cinq offres ont été déposées par des entreprises en groupement.

L'ouverture des plis a eu lieu le 7 décembre 1992.

Les offres présentées par des groupements d'entreprises sont reprises au tableau suivant, sachant que l'entreprise mandataire a, dans chaque cas, fait une offre pour le lot n° 1.

Groupements emmenés par :	dont Lot GO n° 1	Total HT
HE Mas	4 923 000	7 989 108
Sogéa-Aquitaine	5 259 903,88	8 489 510,56
Dumez	5 990 000	9 250 200
Socae-Atlantique	5 920 000	8 790 000
Alzate	5 930 613	8 780 154

L'entreprise Socae-Atlantique, qui a omis d'adresser à la commune d'Hendaye le devis quantitatif estimatif, n'a pas, de même que les entreprises Dumez, Sogéa-Aquitaine et Alzate, identifié nominativement les entreprises conjointes qu'elle proposait dans son groupement.

Le groupement conjoint d'entreprises HE Mas, dont l'offre était la moins disante, tant en ce qui concernait les offres sous la forme individuelle que celles faites sous la forme d'un groupement, a été attributaire du marché pour un montant total HT de 7 989 108 F, modifié à 8 477 100 F, soit 10 053 840,60 F TTC après rectification par le maître d'oeuvre, réparti en gros oeuvre (zones 1 à 4 = 5 717 714 F HT) et zone 5 = 2 759 386 F HT, les zones 1 à 4 désignant les parkings, la zone 5 désignant les bureaux et les locaux du port.

L'acte d'engagement a été signé le 4 décembre 1992.

B. - les pratiques relevées

En premier lieu, dans le cadre du marché privé, une contradiction a été constatée du fait que la société Socae-Atlantique a demandé au maître d'ouvrage l'agrément de la société HE Mas comme cotraitant à hauteur de 25 % du montant du marché et qu'une société en participation (SEP) a été constituée, en date du 2 décembre 1991, entre les deux sociétés avec une répartition de 50/50 pour l'exécution de ce marché, la société Socae-Atlantique étant désignée comme mandataire.

En deuxième lieu, il a été observé que le montant des offres, concernant les corps d'état secondaires, faites par l'entreprise Socae-Atlantique, à l'occasion du marché public, étaient proches de celles présentées par la société HE Mas. Par ailleurs, cinq responsables d'entreprises des corps d'état secondaires, interrogés à ce

sujet, ont, à l'exception de M. Nihous de la société Disfeb, indiqué ne pas avoir adressé d'autres offres que celles faites à titre individuel, directement à la ville d'Hendaye ou dans le cadre du groupement d'entreprises, à la société HE Mas qui en était le mandataire. Le responsable régional de la société Socae-Atlantique, M. Loulière, a déclaré pour sa part qu'il n'avait pas " pour l'instant la possibilité " de présenter l'étude de prix correspondante, mais " suppose qu'elle a été extraite de l'étude de prix de l'opération globale Opi ".

En troisième lieu, le 1^{er} février 1993, une société en participation pour la réalisation des travaux du marché public a été constituée, entre la société HE Mas, désignée comme mandataire, et Socae-Atlantique avec, comme précédemment, une répartition à parts égales, ce qui a révélé un montage de même nature, mais inversé, que celui mis en place dans le cadre du marché privé.

En quatrième lieu, des factures, datées du mois de décembre 1992 et janvier 1993, comportant la mention " à facturer à la SEP Port de plaisance " ou " à facturer à l'entreprise Mas, à livrer à l'entreprise Mas SEP Port de plaisance ", des correspondances, états et analyses de débours, en possession de la société Socae-Atlantique, établis par l'entreprise HE Mas, antérieurement à la date limite de remise des offres pour le marché public fixées au 7 décembre 1992, attestent de relations entre ces deux entreprises.

En cinquième lieu, une note du 28 octobre 1992, faisant état de " certains postes sur l'état d'avancement parking public Socae " d'un montant HT de 1 791 227, 71 F correspondant à une partie de la zone 1 des parkings du marché public, adressée à la SEPA par le cabinet d'architectes ARCA, ainsi que la réponse, du même jour, de la SEPA, qui ordonne d'interrompre immédiatement " les travaux qui auraient été engagés sur le domaine public et de clarifier cette situation ", font apparaître que des travaux concernant des zones publiques avaient été réalisés dans le cadre du marché privé. En outre, les dispositions figurant dans l'acte d'engagement signé le 22 novembre 1991 par la société Socae-Atlantique, dans le cadre du marché privé de la SCI Perspectives Courrèges, indiquent qu'à l'époque cette entreprise comptait se voir attribuer le marché public mais que, dans le cas contraire, une indemnité de 405 000 F HT était prévue dans le décompte du montant de son lot, pour " non réalisation des zones 2, 3 et 4 du parking et de la capitainerie publique ".

Sur la base des constatations qui précèdent, un grief d'entente de nature anticoncurrentielle a été notifié aux sociétés Socae-Atlantique et HE Mas.

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

Sur la prescription :

Considérant que la société Socae-Atlantique, d'une part, soutient que les actes de désignation des rapporteurs successifs sont sans effet sur le cours de la prescription et, d'autre part, conteste l'effet interruptif des correspondances échangées entre le rapporteur et les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas au cours du mois de mars 1998, faisant valoir que les demandes du rapporteur étaient imprécises et que les réponses n'ont fait l'objet d'aucun procès-verbal ; mais considérant que, s'il est exact que la nomination des rapporteurs est sans effet sur le cours de la prescription, en revanche, les correspondances adressées aux deux sociétés le 11 mars 1998 et aux services des impôts de Orthez et de Pau, les 15 avril et 18 mai 1998, dont l'objet était directement en rapport avec le dossier et qui étaient accompagnées de la lettre de saisine dont les termes étaient explicites, ont interrompu la prescription ; que, par ailleurs, les réponses à ces lettres n'avaient pas à

faire l'objet d'un procès-verbal et ont été régulièrement versées au dossier ;

Sur les pratiques relevées :

Considérant que la société Socae-Atlantique soulève l'irrégularité du procès-verbal de communication de documents en date du 28 juin 1994 et du procès-verbal de déclaration de M. Loulière, directeur régional de la société Socae-Atlantique, en date du 29 juin 1994, à défaut de précisions données sur l'objet de l'enquête ;

Considérant que, si ces documents comportent une référence à l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ils ne mentionnent ni l'objet de l'enquête, ni le cadre juridique dans lequel se déroulait celle-ci et ne sont accompagnés d'aucun acte attestant qu'une information du déclarant sur l'objet de l'enquête a été effectuée ;

Considérant que ces mentions ne figurent pas davantage dans les procès-verbaux de déclaration de M. Simon, responsable de la société HE Mas, en date du 10 août 1994 et de M. Bestion, ancien cadre de la société Socae-Atlantique, en date du 4 juillet 1994 ;

Considérant ainsi que la preuve que les enquêteurs ont fait connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête ne peut être apportée ;

Considérant cependant que le commissaire du Gouvernement fait valoir que " hormis l'absence formelle de mention de l'objet de l'enquête au procès verbal , la société Socae-Atlantique n'apporte aucun élément permettant d'établir que l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves n'aurait pas été respectée ", que les personnes entendues par les enquêteurs étaient suffisamment informées de la portée de leurs déclarations et que, de ce fait, il convient de ne pas écarter de la procédure les pièces litigieuses et de maintenir le grief notifié ;

Mais considérant que, en premier lieu, il n'appartient pas aux parties d'établir l'absence de loyauté dans la recherche des preuves ; que, en deuxième lieu, l'arrêt de la cour d'Appel de Paris en date du 2 mars 1999, en ce qui concerne le moyen tiré par les parties de l'irrégularité de procès-verbaux, précise que : " *Considérant, certes, qu'une formule pré-imprimée, telle que celle selon laquelle l'enquêteur "a indiqué à Monsieur X... l'objet de l'enquête" ne permet pas à la Cour de vérifier que les exigences légales et réglementaires ont été respectées, dès lors qu'elle ne mentionne pas d'une façon concrète l'objet et l'étendue de l'enquête* " ; qu'en troisième lieu, les procès-verbaux en cause dans le présent dossier ne comportent pas même cette mention, ni la référence au titre III de l'ordonnance n° 86 1243 du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en conséquence, ces procès-verbaux doivent être écartés de la procédure ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait encore observer que, dans l'hypothèse où ces procès-verbaux seraient écartés, il reste suffisamment d'éléments permettant de maintenir les griefs initialement notifiés ; que l'entente serait établie par plusieurs documents annexés au procès-verbal du 28 juin 1994 précité (acte d'engagement du 22 novembre 1991 et demande d'agrément de la société Mas présentée par la société Socae-Atlantique le 19 décembre 1991) et par un faisceau d'indices précis, graves et concordants constitué, d'une part, par les actes établis avant le lancement du marché public et, d'autre part, par le

comportement des sociétés lors de l'appel d'offres du marché public et par certains éléments postérieurs à la passation de ce marché ; qu'en premier lieu, le commissaire du Gouvernement s'appuie sur l'acte de constitution dans le cadre du marché privé d'une société en participation, le 2 décembre 1991, dont l'objet est ainsi libellé " *l'étude et la réalisation éventuelles ultérieures de tous les travaux qui seraient confiés au groupement et reconnus d'un commun accord comme le prolongement du marché précité* " qui doit, selon lui, être interprété comme visant le marché public techniquement lié au marché privé, ainsi que l'avenant à cette convention qui prévoit une répartition géographique des travaux ; que le commissaire du Gouvernement invoque, en deuxième lieu, la lettre de la société Socae-Atlantique en date de 25 octobre 1991 par laquelle celle-ci donne son accord à la société OPI, gérant de la SCI Perspectives Courrèges pour la réalisation du marché privé intégrant la zone 1 du parking public, précisant qu'en cas de non réalisation du reste de l'opération le surcoût correspondant à l'amortissement des frais de chantiers s'élèverait à 405 000 francs, ainsi que la lettre de la SEPA en date du 28 octobre 1992 faisant suite à une note du cabinet d'architectes du même jour " *précisant certains postes sur l'état d'avancement parking public de Socae* " ; qu'en troisième lieu, le commissaire du Gouvernement souligne qu'ont été constatées, lors du marché public, les anomalies suivantes laissant présumer que la société Socae-Atlantique ne souhaitait pas remettre une offre recevable : absence de devis quantitatif estimatif et similitude de prix avec ceux avancés par la société HE Mas pour les lots de second œuvre ; qu'en quatrième lieu, le commissaire du Gouvernement retient la déclaration du responsable de la SEPA indiquant, à propos du marché public " *l'entreprise Socae nous est inconnue et n'a pas à notre connaissance effectué de travaux dans le cadre de ce programme public. Tous les paiements ont été réalisés à Mas pour le gros œuvre et à ses cotraitants déclarés pour les lots de second œuvre* " ;

Mais considérant que l'acte d'engagement du 22 novembre 1991 et la demande d'agrément de la société HE Mas ont été produits dans le cadre de la communication de pièces qui a fait l'objet d'un procès-verbal du 28 juin 1994 qui a été reconnu irrégulier, ainsi qu'indiqué ci-dessus ; que doivent être écartés du dossier, pour le même motif, l'ensemble des documents (correspondances, états et analyses de débours et factures) mentionnés supra, qui établiraient que la seconde SEP a été mise en œuvre avant sa constitution formelle, par anticipation sur la réalisation du marché public, avant son attribution ;

Considérant, par ailleurs, que le fait que les sociétés HE Mas et Socae-Atlantique se soient regroupées en société en participation, après l'attribution des marchés, pour exécuter les marchés privé et public n'est pas, en lui-même, contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et que le caractère occulte des SEP explique que les maîtres d'ouvrage n'aient pas été informés de leur existence ; que l'interprétation faite par le commissaire du Gouvernement de la nature de l'objet de la SEP, constituée pour l'exécution du marché privé en vue de " *l'étude et la réalisation éventuelles ultérieures de tous les travaux qui seraient confiés au groupement et reconnus d'un commun accord comme le prolongement du marché précité* ", ne s'appuie sur aucune donnée objective ;

Considérant que, si figurent au dossier des documents justifiant que des travaux d'un montant de 1 791 227, 71 F, correspondant à la zone 1 des parkings du marché public, ont été réalisés par la société Socae-Atlantique, dans le cadre du marché privé, ce seul élément ne suffit pas à établir l'existence d'une entente conclue avant la soumission au marché public, dès lors qu'il avait d'abord été convenu que le parking public (zone 1) serait réalisé par la SCI elle-même ;

Considérant, enfin que la Cour de Cassation, chambre commerciale, dans un arrêt du 1^{er} juin 1999, a jugé

inopérant le moyen tiré du défaut préalable d'information des personnes interrogées sur l'objet de l'enquête, dès lors qu'il s'agit de personnes entendues comme témoins et non comme accusées d'une infraction ; qu'ainsi, les procès-verbaux des responsables des entreprises de second œuvre doivent être tenus pour réguliers ; que les déclarations qu'ils comportent établissent, en ce qui concerne quatre d'entre eux, que leurs offres n'ont été transmises qu'à la ville d'Hendaye et à la seule société HE Mas alors qu'elles ont pourtant été reprises quasiment à l'identique par la société Socae Atlantique ; que, cependant, outre le fait que la société Socae Atlantique avait déjà été en contact avec ces entreprises à l'occasion du marché privé pour des travaux de même nature et connaissait leurs conditions, cette situation peut s'expliquer par la cohabitation des sociétés Socae Atlantique et HE Mas à l'intérieur des mêmes locaux techniques nécessaires au chantier du marché privé, ce qui a permis à la première d'avoir accès aux chiffres transmis à la seconde par les entreprises ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les seuls éléments régulièrement recueillis sont insuffisants pour constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant d'apporter la preuve de la mise en œuvre d'une pratique d'entente anticoncurrentielle par les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas et qu'il y a lieu, dès lors, de faire application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique : Il n'est pas établi que les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,

La présidente,

Sylvie Grando

Marie-Dominique Hagelsteen