II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 5 février 1992

relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.572 et 32.571 — Industrie de la construction aux Pays-Bas)

(Le texte en langue néerlandaise est le seul faisant foi.)

(92/204/CEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité [1], modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 3 paragraphe 1,

vu la demande d'attestation négative et la notification en vue d'obtenir une exemption, présentées au titre des articles 2 et 4 du règlement n° 17 le 13 janvier 1988 par la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Amersfoort, concernant les *Uniforme Prijsregelende Reglementen* du 9 octobre 1986, émanant de cette association, ainsi que le *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf*, tel qu'il a été rendu contraignant pour les entreprises adhérant à ses organisations membres par la décision du 3 juin 1980 de cette association,

vu la plainte déposée auprès de la Commission par la municipalité de Rotterdam, le 26 juillet 1989, contre l'association mentionnée ci-dessus, et concernant les règlements indiqués,

vu la décision du 7 novembre 1989 de la Commission d'engager la procédure dans cette affaire,

après avoir donné aux parties concernées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission et leurs autres observations conformément à l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 et au règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 du Conseil [2],

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

I. LES FAITS

(1) La présente procédure concerne:

— les statuts de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (ci-après: «SPO»),

— les décisions adoptées le 9 octobre 1986 au sein de la SPO et intitulées *Uniforme Prijsregelende Reglementen* et leurs annexes (ci-après: «UPR»), mises en vigueur le 1er avril 1987 et modifiées le 23 juin 1988,

— les décisions similaires adoptées entre 1967 et 1979 par vingt-neuf organisations membres de la SPO, chacune pour son propre compte et approuvées par la SPO, qui ont été remplacées par les UPR,

— la décision de la SPO du 3 juin 1980 rendant contraignant pour les entreprises adhérant à ses organisations membres le *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf* et ses annexes (ci-après: «code d'honneur»), qui est restée en vigueur depuis lors.

[1] JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.

[2] JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.

(2) La SPO a notifié (date d'enregistrement: le 13 janvier 1988) les UPR ainsi que le code d'honneur. Cette notification a été complétée par un rapport, enregistré le 19 juillet 1989.

Le 26 juillet 1989, la municipalité de Rotterdam a déposé une plainte qui concerne, entre autres, lesdites réglementations privées.

A. LES ASSOCIATIONS D'ENTREPRISES EN CAUSE

(3) La SPO a été créée en 1963. Cette association a pour objet, selon l'article 3 de ses statuts, «de promouvoir et de gérer une concurrence ordonnée, d'éviter et de combattre des comportements inconvenants lors de l'offre de prix et de promouvoir la formation de prix économiquement jusitifiés». Parmi les moyens à employer pour atteindre ce but figurent notamment des décisions de la SPO qui lient directement les entreprises adhérant aux associations membres ainsi que l'exécution adéquate et le contrôle du respect de ces décisions (statuts de la SPO, article 4).

(4) Seules peuvent être membres de la SPO les associations d'entreprises du secteur de la construction possédant une personnalité juridique et n'ayant pour objet que la réalisation des objectifs de la SPO (statuts de la SPO, article 5). Ces membres sont actuellement vingt-sept associations et une fondation.

À quelques exceptions près, selon les statuts de chacune de ces organisations, toutes les entreprises de construction, indépendamment du lieu de leur établissement, peuvent devenir membres de celles-ci.

Les vingt-huit organisations membres de la SPO regroupent plus de quatre mille entreprises de construction, établies aux Pays-Bas. Une autre organisation membre, destinataire de la présente décision, s'est retirée le 1er janvier 1989. À la date de la communication des griefs, elle était en voie de liquidation.

B. LES DÉCISIONS RÉGULARISANT LES PRIX ET LA CONCURRENCE

1. Les règlements uniformes de régularisation des prix (UPR) édictés par la SPO le 9 octobre 1986

(5) L'assemblée générale de la SPO a arrêté, le 9 octobre 1986, une «décision contraignante», par laquelle elle a notamment adopté le texte des UPR et ses annexes devant entrer en vigueur à compter du 1er avril 1987, d'une part, et rendu contraignants ces UPR pour toutes les entreprises membres de ses associations membres, d'autre part.

Par une autre «décision contraignante», du 23 juin 1988, prenant effet le 1er juillet 1988, la SPO a modifié les UPR.

(6) Il existe deux règlements UPR — l'un relatif à l'offre de prix en réponse à l'appel d'offre selon la procédure restreinte (ci-après: «l'UPRR») et l'autre relatif à l'offre de prix en réponse à l'appel d'offre selon la procédure ouverte (ci-après: «l'UPRO»).

Les règlements UPR s'appliquent à tous les marchés de construction à réaliser aux Pays-Bas et tombant dans l'un des secteurs de la construction suivants:

1) le secteur du bâtiment comprend la construction, l'entretien, la restauration, etc. des bâtiments résidentiels et non résidentiels;

2) le secteur creusement, drainage, canalisation et câblage comprend les activités telles que le creusement vertical (puits) et horizontal (tunnels routiers ou ferroviaires), la pose des conduites pour le transport de substances telles que le gaz et l'eau (à l'exclusion de la construction d'égoûts), et la pose de câbles (y inclus toutes les activités relatives à la télévision par câble);

3) le secteur terrassement, construction de voies urbaines et de routes, plantation comprend les activités telles que la construction et l'entretien de digues, de systèmes d'égoûts, de voies et de routes (y inclus la livraison d'asphalte), de parcs (de sport ou de récréation), à l'exclusion des travaux de plantation commandés par des personnes privées;

4) le secteur marquage routier ne comprend que les activités concernant les voies et les routes;

5) le secteur démolition;

6) le secteur travaux hydrauliques comprend des activités telles que la construction et l'entretien de viaducs, de tunnels, de barrages, d'écluses, de ponts, etc. (à l'exclusion du dragage).

(7) Les deux règlements ont la même structure et comportent des dispositions très précises et détaillées concernant, d'une part, les obligations des entreprises participant à l'organisation et, d'autre part, les conditions de fonctionnement de l'organisation.

Ainsi, les UPR ont pour objet d'organiser un système d'information réciproque et de concertation entre les entreprises participant à la mise en adjudication de marchés de construction, qui vise notamment à majorer les prix à soumissionner de certains montants correspondant à des indemnités dites de compensation pour frais d'études et cotisations professionnelles et à protéger l'entreprise dite «ayant droit».

Pour l'essentiel, les deux règlements ne diffèrent que dans les modalités de répartition du montant de la compensation des frais de calcul que les entrepreneurs participants se verront finalement attribuer.

(8) Sont annexés à ces deux UPR:

— un règlement concernant les offres de prix non simultanées,

— un règlement concernant les offres de prix dans le contexte de la sous-traitance,

— un règlement créant de «fonds de garantie» et réglant son fonctionnement,

— un règlement concernant la responsabilité des «bureaux» qui gèrent l'exécution des UPR,

— une annexe délimitant la compétence sectorielle et régionale «de ces bureaux»,

— une annexe présentant les barèmes des montants des frais de calcul,

— une annexe organisant la «caisse de calcul».

(9) La SPO a confié l'exécution de l'ensemble des règlements dits de «régularisation institutionnalisée des prix et de la concurrence» (*cf.* contrat d'agrément) à huit «bureaux» agréés, à savoir des sociétés à responsabilité limitée dont les associations membres de la SPO (à l'exception de deux d'entre elles) détiennent, directement ou indirectement, toutes les actions. Le fonctionnement de ces bureaux est contrôlé par la SPO.

Les huit bureaux sont les suivants:

— Bureau, Burger- en Utiliteitsbouw Noord Nederland BV, à Leeuwarden,

— Centraal Bureau Aannemersverenigingen Holland Zuid BV, à Rotterdam,

— Centraal Bureau Prijsregeling Boringen Kabels en Leidingen BV, à Soest,

— Centraal Bureau Prijsregeling Waterbouw BV, à Utrecht,

— Prijsregeling Midden Nederland BV, à Utrecht,

— Sponwest BV, à Amsterdam,

— WAC Centraal Bureau BV, à Zeist,

— Zuid Nederlandse Aannemersvereniging Centraal Bureau BV, à Heeze.

(10) La compétence de chaque bureau est limitée, soit par région du pays, soit par secteur de la construction, tel qu'indiqué au considérant 6.

La division par secteurs et par régions existe aussi dans les associations membres de l'association SPO, quelques-unes de ces associations regroupant des entrepreneurs de construction qui sont actifs dans plusieurs secteurs mentionnés.

(11) L'adhésion aux UPR n'est pas réservée, d'une manière exclusive, aux 4 200 entreprises environ membres des associations membres de la SPO. D'autres entreprises ont le droit d'adhérer aux règlements, cas par cas et sur une base volontaire. Le nombre des entreprises de cette catégorie figurant dans les listes des participants que les bureaux ont fournies est d'environ 3 000 (dont près de 150 entreprises établies dans d'autres États membres des Communautés européennes).

Bien que les UPR, de même que les réglementations antérieures, prévoient cette modalité d'adhésion volontaire cas par cas, l'adhésion d'une entreprise non membre d'une association membre de la SPO a en réalité un caractère permanent. En effet, une entreprise participant au marché de la construction aux Pays-Bas, tantôt au sein de la SPO, tantôt en dehors de la SPO, risque de se voir privée des droits et avantages de l'organisation pour «comportement arbitraire» (article 19 des UPRR, article 21 des UPRO) ou d'être exclue de la SPO (article 4 des UPR), pour «comportement inconséquent» (réponse de la SPO aux demandes formelles de renseignements du 10 août et du 14 novembre 1988).

2. Le code d'honneur

(12) En cas d'infraction aux dispositions des UPR, toute une série de mesures est prévue, dans les UPR eux-mêmes et dans les statuts des associations membres. De plus, l'infraction aux dispositions des UPR constitue une infraction au code d'honneur (l'article 29 des UPRR et l'article 31 des UPRO j° l'article 9 du code d'honneur), dont l'assemblée générale de la SPO a adopté le texte le 3 juin 1980. En même temps, elle a rendu contraignant, par décision prenant effet le 1er octobre 1980, ce code pour les entreprises participant à son organisation. Le code d'honneur contient aussi bien des dispositions matérielles, telles que l'obligation de notifier l'intention de soumettre un prix et, en cas d'offres de prix non simultanées, de participer à la réunion au sein de la SPO, ainsi que la définition de la protection de l'ayant droit, que des règles concernant les sanctions et la procédure en cas d'infractions.

(13) Le code d'honneur fait l'objet de la présente procédure dans la mesure où il joue un rôle spécifique, d'une part, dans le cadre du contrôle du respect des obligations découlant des UPR (Voir les considérants 47 et 48) et, d'autre part, dans le cadre de la concertation au sein de l'organisation SPO en cas de l'application du règlement concernant les offres de prix non simultanées (Voir les considérants 52, 53 et 54). Les dispositions de l'article 10 du code d'honneur ne concernant ni le contrôle ni la concertation précités, elles ne font pas l'objet de la présente procédure.

3. Règlements complémentaires

(14) Sous réserve d'approbation de la SPO, les associations membres peuvent arrêter des règlements complémentaires aux UPR comme elles pouvaient le faire auparavant pour les réglementations similaires antérieures.

Quelques associations membres ont arrêté de tels règlements tels que ceux relatifs à la destination d'une partie déterminée des majorations de prix, à la coopération entre l'entreprise membre de l'association concernée et une entreprise non membre de la SPO, ou à la notification de l'intention de soumettre un prix concernant un marché étranger (ces deux derniers règlements ont été supprimés au cours de l'année 1988).

Ces règlements complémentaires ne sont pas examinés, en tant que tels, dans la présente décision dans la mesure où leur importance demeure accessoire par rapport à l'objet principal de la procédure.

4. Règlements antérieurs aux UPR

(15) Avant le 1er avril 1987, date de la mise en vigueur des UPR actuels, les associations membres de la SPO appliquaient elles-mêmes leurs propres réglementations de régularisation des prix. L'exécution de ces règlements était assurée, directement ou indirectement, par l'association membre.

La première association ayant arrêté une réglementation de cette nature a été, en 1952, la Zuid Nederlandse Aannemersvereniging (ZNAV). Par la suite, les autres associations sectorielles/régionales ont introduit des réglementations semblables.

En 1969, la plupart de ces associations ont adhéré à la SPO. Au cours des années 1973-1979, les associations ont substitué à la plupart de leurs réglementations initiales des réglementations de type uniforme approuvées par la SPO.

(16) Les UPR adoptés par la SPO le 9 octobre 1986 et mis en vigueur à compter du 1er avril 1987 ont remplacé ces réglementations antérieures uniformisées, qui, dès lors, ont cessé d'être appliquées.

(17) En raison de l'adoption des UPR actuellement en vigueur, trois associations d'entreprises de construction se sont retirées de la SPO. Il s'agit d'une part de deux associations regroupant les entreprises qui exercent des activités de dragage (les UPR ne visant pas ce secteur), qui se sont retirées le 1er janvier 1987, et d'autre part de la Nederlandse Aannemers Combinatie (NAC) qui avait rempli, pour les entreprises de construction d'une dimension nationale, certaines fonctions entrant actuellement dans la compétence exclusive des bureaux et qui s'est retirée le 1er janvier 1989. Les deux associations du secteur dragage appliquent leurs propres réglementations de régularisation des prix. La NAC pour sa part, à la date de la communication des griefs, était en voie de liquidation.

C. LE MARCHÉ ET LE PRODUIT

(18) Selon la SPO, le nombre et la valeur totale des marchés mis en adjudication aux Pays-Bas dans les secteurs repris au considérant 6, et qui ont fait l'objet de concertation au sein de la SPO, sont les suivants:

(en millions de florins néerlandais)

Année	Nombre	Valeur
1982	24 660	9 932,4
1983	28 283	10 191,7
1984	28 390	10 723,9
1985	29 189	10 785,5
1986	29 372	11 263,8
1987	27 757	12 784,9 (1)
1988	30 043	12 177,1

(1) Selon les notifiants, dans leur réponse commune à la communication des griefs, le chiffre d'affaire des marchés réalisés en entreprise générale (y inclus les marchés de gré à gré, etc.) aux Pays-Bas serait de quelque 35,4 milliards de florins néerlandais pour l'exercice 1987.

Les renseignements obtenus de la SPO montrent que les entrepreneurs membres de la SPO et appliquant les UPR obtiennent lesdits marchés dans plus de 90 % des cas.

(19) Pour calculer la part du marché des ouvrages mis en adjudication aux Pays-Bas détenue par l'ensemble des participants aux UPR, il convient de comparer les chiffres mentionnés au considérant 18 aux chiffres établis par le Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid (ci-après: «EIB»).

(20) Selon l'EIB, le montant total des travaux dans le secteur de la construction, mis en adjudication aux Pays-Bas, pour la période 1982-1987, a atteint les valeurs suivantes (1):

(en millions de florins néerlandais)

Année	Montant
1982	10 744,8
1983	10 345,6
1984	11 748,1
1985	12 281,9
1986	12 909,8
1987	11 724,2

Les données publiées par l'EIB ne comprennent pas les travaux de terrassement et le secteur démolition. À partir de 1984, ces chiffres comprennent aussi le secteur câblage et canalisation. Il faut signaler que les données financières de la SPO concernent la valeur des marchés passés annuellement tandis que les données de l'EIB concernent la valeur des marchés effectivement réalisés en tout ou en partie chaque année (chiffres d'affaires).

(1) Voir *De bedrijfseconomische situatie van bouwbedrijven in 1987*, publication de l'EIB, mai 1989.

(21) La comparaison de ces deux catégories de données financières fait apparaître que la totalité ou la quasi-totalité des marchés mis en adjudication et entrant dans le champ d'application des UPR, passe par la SPO, c'est-à-dire que la plupart d'entre eux font l'objet d'une concertation au sein de cette organisation.

Cette conclusion est confirmée par les constatations suivantes:

a) Selon les informations communiquées par la SPO, dans sa notification des réglementations en cause, la part du marché de la construction aux Pays-Bas dont le mode de dévolution est l'adjudication, et qui entre dans le champ d'application des UPR, représente 41,5 % en valeur et 22,3 % du nombre des ouvrages de la totalité du marché de la construction aux Pays-Bas (période considérée: 1975-1979). Dans la note explicative de l'arrêté royal du 29 décembre 1986 (voir considérant 66), ces pourcentages sont de 41 et 25 (1978, source: SPO).

Les données publiées par l'EIB qui ont été reprises ci-dessus indiquent un pourcentage d'environ 40 (pour les années 1982-1986; en 1987, ce pourcentage est de 35,45).

b) Il ressort de l'examen des renseignements recueillis au cours des investigations que:

— selon certains maîtres de l'ouvrage de grande taille, la quasi-totalité des marchés mis en adjudication par eux sont «traités» par la SPO,

— toutes les entreprises néerlandaises de construction de grande et moyenne taille figurent dans les listes des entreprises membres des associations membres. Les constructeurs néerlandais qui n'adhèrent pas au système UPR dans le cadre de la SPO sont (sauf rares exceptions) soit d'une taille trop petite pour être intéressés par les marchés d'adjudication, soit spécialisés de telle sorte que leur production obéit à des modèles standardisés.

c) Dans la réponse à la communication des griefs, la SPO confirme que «la part de lion» des marchés mis en adjudication aux Pays-Bas passe par son organisation.

(22) La demande est constituée d'une multitude d'acheteurs publics et privés qui font appel soit par obligation légale, soit volontairement au système de l'adjudication (y compris la sollicitation d'offres successives dans le cadre de la procédure négociée) afin de faire jouer la concurrence entre les offrants présents sur le marché pour obtenir le prix le moins élevé possible ou l'offre économiquement la plus avantageuse pour les prestations requises, dont ils déterminent eux-mêmes les prescriptions et les conditions dans le descriptif des travaux et le cahier des charges.

L'offre qui répond à cette demande n'est constituée, à quelques exceptions près, que des constructeurs participant à la SPO.

(23) L'activité de la construction, telle que définie au considérant 6, recouvre en fait des activités de nature et de valeur très diverses et des entreprises de taille très variable. Pour des raisons tenant à ces caractéristiques particulières du secteur de la construction, il convient de tenir compte du fait que les travaux relativement simples et courants de valeur relativement faible (par exemple des maisons individuelles) constituent un autre marché géographique que celui des travaux lourds, complexes ou très spécialisés et de valeur relativement élevée. Le marché géographique sur lequel s'effectue la rencontre de l'offre et de la demande est plus limité pour les premiers qu'il ne l'est pour les seconds.

D. LE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME UPR

a) **Notification obligatoire de l'intention de soumettre un prix** (article 3 UPR)

(24) L'entreprise membre de l'organisation membre de la SPO doit notifier au bureau compétent de la SPO son intention de soumettre un prix en réponse à la demande d'un maître de l'ouvrage ou même de répondre à une demande de consultation concernant un marché ou encore de négocier pour réaliser un projet pour son propre compte et à ses propres risques. Cette obligation concerne aussi bien les adjudications publiques et privées et les appels de candidature que les marchés de gré à gré et de sous-traitance.

La notification doit contenir toutes les données et informations que le bureau juge utile et/ou qui sont nécessaires pour l'exécution des UPR. La même obligation incombe au constructeur qui, sans être membre de la SPO (et, donc, non lié par les UPR), est lié par le code d'honneur en raison de son adhésion à une association membre de l'association Algemeen Verbond Bouwbedrijf (ci-après «AVBB»).

Selon la réponse commune à la communication des griefs des destinataires de la présente décision, le nombre des entreprises relevant de cette catégorie est d'environ 2 000.

Sur demande, le bureau communique le nombre des autres entreprises qui ont également notifié leur intention de soumettre un prix pour le même marché et qui seront invitées à participer à la réunion dans le cadre de la SPO.

Ce système de notification obligatoire permet à la SPO, c'est-à-dire au bureau compétent, d'une part, de mettre en œuvre en temps utile la procédure de concertation et, d'autre part, de contrôler le respect des droits et des obligations découlant des réglementations. Le bureau est tenu d'organiser une réunion

des entreprises intéressées dès qu'il a reçu au moins deux notifications relatives à un même marché.

Les entreprises membres des associations membres de la SPO qui ont notifié sont tenues de participer à cette réunion. Sont exclues les entreprises non membres des associations membres de la SPO qui ont notifié et qui font l'objet d'une procédure disciplinaire pour «comportement inconséquent».

Il est interdit à l'entreprise qui a manqué à son obligation de participer à la réunion de soumettre un prix (article 4 UPR). L'entreprise qui a participé à la réunion est tenue de soumettre un prix, sauf en cas de retrait (article 15 des UPRR, article 17 des UPRO).

b) **Réunion des entrepreneurs** (articles 5 et suivants des UPR)

(25) La réunion, convoquée par le bureau, est présidée par un fonctionnaire de ce bureau. Le président vérifie si toutes les entreprises présentes ont signé la liste de présence ce qui équivaut pour eux à l'acceptation de se soumettre aux règles de l'organisation. L'entreprise qui ne l'a pas rempli est exclue de la réunion (article 5 des UPR).

Le président fait un compte rendu de la réunion, qui fait apparaître les décisions prises et les accords conclus au cours de cette réunion. En général, les entreprises participant à la réunion décident à la majorité simple.

(26) b) 1) *Accord sur le principe de la désignation d'un ayant droit* (article 6.1 des UPR)

Le président pose la question de principe de désignation d'un ayant droit, c'est-à-dire de l'entreprise qui aura seule le droit de négocier le marché après la soumission des prix. La décision est acquise à la majorité simple dont, pour l'UPRR, au moins dix entreprises s'il y a plus de dix entreprises, et à l'unanimité dans les autres cas. En pratique, il est établi qu'un ayant droit est désigné en règle générale dans le cas d'offres considérées comme comparables.

(27) b) 2) *Confrontation des éléments de coût des marchés* (article 6.3 UPRR, article 6.2 des UPRO)

Une fois acquise la décision de désigner un ayant droit, une discussion s'engage entre les participants pour établir sur base de quelles données techniques et économiques il convient de comparer les prix, un ayant droit ne pouvant être désigné que sur la base d'offres de prix comparables. Parmi ces données figurent les divers éléments du marché à prendre en considération, les contraintes spécifiques du cahier des charges, etc. C'est sur la base du résultat de cette discussion que chacun des participants à la réunion doit remplir le formulaire indiquant son chiffre blanc, qui représente «l'offre de prix envisagée par un entrepreneur».

(28) b) 3) *Remise des chiffres blancs* (article 6.4 et article 7 des UPR)

Les entreprises participant à la réunion doivent remettre au président le formulaire indiquant le chiffre blanc.

Le président prend connaissance de ces chiffres et donc du nom de l'entreprise ayant remis le chiffre blanc le moins élevé.

La réunion peut alors décider à la majorité prévue au considérant 26 b.1):

— soit de communiquer tous les chiffres blancs à tous les participants,

— soit de ne communiquer ces chiffres (ou seulement l'ordre de succession de ceux-ci et, le cas échéant, les noms des entreprises correspondantes) qu'au seul notifiant du chiffre blanc le plus bas,

— soit de ne laisser ces chiffres qu'à la seule connaissance du président (article 7 des UPR).

Le participant qui désire soumettre pour le même marché une offre de prix comportant une proposition alternative pour certains produits ou procédés de construction est tenu de communiquer le prix envisagé dans le même formulaire. Il est tenu de faire connaître son intention immédiatement après la remise des chiffres blancs sous peine de se voir interdire le soumission de cette offre de prix alternative. C'est la réunion qui décide de la suite à donner à cette intention.

Il faut noter que la remise des chiffres blancs n'est pas réservée aux seuls cas où les offres sont considérées comme comparables. Dans tous les cas (y compris les cas d'offres non comparables), les chiffres blancs font partie des éléments qui servent à établir le montant de l'indemnisation pour frais de calcul.

(29) b) 4) *Possibilité de retrait* (article 10 des UPR)

Chaque entreprise participant à la réunion après avoir pris connaissance des chiffres blancs de ses concurrents a le droit de ne pas maintenir sa proposition. Selon l'UPRR, cette entreprise peut alors soit se retirer du marché concerné, c'est-à-dire décider de ne pas soumettre un prix, soit soumettre un prix plus élevé que le prix de ses concurrents. Au cas où elle a présenté le chiffre blanc le plus bas, il lui est interdit de participer, de quelque manière que ce soit, à la réalisation du projet de construction

envisagé. L'UPRO, dans ce cas, prévoit, en plus, une sanction pécuniaire de 25 000 florins néerlandais au maximum.

(30) b) 5) *La préférence* (article 11 des UPR)

Chaque participant à la réunion, avant de prendre connaissance des chiffres blancs de ses concurrents, a le droit de demander la préférence. Si la réunion décide, à l'unanimité, d'accorder la préférence au demandeur, l'entreprise concernée soumettra le prix le plus bas, ce prix étant celui qui aurait été fixé pour l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas.

En fixant les chiffres d'inscription à soumettre pour les autres participants, l'ordre de succession des chiffres blancs est maintenu. Pour l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas, un chiffre d'inscription est fixé qui tient compte de la préférence accordée à un autre participant.

La réunion peut subordonner l'octroi de la préférence à des conditions qui toutefois ne peuvent jamais porter sur une compensation financière à charge du participant qui obtient la préférence et au profit des autres participants.

Il ressort des investigations menées par la Commission que le nombre des cas où la réunion a accordé la préférence est faible.

(31) b) 6) *Les augmentations de prix* (articles 12, 13 et 14 des UPRR; articles 12, 15 et 16 des UPRO)

Les prix d'offre définitifs des entreprises intéressées résultent d'une modification concertée des chiffres blancs par addition de certaines majorations de prix. Ces majorations concernent une indemnisation pour frais de calcul des devis de travaux et une contribution aux frais de fonctionnement des organisations professionnelles. Il est à noter que la réunion peut décider d'augmenter les chiffres blancs de ces majorations, indépendamment de sa décision en ce qui concerne la désignation d'un ayant droit.

(32) b) 6) i) Les indemnisations pour frais de calcul (article 12 des UPR)

Le montant de l'indemnisation pour frais de calcul — somme ou pourcentage égal pour chaque participant — est établi lors de la réunion. Le maximum de ce montant figure dans la liste des barèmes annexée aux UPR en valeur ou en pourcentage maximal et dépend du secteur de construction, de la valeur du marché, ainsi que de la nature — standard ou non — du cahier des charges. Dans le secteur de la construction des bâtiments, le maximum dépend aussi de la nature — résidentielle ou non résidentielle — des bâtiments et de la nature — entretien, reconstruction, construction, etc. — des travaux à effectuer.

La valeur du marché concerné est calculée sur la base de la moyenne des chiffres blancs que les entreprises ont présentés, pondérée en raison du nombre des participants et des écarts entre les chiffres blancs. Ces chiffres blancs sont augmentés, le cas échéant, du montant représentant la valeur des matériaux à délivrer et les travaux à exécuter par le maître de l'ouvrage lui-même ou par des tiers. La valeur de ces matériaux et travaux est établie par le président de la réunion, après consultation des entreprises participantes; la valeur maximale à ajouter à la moyenne des chiffres blancs est égale au chiffre blanc le plus bas quand il s'agit des matériaux à utiliser par l'entreprise soumissionnaire, et égale à 25 % de la valeur réelle estimée dans les autres cas, où les conditions complémentaires concernant la simultanéité de tous les travaux sont remplies.

En cas d'absence des données nécessaires pour établir la moyenne des chiffres blancs, l'indemnisation pour frais de calcul est calculée sur la base de la valeur estimée du marché concerné ou sous forme d'un pourcentage de l'offre de prix le plus bas.

Le montant de l'indemnisation pour frais de calcul de chaque entreprise participant à la réunion ainsi établi est multiplié par le nombre de ces entreprises. Le facteur de multiplication est de 20 au maximum au cas où l'adjudicateur a lancé soit un appel public de candidature, soit un appel d'offre public, sans limitation du nombre d'entreprises. Le même plafonnement est prévu s'il s'agit d'une adjudication pour le compte de l'OTAN à laquelle participent des entreprises étrangères, à condition que ces entreprises participent aussi à la réunion au sein de la SPO.

Dans le cas où, dans le cadre de la réalisation de l'ouvrage, d'autres entreprises ont déjà soumis leur prix, il faut ajouter, en plus, le montant total de l'indemnisation pour frais de calcul fixé pour ces soumissionnaires ou celui encore à fixer.

(33) Dans le système UPRR, sauf décision contraire expresse de la réunion, l'augmentation des chiffres blancs au titre d'indemnisation pour frais de calcul atteint toujours le maximum prévu.

Cependant, à la majorité prévue au considérant 26 b) 1), la réunion peut décider avant la remise des chiffres blancs:

— de renoncer à toute augmentation,

— d'augmenter les chiffres blancs d'un montant plus bas que le montant maximal permis,

— de laisser à l'entreprise, qui a présenté le chiffre le plus bas, ou à la suivante la décision quant à cette augmentation.

Dans le système de l'UPRO, c'est, en principe, l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas qui décide cette augmentation. La décision de renoncer à toute augmentation au titre de l'indemnisation pour frais de calcul doit être prise par la réunion avant la remise des chiffres blancs.

(34) b) 6) ii) Contribution aux frais de fonctionnement des organisations professionnelles (article 14 des UPRR, article 16 des UPRO)

Les UPR prévoient d'augmenter, également, les chiffres blancs d'un montant de 1,5 % au maximum du chiffre blanc le plus bas pour couvrir:

— les frais du bureau concerné (0,4 %),

— la contribution à la SPO (0,1 %),

— la contribution à une organisation professionnelle (0,3 %) agréée par la AVBB ou la SPO,

— la contribution à des fins d'intérêt général dans le secteur de la construction (0,7 %).

(35) La contribution à des fins d'intérêt général dans le secteur de la construction est versée, par le bureau, pour un quart à une fondation nationale, pour trois quarts à une fondation régionale/sectorielle (huit fondations régionales/sectorielles, une pour chaque bureau).

Ces neuf fondations ont été créées et sont dirigées en commun par l'AVBB et la SPO. Les huit fondations régionales sectorielles sont contrôlées par une commission permanente dans laquelle coopèrent ces deux associations *(Commissie Aanbestedingswezen en Prijsvorming)*. Les fins d'intérêt général concernent la formation du personnel, les mesures de sécurité, la recherche et le développement, etc.

La contribution à une organisation professionnelle peut être destinée à diverses organisations telles que les organisations membres de la SPO et de l'AVBB.

(36) L'augmentation des chiffres blancs au titre de contribution aux frais du bureau concerné et à la SPO est prévue, dans les UPR, comme règle générale. Les autres contributions sont à décider par l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas. L'augmentation à titre de contribution à des fins d'intérêt général dans le secteur de la construction n'est permise qu'au cas où le montant maximal d'indemnisation pour frais de calcul a été ajouté aux chiffres blancs.

(37) Il résulte de l'examen des réponses aux demandes de renseignements ainsi que des documents recueillis lors des vérifications que le montant total des augmentations mentionnées au considérant 36 peut atteindre, dans ces cas extrêmes, près de 20 % du prix soumissionné le plus bas. Selon les destinataires de la présente décision, dans leur réponse commune à la communication des griefs, pour la période 1987/1988, le montant total de ces augmentations représente, en moyenne, 3,1 % du prix soumissionné le plus bas.

(38) b) 7) *Fixation concertée des prix définitifs à soumettre* (article 15 des UPRR, article 17 des UPRO)

Après la comparaison des prix et l'établissement des montants d'augmentations repris aux considérants 31 à 37, les prix définitifs à soumettre au maître de l'ouvrage sont fixés pour chacun des participants. L'ordre de succession de ces prix définitifs doit correspondre à celui des chiffres blancs.

La fixation des prix définitifs s'effectue en majorant chaque chiffre blanc du total des montants des augmentations, étant entendu néanmoins que les chiffres blancs de tous les participants, à l'exclusion des entreprises qui ont présenté le chiffre blanc le plus bas et le chiffre blanc suivant, ne doivent être majorés que d'un montant tel que l'ordre de succession des chiffres blancs reste maintenu.

Cependant, avec l'accord de l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas et le suivant, les offres de prix définitifs des entreprises autres que celle qui a présenté le chiffre blanc le plus bas peuvent être diminuées à condition de ne pas remettre en cause l'ordre de succession des chiffres blancs, de telle sorte que les écarts de prix entre ces offres de prix adressées au maître de l'ouvrage n'apparaissent pas excessifs.

Au cas où la réunion a accordé la préférence à un des participants, les offres de prix définitifs peuvent être augmentées, par le président, après consultation de l'entreprise ayant obtenu la préférence et de l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas, de telle sorte que les écarts de prix entre ces offres de prix adressées au maître de l'ouvrage assurent une position préférentielle à l'entreprise désignée d'un commun accord.

Par ailleurs, il ressort des investigations que la fixation des prix ne se limite pas au prix de l'ensemble du marché concerné. Sont aussi fixés, le cas échéant, en tenant compte de l'ordre de succession des chiffres blancs, les prix relatifs à des parties déterminées du marché, ainsi que les prix par unité. En outre, la réunion décide, le cas échéant, sur d'autres conditions de la transaction que le prix et les éléments constitutifs de celui-ci.

Il est interdit de soumettre au maître de l'ouvrage un prix différent de celui établi selon la procédure décrite ci-dessus.

c) **Protection de l'ayant droit** (article 28 des UPRR, article 30 des UPRO j° article 5 du code d'honneur)

(39) Sauf dans le cas des offres de prix non simultanées, l'entreprise dite «ayant droit» est l'entreprise désignée comme telle par la réunion ou, le cas échéant, par le bureau, après la soumission. En principe, cette entreprise est celle dont le chiffre blanc apparaît comme le moins disant, sauf rétractation de celui-ci ou mise en œuvre des règles de préférence (voir considérants 29 et 30).

L'ayant droit est protégé de toute concurrence actuelle ou ultérieure des autres constructeurs participant à la SPO dans la mesure où il aura, lors de la soumission officielle, seul le droit de négocier avec le maître de l'ouvrage du marché concerné.

(40) En effet, les autres offrants se voient interdire le droit d'avoir un contact avec le maître de l'ouvrage pour négocier le prix des prestations ou les éléments du marché en cause (article 28 des UPRR et article 30 des UPRO j° article 5 (2) du code d'honneur). Ils ne peuvent donc obtenir le marché qu'en l'acceptant aux prix qu'ils ont soumissionné et conformément au cahier des charges.

(41) Dans le cas d'offres de prix non simultanées, la protection de l'ayant droit couvre aussi les offres de prix ultérieures (article 28 des UPRR, article 30 des UPRO et règlement concernant les offres de prix non simultanées j° article 5(3) du code d'honneur). Il est interdit aux entreprises qui ont été sollicitées ultérieurement par un maître de l'ouvrage de soumissionner un prix sans le consentement de l'ayant droit ou, en cas de réfus, d'une commission *ad hoc* désignée par le bureau concerné. En principe, cette protection a pour objet d'interdire toute offre ultérieure d'un prix qui est inférieur au prix soumis par l'ayant droit. Néanmoins, un écart considérable vers le bas du prix envisagé de l'offre ultérieure par rapport au prix soumis par l'ayant droit rend possible une décision positive de la commission *ad hoc*. Cette protection de l'ayant droit a une durée de deux ou cinq ans (selon la valeur du marché concerné).

d) **Reversement des montants d'augmentation de prix** (article 16 à 18 des UPRR; article 13 et 18 à 20 des UPRO)

(42) En général les montants relatifs à l'indemnisation pour frais de calcul et ceux relatifs aux contributions professionnelles sont additionnés de manière uniforme à toutes les offres de prix. Le coût en est supporté intégralement par le maître de l'ouvrage dans le prix total de l'ouvrage payé au constructeur adjudicataire.

Ces montants sont ensuite restitués partiellement par l'entreprise adjudicataire au bureau de la SPO, généralement par versement en compte courant.

Le bureau de la SPO procède ensuite au reversement de ces sommes de la manière indiquée ci-après.

(43) d) 1) *Système de l'UPRR* (adjudication restreinte)

Le bureau effectue les reversements pour chaque marché. Au moment où commence la réalisation des travaux, il adresse à l'adjudicataire une facture portant sur le total des frais de calcul et de contributions professionnelles accordé et/ou décidé lors de la réunion, diminué:

— du montant de sa propre indemnisation pour frais de calcul,

— d'un escompte de 10 % pour règlement dans les délais impartis. (Cet escompte est de 15 % pour le versement de la contribution destinée aux frais d'intérêt général dans le secteur de la construction dans les délais impartis.)

Le montant perçu par le bureau correspondant aux seuls frais de calcul est alors réparti comme suit:

— 3 % pour un compte «fonds de Garantie» destiné, entre autres, à indemniser les participants à une réunion évincés par un *outsider* éventuel. Le montant de cette indemnisation se limite à 30 % des indemnisations pour frais de calcul, telles qu'elles ont été décidées au cours de la réunion, et est plafonné à 5 000 florins néerlandais,

— le reste est partagé à parts égales entre les autres soumissionnaires.

Le montant perçu par le bureau au titre des contributions professionnelles est reversé aux destinataires mentionnés aux considérants 34 et 35.

(44) d) 2) *Système de l'UPRO* (adjudication ouverte)

Dans le système de l'UPRO, le versement des indemnisations pour frais de calcul s'effectue par année civile de la manière qui suit.

Les entreprises qui ont obtenu les marchés mis en adjudication selon la procédure ouverte paient les montants dus au compte «caisse de calcul» tenu par le bureau concerné. Elles obtiennent des points selon les modalités indiquées dans les tableaux figurant à l'annexe III des UPR, le nombre des points à obtenir étant fixé sur la base de la valeur du marché concerné.

Le bureau paie par un prélèvement sur la caisse de calcul, un montant de 2 500 florins néerlandais au maximum, par année, à chaque entreprise qui a participé à une ou plusieurs réunions organisées dans le cadre de l'UPRO, et à la condition qu'elle ait obtenu un ou plusieurs marchés visés dans les deux UPR, dont la valeur est au moins égale à la valeur totale du/des marché(s) qui a/ont fait l'objet de la/des réunion(s) concernée(s).

(45) Par ailleurs le bureau paye le montant total de l'indemnisation pour frais de calcul de l'entreprise qui a présenté le chiffre blanc le plus bas lors d'une réunion concernant un marché visé par l'UPRO, lorsqu'un *outsider* a obtenu ce marché et à condition que le chiffre blanc de l'entrepreneur concerné soit inférieur au prix soumissionné par l'*outsider*.

(46) Enfin, le solde de la caisse de calcul qui reste après déduction des montants visés au considérant 45 est versé aux participants qui, en conformité avec les dispositions de l'UPRO, ont obtenu, au cours de l'année, les marchés concernés.

Le montant dû à chacun d'entre eux est établi sur la base des points attribués au cours de l'année. En ce qui concerne le paiement et le reversement des montants au titre des contributions professionnelles, il n'y a aucune différence entre l'UPRR et l'UPRO.

e) Le contrôle du respect des obligations découlant des UPR

(47) L'infraction aux dispositions des UPR constitue une infraction au code d'honneur (article 29 des UPRR et article 31 de UPRO j° article 9 du code d'honneur), dont l'assemblée générale de la SPO a adopté le texte le 3 juin 1980. Les sanctions prévues par le code d'honneur vont du blâme à l'amende pouvant atteindre 100 000 florins néerlandais, ce montant pouvant être porté à 15 % du montant estimé de la construction en cause.

(48) L'infraction au code d'honneur est instruite par la Stichting Berechtingsinstituut Erecode Bouwbedrijf, dont une commission disciplinaire rend une décision susceptible d'appel devant un collège d'appel. Les règles de procédure sont contenues dans le *Berechtingsreglement Erecode Bouwbedrijf*.

Peuvent notamment porter plainte auprès de la commission disciplinaire les entreprises liées par le code d'honneur, la SPO et ses associations membres. Les bureaux visés au considérant 9 sont mandatés, cas par cas, par ces associations membres pour porter plainte en leur nom.

f) Comportement de la SPO à l'égard des constructeurs non associés

(49) Les UPR organisent, pour les entrepreneurs liés par ceux-ci, un système d'échanges d'informations permettant aux participants de répondre efficacement ou de faire échec à une pression éventuelle de la concurrence extérieure.

(50) a) Lors de la réunion, les entreprises participantes disposent d'informations communiquées soit par le bureau, soit par l'un ou plusieurs d'entre eux.

D'une part, il s'agit des informations communiquées dans le cadre de l'application du code d'honneur. Ce code prévoit en effet, de même que les UPR, l'obligation de notifier, au bureau de la SPO, l'intention de soumettre un prix. En revanche, le code ne prévoit pas l'obligation de participer à une réunion, au sein de la SPO, préalablement à l'adjudication (sauf dans le cas d'offres de prix non simultanées).

Le code d'honneur ne lie pas seulement les entreprises membres de la SPO, mais aussi des entreprises qui, sans adhérer à une association membre de la SPO, adhèrent à une association membre de l'AVBB.

Ainsi, la participation éventuelle à un marché déterminé d'une entreprise, qui n'est liée que par le code d'honneur et qui ne souhaite pas participer à la réunion, est connue par sa notification au bureau. Cependant, dans le cas d'offres de prix non simultanées, cette même entreprise est tenue de participer à la réunion de la SPO.

D'autre part, il s'agit des informations que les entreprises liées par les UPR ont obtenues elles-mêmes et communiquent ensuite au bureau, lors de la notification, ou aux concurrents participants lors de la réunion. Les renseignements recueillis au cours des investigations font apparaître que, dans un certain nombre de cas concrets, une entreprise membre ou le bureau de la SPO a essayé d'obtenir d'un concurrent extérieur son adhésion aux UPR. En outre, les comptes rendus des réunions montrent que, dans de nombreux cas, les entreprises désireuses de ne pas participer à une adjudication de marché selon la procédure ouverte communiquent leur «non-participation» à la SPO.

(51) b) Sur la base de ces échanges d'informations, les UPR organisent une protection flexible et efficace à l'égard des risques d'une concurrence extérieure à l'organisation SPO. Cette protection peut consister en une renonciation à désigner un ayant droit au sein de l'organisation SPO et/ou en une limitation, voire même une renonciation, à toute majoration des chiffres blancs.

En outre, les participants sont amenés à prendre en considération ces risques d'une concurrence extérieure en établissant leur chiffre blanc.

L'enquête menée dans cette affaire, et notamment l'analyse des réponses aux questions C.1(d) et (e) des demandes de renseignements du 14 novembre 1988 adressées aux bureaux, a permis d'établir qu'un tel comportement avait effectivement abouti à faire échec aux offres des *outsiders* dans au moins 80 % des cas (ce pourcentage diffère selon les secteurs).

g) Le règlement concernant les offres de prix non simultanées

(52) Comme il est indiqué au considérant 41, la protection de l'ayant droit couvre aussi les offres de prix ultérieures, pour une période de deux ou de cinq ans selon la valeur du marché. Dans ce cas, la qualité de l'ayant droit ne résulte pas nécessairement d'une réunion ou d'une décision du bureau (*cf.* le considérant 39). Cette qualité peut être la conséquence du fait que l'entreprise — liée par les UPR ou liée seulement par le code d'honneur — , après avoir communiqué son intention de soumettre un prix et au moment de soumettre son prix, n'a pas eu connaissance d'offres concurrentes.

(53) Dans ce cas, la réunion organisée par le bureau compétent sert à mettre en œuvre la procédure du consentement et à fixer, le cas échéant, les augmentations des prix ainsi que ces prix mêmes. Si les différences entre les caractéristiques du marché, telles que définies et prescrites par le demandeur, empêchent de comparer ou de rendre comparable l'offre de prix originale (de l'ayant droit) et les offres de prix ultérieures, la soumission de ces prix reste interdite. Dans la mesure où ces offres de prix sont comparables, ou ont été rendues comparables, la soumission des offres ultérieures nécessite le consentement exprès de l'ayant droit qui reste toujours libre de sa décision. Cependant, la non-participation de l'ayant droit à la réunion ou sa renonciation expresse aux droits et obligations découlant des UPR sont considérées comme constituant le consentement implicite à une offre ultérieure d'un autre constructeur. Selon les destinataires de la présente décision, dans leur réponse commune à la communication des griefs, l'application de ce règlement n'a abouti que dans 10,5 % des cas à la protection du premier offrant contre les offres ultérieures de prix plus bas.

(54) L'obligation de participer à la réunion mentionnée au considérant 53 incombe à l'entreprise liée par les UPR, de même qu'à l'entreprise qui n'est liée que par le code d'honneur. Mais cette dernière n'est pas nécessairement informée des règles de procédure des UPR auxquelles le code d'honneur ne fait qu'une référence générale.

h) Le règlement concernant les offres de prix dans le contexte de la sous-traitance

(55) Dans le cas où les entreprises générales participant à une adjudication, à leur tour, mettent en adjudication certaines parties du marché, ce règlement est applicable dans la mesure où les entreprises de sous-traitance invitées sont liées par les UPR, et à condition que ces entreprises de sous-traitance soumissionnent leurs prix avant la soumission du prix par l'entreprise générale.

Dans le cas où l'entreprise générale sollicite des offres de prix après qu'elle a elle-même soumissionné son propre prix, les UPR et le règlement concernant les offres de prix non simultanées sont pleinement applicables.

(56) Les entreprises de sous-traitance sont obligées de communiquer au bureau compétent leur intention de soumettre un prix ainsi que le prix offert. Le bureau n'organise une réunion de ces entreprises qu'après avoir pris connaissance du résultat de l'adjudication à laquelle participent les entreprises générales. Ne sont invitées à participer à cette réunion que les entreprises de sous-traitance qui ont soumis un prix à l'entreprise générale qui a obtenu le marché.

Au cours de cette réunion, l'ayant droit est désigné sur la base des offres de prix — si elles sont comparables — communiquées au bureau.

(57) L'offre de prix d'une entreprise de sous-traitance doit comprendre un montant égal à 3 % de l'offre pour couvrir les augmentations mentionnées aux considérants 31 à 37.

Si cette entreprise obtient le marché de sous-traitance et s'il apparaît qu'elle est la seule à être invitée par l'entreprise générale concernée, elle doit verser au bureau un montant égal à 0,5 % de son offre de prix, couvrant les frais du bureau (0,4 %) et la contribution à la SPO (0,1 %). Si, en revanche, cette entreprise obtient le marché en concurrence avec d'autres sous-traitants invités par l'entreprise générale concernée, elle doit verser, en plus, un montant égal à 2,5 % au maximum de son offre de prix, couvrant l'indemnisation des frais de calcul des entreprises participantes.

(58) Il résulte en fait de ce règlement que l'entreprise de sous-traitance sollicitée sur une base de gré à gré doit augmenter son offre de manière systématique de 3 % afin d'être en mesure, le moment venu, si l'entreprise générale décide de procéder à d'autres consultations, d'effectuer le reversement prévu. De même, il résulte de ce règlement que l'indemnisation des frais de calcul ne s'applique qu'aux entreprises de sous-traitance qui ont soumis leurs prix à l'entreprise générale adjudicataire du marché.

(59) Il ressort des investigations menées par la Commission que la SPO, dans le secteur du marquage — secteur caractéristique du marché de sous-traitance — a suspendu, pour la période du 1er août 1988 au 1er août 1989, le règlement concernant les offres de prix de sous-traitance et décidé d'appliquer l'UPRR.

i) **Traitement des marchés de gré à gré** (offres de prix uniques) (article 16.1.d des UPRR)

(60) En principe, les marchés de gré à gré ne font pas l'objet de concertation au sein de la SPO. Néanmoins, tout constructeur adhérant aux UPR qui est consulté par un maître de l'ouvrage sur une base de gré à gré doit notifier au bureau de la SPO son intention de répondre à la consultation et de soumettre un prix. Si le maître de l'ouvrage ne consulte ultérieurement aucun autre constructeur, le marché est considéré comme étant réellement de gré à gré par la SPO et ne fait l'objet d'aucune autre modalité particulière. Si, en revanche, le maître de l'ouvrage consulte ultérieurement un ou plusieurs autres constructeurs, la SPO met en œuvre le règlement annexe des UPR concernant les offres de prix non simultanées.

Dans l'hypothèse où ce règlement ne peut plus être appliqué parce que le marché a déjà été conclu, les UPR prévoient l'imposition au constructeur du paiement d'un montant égal à 3 % au maximum de la valeur du marché obtenu, au titre des augmentations de prix prévues par la réglementation (article 16.1.d des UPRR).

(61) Il en résulte que, en toute hypothèse, un constructeur sollicité sur une base de gré à gré doit augmenter son offre de manière systématique de 3 % afin d'être en mesure, le moment venu, si le maître de l'ouvrage décide de procéder à d'autres consultations, d'effectuer le reversement prévu par la réglementation.

E. LA SITUATION ANTÉRIEURE AU 1er AVRIL 1987

(62) Avant le 1er avril 1987, date de la mise en vigueur des UPR actuels, les associations membres de la SPO appliquaient elles-mêmes leurs propres réglementations de régularisation des prix. L'exécution de ces règlements était assurée, directement ou indirectement, par l'association membre.

Les UPR adoptées par la SPO le 9 octobre 1986, et mis en vigueur à compter du 1er avril 1987, apparaissent bien comme la continuation d'ententes de même nature conclues au sein de vingt-neuf associations sectorielles et nationales ou régionales de constructeurs ayant adopté chacune pour ce qui la concerne sa propre réglementation dite de régularisation des prix. Les structures et le contenu de ces différentes réglementations ont été uniformisés et approuvés par la SPO depuis 1973.

Cependant ces règlements antérieurs aux UPR actuellement en vigueur différaient de ceux-ci par certains aspects essentiels dont les plus importants sont repris ci-dessous.

(63) a) Les règlements antérieurs prévoyaient une procédure dite de «contre-notification».

Le bureau communiquait à l'entreprise notifiante les noms des autres entreprises qui avaient notifié la même intention de soumettre un prix. Les UPR actuellement en vigueur interdisent, d'une manière expresse, cette communication. Néanmoins, le bureau communique, sur demande, le nombre des autres entreprises intéressées qui seront invitées à participer à la réunion.

(64) b) Les règlements antérieurs prévoyaient la possibilité d'«améliorer» et de «corriger» les prix. L'amélioration du prix concernait l'augmentation du chiffre blanc le plus bas sur la base d'un calcul très détaillé et complexe. La correction du prix concernait l'augmentation de tous les chiffres blancs avec pour but de maintenir «un niveau raisonnable des prix». Le montant de cette augmentation était destiné à des fins d'intérêt général du secteur de la construction.

Les UPR actuellement en vigueur ne prévoient plus la possibilité de l'amélioration des prix. La correction des prix — en tant que source de financement — est remplacée par le système des contributions professionnelles.

(65) c) Le mécanisme de la préférence, prévu dans ces règlements antérieurs, aboutissait à une augmentation des prix de tous les participants. C'est le chiffre blanc présenté par l'entreprise ayant la préférence qui était à la base d'un calcul détaillé et complexe pour établir un chiffre blanc modifié. Ce chiffre blanc modifié étant considéré comme le chiffre blanc le plus bas, les chiffres blancs initiaux des autres entreprises devaient être augmentés de manière identique.

F. LES MESURES ET LES PRATIQUES ADMINISTRATIVES ÉTATIQUES

(66) L'arrêté royal du 29 décembre 1986, pris en application de l'article 10 de la loi sur la concurrence économique, mis en vigueur le 1er avril 1987 pour une période de cinq ans et publié au Journal officiel néerlandais n° 676 du 30 décembre 1986, a notamment pour objet de limiter ou d'interdire certaines dispositions des réglementations antérieures, considérées comme restrictives de concurrence. Mais l'arrêté royal laisse intact l'essentiel des dispositions de ces réglementations, telles que reprises dans les UPR actuellement en vigueur.

(67) L'arrêté ministériel du 2 juin 1986 (*Staatscourant* n° 118 du 24 juin 1986) édicte l'*Uniform Aanbestedingsreglement* — ci-après: «UAR» — mis en vigueur le 1er novembre 1986 et remplaçant un règlement antérieur du 21 décembre 1971. Il a pour objet de fixer les procédures à suivre par les pouvoirs adjudicateurs publics dans la passation des marchés.

L'article 3 de l'UAR dispose ce qui suit:

«L'adjudicateur n'a pas le droit de demander à un soumissionnaire ou un candidat intéressé que celui-ci

— renonce à entraver l'adjudicateur dans ses tentatives de conclusion d'un accord avec des tiers pour l'exécution des travaux,

— ne cherche pas à influencer les offres de prix des tiers,

— ne fasse pas obstruction à l'exécution des travaux.»

Aux termes de la note explicative de cet arrêté ministériel, ces dispositions visent à interdire aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger des soumissionnaires qu'ils renoncent à la mise en œuvre des droits et obligations découlant des engagements pris dans le cadre d'une organisation pour la régularisation des prix.

(68) L'UAR n'étant obligatoire que pour l'État en sa qualité de pouvoir adjudicateur (*cf.* l'arrêté royal du 6 avril 1973 modifié par l'arrêté royal du 7 avril 1987), d'autres pouvoirs adjudicateurs publics et privés, et notamment les collectivités territoriales ainsi que les organisations qui s'occupent du logement social, sont invités, voire incités, à en respecter les dispositions. Ainsi, en réponse à cette invitation, l'association des communes néerlandaises, sur la base d'un accord qu'elle a conclu, en avril 1988, avec la SPO, a recommandé à ses membres, c'est-à-dire toutes les communes aux Pays-Bas, d'appliquer intégralement l'UAR.

Selon la SPO, l'UAR est généralement appliqué sur une base volontaire par les autorités publiques territoriales et décentralisées aux Pays-Bas.

(69) Les mesures et pratiques administratives décrites aux considérants 66 à 68 ne sont mentionnées dans la présente décision que pour information et font l'objet d'une procédure d'infraction distincte au titre de l'article 169.

II. APPRÉCIATION JURIDIQUE

Chapitre I

Article 85 paragraphe 1

(70) L'article 85 dispose que sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

L'accord et les décisions décrits aux considérants 3 à 17 et 24 à 65 tombent sous l'interdiction prévue à l'article 85 paragraphe 1 dans la mesure où ils visent à organiser le marché de l'offre et modifier les conditions des transactions commerciales sur des bases qui ne résultent pas du libre jeu de la concurrence.

I. LE MARCHÉ DE LA CONSTRUCTION

(71) Selon la SPO, le marché de la construction serait différent des autres marchés de biens et services en raison notamment du caractère immobilier du produit:

— il n'y a qu'un seul acheteur pour chaque produit de la construction (le maître de l'ouvrage) qui fixe les conditions auxquelles doit satisfaire le produit, sa forme, son contenu, la qualité et le délai de la livraison, ce qui donne un type de marché partiel avec un seul demandeur,

— la construction ne peut conduire à la constitution de stocks, chaque produit étant unique et devant être réalisé en un lieu déterminé.

La SPO affirme également que le côté «offre» sur le marché se trouverait structurellement dans une position faible vis-à-vis du côté «demande», ce qui aurait pour conséquence une concurrence de prix ruineuse entre les constructeurs. Les réglementations privées faisant l'objet de cette procédure auraient comme fonction principale de garantir une formation de prix équilibrée et économiquement saine et d'éviter des perturbations graves de l'offre sur la marché.

La Commission ne peut cependant accepter que les caractéristiques de l'industrie de la construction puissent avoir pour effet d'exclure ce secteur de l'application des règles de concurrence du traité.

(72) Selon la SPO, la première caractéristique de ce secteur est le caractère complexe et hautement spécialisé du produit qui constitue une charge particulière pour le constructeur parce que chaque travail est d'une certaine manière différent, voire unique, en fonction de sa nature (immeuble d'habitation ou professionnel, routes, ponts, etc.), des conditions physiques et géographiques (la situation du chantier, la nature du sol, etc.) et les conditions prescrites par l'acheteur (descriptif des travaux et cahier des charges). Si son offre n'est pas acceptée, le constructeur ne peut la présenter plus tard à un autre acheteur.

La Commission note cependant que la plupart des services professionnels ont, en principe, un caractère hautement individualisé. De plus, les constructeurs ont tendance à se spécialiser dans certains domaines. Dans chaque domaine, les travaux sont souvent de nature semblable sinon identique, alors que l'évolution des méthodes de construction montre un degré

progressif de standardisation. S'il s'agit au surplus d'un acheteur régulier de travaux, les constructeurs savent souvent à quelle sorte de conditions et de spécificités ils peuvent s'attendre. Pour ces raisons, un constructeur qui s'est vu refuser une offre pourra normalement utiliser le savoir-faire qu'il y a investi et acquis lors de la préparation d'une offre ultérieure.

(73) Selon la SPO, la deuxième caractéristique a trait à l'adjudication en tant que méthode appliquée pour obtenir la meilleure offre: il n'y a qu'un seul demandeur pour chaque produit (le maître de l'ouvrage), tandis qu'il y a une multitude de soumissionnaires (un nombre indéterminé en cas de procédure ouverte et un nombre déterminé par le maître de l'ouvrage en cas de procédure restreinte). Afin d'obtenir le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse, le maître de l'ouvrage peut opposer les offres des soumissionnaires les unes aux autres. En revanche, l'offrant est lié par le prix qu'il a soumissionné.

Pour la Commission, la thèse du SPO, selon laquelle chaque projet de construction constituerait un marché partiel, ne pourrait avoir pour conséquence l'absence d'un marché de la construction comprenant tous les ouvrages.

En effet, la mise en adjudication des marchés de travaux est un processus presque continu. Beaucoup de constructeurs, lorsqu'ils estiment avoir suffisamment de travail à court et à moyen terme, sont tentés de s'abstenir de soumissionner (dans une procédure ouverte) ou feront moins d'efforts pour offrir le prix le plus bas (dans une procédure restreinte). En d'autres termes, les marchés constituent pour les constructeurs des alternatives globalement équivalentes, ce qui démontre bien l'existence d'un marché de la construction en tant que tel. Plusieurs constructeurs, notamment les plus grandes entreprises, disposent pour toutes les grandes catégories de travaux de connaissances et savoir-faire à peu près identiques, de matériel et machines adaptés, de personnel qualifié, etc. Au surplus, la plupart de ces offrants — et notamment les constructeurs spécialisés ou d'une grande taille — n'ont pas une attitude passive à l'égard du marché; ils mènent une politique de promotion active pour s'assurer dans la mesure du possible d'une quantité de travail suffisante et régulière.

La Commission n'accepte pas non plus l'argument de la SPO selon lequel l'adjudication serait de nature à «institutionnaliser» la dominance du côté de la demande du marché par rapport au côté de l'offre et, en conséquence, de provoquer un déséquilibre structurel sur le marché. En effet, tant le côté de la demande que le côté de l'offre regroupent des catégories de personnes et d'entreprises très hétérogènes. Dans de nombreux cas, surtout lorsque l'adjudicateur est une personne privée ou une petite entreprise, les connaissances et l'expérience des offrants invités l'emporteront sur celles du demandeur. Dans d'autres cas, surtout lorsque le pouvoir adjudicateur est une entreprise ou un organisme mettant beaucoup de marchés en adjudication, ce seront en général aussi des entreprises de grande taille (ou des combinaisons d'entreprises) qui feront une offre de prix.

De plus, l'affirmation de la SPO selon laquelle la technique de l'adjudication conduirait à des prix artificiellement bas n'est pas acceptable non plus. Loin d'être unique pour le secteur de la construction, l'adjudication a pour effet de permettre une comparaison d'offres de prix. Un système d'ajudications est le lieu par excellence où le jeu de la concurrence doit pouvoir jouer [1]. Cela est d'autant plus vrai pour les marchés publics: la directive 71/305/CEE du Conseil [2] prévoit des obligations procédurales pour les pouvoirs adjudicateurs publics visant à créer une plus grande transparence en ce qui concerne les marchés mis en adjudication en mettant toutes les entreprises intéressées à même d'y répondre dans des conditions comparables. L'égalité des chances ainsi créée pour les offrants ne doit pas être faussée par un système de concertation entre eux prévoyant, de manière systématique, des réunions préalables à la soumission des offres de prix. Un tel système met en cause l'instrument de l'adjudication en tant que tel.

Finalement, la Commission ne saurait accepter l'affirmation selon laquelle une adjudication donnerait lieu à une concurrence ruineuse. Tout d'abord, il n'existe pas un prix déterminé qui seul est «le» prix économiquement sain dans un cas concret: un prix qui permet à une entreprise de couvrir ses coûts et de réaliser une marge bénéficiaire est un prix équitable pour elle, alors que ce même prix pourrait entraîner une perte pour une autre entreprise qui aurait des coûts plus élevés.

Deuxièmement, même s'il n'est pas exclu que, notamment dans des périodes de basse conjoncture, certains constructeurs ne sont pas en mesure de réaliser le travail au prix qu'ils ont offert, ce risque, qui existe également dans le secteur des produits industriels en cas de vente à perte, ne peut justifier la mise en œuvre d'un mécanisme de concertation entre constructeurs. Il appartient au maître de l'ouvrage soit de négocier au maximum le prix pour obtenir le prix le plus bas, soit d'accepter un prix plus élevé tout en s'assurant que l'offre est la plus avantageuse du point de vue des éléments constitutifs autres que le prix, par exemple la qualité, le délai de livraison, etc., tout cela dans la mesure où les réglementations publiques en matière d'adjudications, lorsqu'elles sont applicables, lui permettent de procéder à une telle appréciation.

(74) Selon la SPO, la troisième caractéristique de l'activité de la construction porte sur le fait que la préparation d'une offre entraîne en général des frais d'études

[1] Voir l'arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, «Suikerunie e.a.», (Recueil 1975, p. 1663), points 559 et suivants des motifs.

[2] JO n° L 185 du 25. 8. 1971, p. 5; modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE (JO n° L 297 du 29. 10. 1990, p. 1).

souvent élevés. Ces frais ne peuvent être répercutés sur l'acheteur qu'au cas où l'offrant obtient le marché.

La Commission estime toutefois qu'en théorie il existe deux manières de récupérer les frais de calcul: ou bien le demandeur rémunère séparément l'offre de prix ou bien le constructeur inclut ces frais dans les frais généraux de son entreprise. La première possibilité ne peut être retenue en principe dans la mesure où, en droit civil, l'invitation à faire une offre et l'introduction d'une offre ne donnent pas lieu à des obligations contractuelles de paiement. La deuxième possibilité est donc la manière appropriée et généralement appliquée dans l'ensemble de la Communauté pour récupérer les frais de calcul, de la même façon que les frais de promotion et de commercialisation des produits qui font partie des frais généraux d'une entreprise.

La SPO a présenté, dans la réponse commune à la communication des griefs, la «théorie des frais de transaction» qui veut que, lors de la mise en adjudication d'un ouvrage de construction, tant les demandeurs que les offrants s'exposent à des frais de transaction souvent élevés.

S'il est vrai que ces frais peuvent être élevés, on ne voit pas quelle en serait précisément la conséquence juridique: les frais élevés pour le demandeur sont de la seule responsabilité de celui-ci; les frais élevés pour l'offrant ne sont pas de nature à limiter l'application des règles de la concurrence du traité au secteur de la construction. Il est significatif, à cet égard, que les autorités nationales compétentes de plusieurs États membres, parmi lesquelles les autorités néerlandaises (1) et françaises (2), ont également appliqué leur droit national de la concurrence aux ententes en matière d'adjudications.

La SPO a encore souligné que l'offrant sur le marché de la construction ne disposerait d'aucune possibilité de comparaison de prix en raison de l'insuffisance de la transparence des transactions du point de vue de l'offrant. Cette circonstance, prise ensemble avec les coûts élevés, aurait pour conséquence que l'introduction d'une offre de prix sur le marché de la construction constituerait une opération «beaucoup plus hasardeuse» que l'opération similaire dans un autre secteur industriel.

À cet égard, il convient de constater qu'une transparence faible semble être une caractéristique commune à tous les secteurs de services où, notamment, des listes de prix font défaut. Du reste, la transparence entre offrants (à l'opposé de la transparence du point de vue de l'utilisateur) ne saurait être considérée comme une condition préalable d'une concurrence effective; en revanche, une forte transparence serait plutôt un élément susceptible de donner lieu à une concertation illicite si le nombre d'offrants est limité.

(1) *Cf. supra* les considérants 66 et suivants.

(2) Décision n° 89-D-34 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques d'entente relevées dans le secteur des travaux routiers, BOCCRF du 8. 11. 1989, p. 257.

II. LE MARCHÉ NÉERLANDAIS DE LA CONSTRUCTION

(75) Sans prétendre que le marché néerlandais de la construction soit très différent de celui d'autres États membres, la SPO a pourtant avancé une série de facteurs qu'elle considère spécifiques pour cet État membre: l'organisation du secteur et l'absence d'une réglementation publique interdisant aux pouvoirs adjudicateurs de négocier les prix soumissionnés. La Commission ne peut toutefois pas accepter l'argumentation de la SPO.

En ce qui concerne l'organisation du secteur, il est vrai qu'aux Pays-Bas «l'entrepreneur principal» est, en général, responsable pour l'exécution de l'ensemble du travail, alors que les sous-traitants travaillent sous sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Cette situation n'existe cependant pas uniquement aux Pays-Bas, puisqu'une pareille organisation existe dans d'autres États membres, notamment la Belgique et la France, ainsi que la SPO l'a affirmé elle-même.

En ce qui concerne l'autre facteur, s'il est vrai que les réglementations nationales de quelques États membres limitent, ou même interdisent, d'une manière expresse ou implicite, toute négociation après l'adjudication entre le pouvoir adjudicateur et les candidats ou soumissionnaires portant sur les éléments essentiels des marchés, tels que le prix soumissionné, ces limitations s'insèrent toujours dans une réglementation objective visant l'ensemble du comportement des pouvoirs adjudicateurs à tous les stades de la procédure d'adjudication. De plus, ces réglementations ne sont généralement applicables qu'aux marchés publics, tandis que les réglementations mises en œuvre par la SPO s'appliquent à tous les marchés mis en adjudication — qu'ils soient privés ou publics. D'ailleurs, dans le document intitulé «Précisions relatives à la demande d'attestation négative ou d'exemption» (p. 38), du 13 juillet 1989, la SPO elle-même semble limiter la nécessité d'une réglementation «privée» (UPR et code d'honneur) aux seuls marchés privés.

(76) La SPO a également évoqué un nombre de facteurs d'ordre macro-économique. Elle a affirmé notamment que le niveau moyen des prix de la construction aux Pays-Bas ne serait pas plus élevé que dans les pays limitrophes, alors que la rentabilité de l'industrie de la construction néerlandaise serait faible même en période de haute conjoncture. Ainsi, elle a tenté de justifier notamment le système de la récupération des frais de calcul tel que prévu aux UPR.

Pour la Commission, les affirmations de la SPO sont sans pertinence s'il s'agit de démontrer que, pour les raisons évoquées par elle, ses réglementations ne tomberaient pas sous le coup de l'article 85 paragraphe 1. En effet, en l'absence d'un effet déterminé sur le niveau des prix, un accord, une décision d'une association d'entreprises ou une pratique concertée

peuvent avoir pour *objet* de restreindre ou de fausser la concurrence. L'effet éventuellement bénéfique d'un tel accord, décision ou pratique, pouvant consister notamment en un niveau de prix moins élevé, ne peut être pris en considération que sous l'angle de l'article 85 paragraphe 3.

(77) Il résulte des considérants 71 et suivants que, nonobstant le fait que le secteur de la construction revêt certaines caractéristiques spécifiques, celles-ci ne sont pas de nature à exclure ou réduire l'application de l'article 85 à ce secteur.

III. CARACTÈRE RESTRICTIF DE L'ACCORD ET DES DÉCISIONS AU SENS DE L'ARTICLE 85 PARAGRAPHE 1

1. Les statuts de la SPO (*cf.* considérants 3 et 4)

(78) Les associations de constructeurs concernées par la présente procédure ont créé la SPO dont les statuts prévoient une mission de régulation professionnelle relative à la concertation des prix et des offres sur le marché. Ces statuts constituent en conséquence un accord entre des associations d'entreprises au sens de l'article 85 paragraphe 1. La création par des concurrents d'une association d'associations professionnelles (SPO) équivaut en effet à la conclusion d'un accord horizontal de coopération. En l'espèce, le fait que des entreprises ou des associations d'entreprises aient créé une entité juridique autonome à laquelle elles ont attribué certaines fonctions réglementaires ne suffit pas à leur permettre d'échapper à l'application de l'article 85 paragraphe 1.

Les statuts de la SPO ont pour objet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun dans la mesure où ils rendent contraignantes pour les affiliés à la SPO et leurs membres (permanents ou *ad hoc*) les réglementations décrites aux considérants 5 à 13 et 24 à 61. Ces réglementations, qui elles-mêmes constituent des décisions d'associations d'entreprises au sens de l'article 85 paragraphe 1, ont pour objet ou pour effet de restreindre et de fausser la concurrence, puisqu'elles ont pour objet de:

— prévoir des échanges d'information préalablement aux adjudications,

— concerter les offres de prix et fixer de manière directe ou indirecte tout ou partie des prix de vente et autres conditions de transaction des marchés de la construction,

— répartit entre ses membres le marché de la demande par la prédésignation des entreprises adjudicataires, la protection de l'ayant droit, ainsi que les possibilités de retrait ou de préférence dans les conditions exposées ci-dessous.

2. Les décisions prises dans le cadre de la SPO

A. *Restriction de la concurrence entre les constructeurs participant à la SPO*

(79) 1° La notification de l'intention de soumettre une offre de prix (*cf.* considérant 24)

Le mécanisme de la notification a pour objet de restreindre ou de fausser la concurrence par l'engagement qu'il implique de la part de l'entreprise notifiante de limiter sa liberté d'action à l'égard de ses concurrents et du maître de l'ouvrage.

Ainsi les constructeurs participant au système UPR renoncent à une comportement indépendant dès le stade de la détermination de l'intention d'effectuer une offre. Cette restriction est renforcée par la clause des UPR interdisant aux adhérents de renoncer aux obligations découlant de cette réglementation professionnelle sauf dans le cas où l'entreprise notifiante est le seul soumissionnaire (sous réserve d'approbation et de contrôle par le bureau).

Par ailleurs, la communication du nombre des concurrents qui seront invités à participer à la réunion renforce cette restriction parce qu'elle permet, notamment, aux participants d'anticiper les augmentations de prix et de planifier leur comportement en conséquence.

(80) 2° Accord sur le principe de la désignation d'un ayant droit (*cf.* considérant 26)

Le fait que la réunion des entrepreneurs soit habilitée à désigner en son sein l'entrepreneur qui aura la qualité d'ayant droit, c'est-à-dire qu'il aura l'exclusivité du droit d'en négocier les conditions avec le maître de l'ouvrage, a pour objet de placer celui-ci à l'abri de la concurrence des autres participants.

En réalité, la désignation de l'ayant droit repose sur la décision prise en commun par les soumissionnaires de considéret ou de rendre comparables les offres.

Le nombre de cas où la réunion des entrepreneurs décide de renoncer à cette désignation, permettant ainsi un jeu de la concurrence non faussée, est faible. Mais la concertation entre les entreprises qui conduit à la désignation ou à la non-désignation d'un ayant droit constitue à n'en pas douter une limitation de la capacité individuelle d'accès au marché des entreprises participant à la SPO.

(81) 3° Confrontation des éléments de coût du marché (*cf.* considérant 27)

Les éléments de coût permettant d'établir les chiffres blancs font l'objet d'une confrontation au cours de la réunion des entrepreneurs. Bien que, selon la brochure publiée par la SPO (mentionnée ci-dessus au considérant 16), «le chiffre blanc (soit) l'offre de prix envisagée par un entrepreneur, fondée sur sa propre estimation», ce chiffre blanc est en fait établi, par chaque participant au cours de la réunion, sur la base, entre autres, des échanges d'informations entre concurrents. L'estimation se fait donc à partir d'éléments d'information qui n'ont pas tous été recueillis, d'une manière indépendante et autonome, sur le marché. Ainsi qu'il ressort des investigations menées par la Commission, la réunion permet à chaque entrepreneur participant de prendre en considération non seulement les éléments qui sont de nature à déterminer les coûts de ses concurrents et le choix du maître de l'ouvrage, mais aussi différentes informations sur des conditions du marché, telles que la participation éventuelle ou non de concurrents *outsiders* et des particularités du marché en cause, qu'il n'aurait éventuellement pu obtenir en l'absence de ces échanges.

Cette concertation empêche, ou du moins fausse et restreint, la concurrence entre les participants. Elle a pour objet de supprimer dans toute la mesure du possible les aléas inhérents à un comportement concurrentiel autonome.

(82) 4° Remise des chiffres blancs (*cf.* considérant 28)

Les chiffres blancs, établis par chacun des participants, sont remis au président de la réunion.

L'ordre de succession de ces chiffres blancs est constitutif de l'ordre de succession des prix définitifs à soumettre par les participants (sauf retrait et préférence). Au surplus, après la remise des chiffres blancs, ceux-ci ne peuvent être modifiés.

En décidant, ainsi, sur une base commune, les chiffres blancs qui, à leur tour, déterminent l'ordre de succession des prix définitifs, les participants substituent une coopération pratique entre eux aux risques de la concurrence.

L'ordre de succession initial étant garanti, les participants ne prennent aucun risque l'un par rapport à l'autre en ce qui concerne les augmentations éventuelles de prix. L'effet restrictif de cette coopération se trouve renforcé par l'interdiction de soumettre une offre de prix alternative sans que la réunion ait été informée de l'intention de soumettre une telle offre et ait pu en décider.

(83) 5° Possibilité de retrait (*cf.* considérant 29)

La décision éventuelle de retrait est prise en pleine connaissance des chiffres blancs de tous les autres participants.

C'est donc uniquement l'échange d'information au sein de la réunion qui permet à chaque participant de prendre connaissance des prix proposés par ses concurrents et de décider, sur la base de la comparaison de ces prix, de ne pas maintenir son propre prix initialement avancé.

Ainsi, les conditions normales de concurrence sont artificiellement modifiées de manière à permettre aux participants de prendre une décision de maintien ou de retrait de leur offre qu'ils n'auraient pas pu prendre en l'absence de la concertation, puisque seul le maître de l'ouvrage aurait été en mesure d'établir cette comparaison.

(84) Bien que la SPO, dans la notification et dans la réponse commune à la communication des griefs, semble réserver l'exercice du droit de retrait au cas d'erreur manifeste et grave dans les calculs, les UPR ne prévoient aucune condition particulière pour l'exercice de ce droit.

L'argument avancé dans cette réponse, selon lequel ce mécanisme ne serait utilisé que dans de tels cas, ne peut pas convaincre et, d'ailleurs, se trouve contredit par les renseignements obtenus au cours de la procédure. En effet, ces renseignements indiquent quelques exemples de retrait pour d'autres motifs, tels que le manque d'intérêt.

Au demeurant, la possibilité de retrait en fonction de la comparaison des chiffres blancs confirme la conclusion que ces chiffres sont établis sur la base, entre autres, d'éléments d'informations économiques ou comptables échangés entre les participants à la réunion qui sont de nature à déterminer les prix.

L'exercice du droit de retrait a pour résultat la soumission de prix autres que ceux qui auraient été soumis en l'absence de la concertation, notamment par l'abstention des entrepreneurs exerçant ce droit, conduisant par là-même à une adjudication finale différente de celle qui aurait prévalu dans un système où les constructeurs présentent leur offre de manière autonome.

(85) 6° Préférence (*cf.* considérant 30)

Le droit de préférence a pour objet de modifier l'ordre initial de succession des prix à soumet-

tre, de manière à remplacer le moins-disant du «premier tour» par l'offrant bénéficiaire de cette préférence. Cette disposition a donc pour objet de renforcer la coopération entre constructeurs au détriment d'une véritable concurrence. Ce système permet aux participants de répartir les marchés.

L'adjudicateur reçoit ainsi des offres dont l'ordre de succession est conforme ou presque à celui des chiffres blancs, mais dont les titulaires peuvent être modifiés par le jeu de substitution résultant d'une concertation entre les participants à la réunion. Une telle substitution des auteurs d'offres de prix ne pourrait exister dans un régime de concurrence laissant chaque entreprise soumissionnaire seule responsable de son offre.

(86) 7° Les augmentations des prix (*cf.* considérants 31 à 37)

L'établissement, en commun, des augmentations des prix constitue la fixation directe des prix de vente, tout au moins d'une partie de ceux-ci au sens de l'article 85 paragraphe 1 point a). De plus, ces augmentations de prix aboutissent à des résultats d'adjudications qui diffèrent des résultats que celles-ci auraient pu avoir si chacun des participants avait déterminé, de manière autonome, les prix à soumettre.

Le respect de l'ordre de succession des chiffres blancs étant en principe garanti, les participants ne prennent aucun risque l'un par rapport à l'autre, en augmentant, chacun, le chiffre blanc des majorations prévues.

Ce système empêche les entrepreneurs les plus compétitifs, et dont les coûts relatifs aux services d'études et d'établissement de devis sont les plus bas, de tirer profit de cet avantage, dans la mesure où les augmentations des prix — forfaitaires — ne tiennent pas compte de la situation individuelle de chaque participant. Il place en revanche les entreprises les moins performantes à l'abri de la concurrence et les dissuade d'améliorer leur productivité.

La prise en considération de la valeur des matériaux à délivrer et/ou des travaux à réaliser par le maître de l'ouvrage ou par des tiers, pour calculer le montant de base qui sert à établir le montant de l'indemnisation pour frais de calcul, renforce le caractère restrictif de ce système.

(87) Les majorations concertées de prix ont pour effet supplémentaire d'inciter les entreprises à établir des offres de prix de simple couverture dont l'objectif n'est que de récupérer le montant de la redistribution des montants ainsi versée à la SPO, mais aussi d'inciter les maîtres d'œuvre à n'inviter qu'un nombre très limité de constructeurs à formuler des offres parce qu'ils doivent supporter pour chaque marché les frais d'études de l'ensemble des soumissionnaires.

Un tel système a pour effet de limiter le nombre des offrants pour chaque marché, et donc de restreindre la concurrence dans le secteur de la construction.

Le montant global des augmentations de prix ainsi convenues au sein de la SPO dans les secteurs du marché de la construction, décrits au considérant 6, est loin d'être négligeable puisqu'il a atteint dans la période 1987/1988 une somme annuelle que l'on peut estimer à 300 millions de florins néerlandais hors TVA au titre d'indemnisation pour frais de calcul et à 100 millions de florins néerlandais hors TVA au titre de cotisations professionnelles (dont plus de 50 % est destiné à couvrir les coûts de l'entente — bureaux et SPO).

(88) 8° Fixation concertée des prix définitifs à soumettre (*cf.* considérant 38)

L'établissement concerté des offres de prix à soumettre par les constructeurs au maître de l'ouvrage constitue également une restriction de la concurrence entre les soumissionnaires participant à la réunion, au sens de l'article 85 paragraphe 1.

Certes, les prix définitifs à soumettre à l'adjudicateur sont établis de manière à respecter l'ordre de succession des chiffres blancs (sauf modifications dues au retrait ou à la préférence). Mais ces prix définitifs ne résultent pas de la simple addition des augmentations de prix indiquées ci-dessus aux chiffres blancs. Ainsi, les prix les plus élevés qui résulteraient de cette addition peuvent être modifiées par une diminution globale (même jusqu'à un niveau inférieur aux chiffres blancs correspondants), afin d'éviter la présentation d'écarts excessifs de prix au maître de l'ouvrage.

Une telle élimination des écarts excessifs de prix sert à protéger certains soumissionnaires considérés comme «trop chers» contre le risque de se voir écartés *a priori* de marchés ultérieurs, en procédure restreinte ou de gré à gré.

En revanche, au moment d'accorder la préférence à un constructeur, les prix définitifs des autres participants peuvent être augmentés de manière à présenter au maître de l'ouvrage un ensemble de prix dont les écarts renforcent la position du constructeur ayant reçu la préférence.

Dans les deux cas, le système des UPR restreint la liberté de choix du maître de l'ouvrage et fausse son choix. En effet, la présentation à

l'adjudicateur de prix définitifs ainsi concertés et prédéterminés lui fournit une information artificielle sur le niveau des prix, trompeuse sur l'état réel du marché et des offres (également en ce qui concerne la comparaison des prix soumis par des *outsiders*), et pouvant le conduire à des erreurs d'appréciation importantes pour la mise en œuvre d'adjudications ou de marchés de gré à gré ultérieurs.

(89) La même appréciation vaut en ce qui concerne la fixation concertée des prix relatifs à des parties déterminées du marché et des prix par unité, etc. Dans la mesure où la réunion le considère nécessaire, ces prix sont fixés, pour chaque constructeur participant, de manière à assurer la position du constructeur qui va soumettre le prix le plus bas. Ainsi, l'adjudicateur est dissuadé de procéder à une adjudication de fractions du marché à plusieurs constructeurs ou à l'adjudication du marché entier à un autre constructeur que celui qui a soumis le prix le plus bas.

(90) Il ressort des investigations menées par la Commission que la concertation entre constructeurs peut porter aussi sur les conditions du marché autres que le prix et ses éléments constitutifs, par exemple le délai d'exécution à indiquer dans l'offre de prix.

(91) Enfin, la concertation sur le contenu des informations à communiquer par les constructeurs avec leur offre de prix et concernant les éléments constitutifs du prix ainsi que les majorations appliquées constitue de même une restriction de la concurrence ayant pour objet de fausser la comparaison des offres. Il ressort des investigations de la Commission qu'il n'est pas rare de voir communiquer au maître de l'ouvrage des informations délibérément trompeuses.

(92) En définitive, l'établissement concerté des offres de prix contenu dans le système de l'UPR restreint ou fausse en tant que tel la concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 point a).

La Commission considère que la fixation concertée des prix relatifs aux parties déterminées du marché, des prix par unité, etc., des éléments constitutifs des prix, ainsi que des conditions autres que le prix et du contenu de l'information complémentaire à donner au maître de l'ouvrage dans les offres de prix n'est pas inhérente à la fixation concertée des prix définitifs, telle qu'elle est expressément prévue dans l'UPR. Il s'agit de restrictions autonomes de la concurrence qui, même si elles ne sont pas prévues expressément par les UPR, résultent nécessairement de la fixation des prix définitifs, et lui sont en quelque sorte complémentaires.

(93) 9° Protection de l'ayant droit (*cf.* considérants 39 à 41 et 52 à 59)

La désignation de l'ayant droit, en tant que telle, empêche ou du moins fausse et restreint le jeu de la concurrence. Il convient de rappeler que, finalement, c'est la réunion des soumissionnaires qui décide si les offres sont comparables ou non, c'est-à-dire si le demandeur a formulé sa demande d'une manière identique vis-à-vis de chacun des offrants sollicités. Elle remplace la liberté de choix du maître de l'ouvrage et sa capacité de négociation avec plusieurs offrants par une décision, prise en commun par les soumissionnaires et contraignante pour le maître de l'ouvrage, dans la mesure où elle l'empêche d'élargir le champ de la mise en concurrence aux différents constructeurs ayant soumis une offre.

De la même manière, les soumissionnaires privent les concurrents de l'ayant droit de tout droit de négocier avec le maître de l'ouvrage après la soumission des prix.

Au cas où il s'agit d'offres de prix non simultanées, ce système vise à empêcher les concurrents de soumettre un prix inférieur au prix soumis par l'ayant droit.

Ce système crée en fait, pour l'ayant droit, un monopole temporaire de deux ou cinq ans pour un marché déterminé et empêche, ainsi, la mise en œuvre de la concurrence.

Si le maître de l'ouvrage décide de ne pas passer le marché, pour quelque raison que ce soit, et de procéder à une nouvelle adjudication ou à la passation d'un marché de gré à gré, le système de protection de l'ayant droit rend totalement illusoire sa liberté de choix et empêche en réalité le jeu de la concurrence entre les constructeurs.

(94) En ce qui concerne le système de la protection de l'ayant droit, tel que prévu par les UPR et le code d'honneur, il est prétendu, dans la réponse commune à la communication des griefs, que le but poursuivi par les réglementations de droit privé en cause — régissant les relations entre les constructeurs — est identique au but poursuivi par les réglementations de droit public, en vigueur dans d'autres États membres que les Pays-Bas, ainsi que par la réglementation communautaire dans la directive 71/305/CEE régissant le comportement des pouvoirs adjudicateurs. En conséquence, ce système privé ne pourrait être qualifié contraire à l'article 85 paragraphe 1.

En outre, il est soutenu par les destinataires de la présente décision que ce système n'aurait

pour but que de créer les conditions les plus favorables à une concurrence effective et efficiente sur le marché de la construction, en évitant ainsi une concurrence ruineuse.

(95) La Commission ne saurait accepter ces arguments. Les réglementations communautaires et nationales auxquelles la SPO a fait référence ne sont pas comparables, pour les raisons déjà données au considérant 75, avec le système de la protection de l'ayant droit qui fait abstraction de tous les éléments constitutifs du comportement des pouvoirs adjudicateurs. Du reste, la SPO n'a pas réussi à démontrer que, en l'absence de la protection d'un ayant droit, les offres feront l'objet de «marchandage» de la part du pouvoir adjudicateur. De plus, elle n'a pas apporté d'éléments de preuve du caractère prétendument ruineux de la concurrence qui en serait le résultat.

(96) 10° Reversement des montants d'augmentation de prix (*cf.* considérants 42 à 46)

Le système et les modalités de reversement des montants d'indemnisation des frais de calcul et des contributions professionnelles ont pour objet ou pour effet de restreindre ou, au moins, de fausser la concurrence, du fait que les entrepreneurs qui obtiennent les marchés profitent bien davantage du reversement de ces augmentations que leurs concurrents non adjudicataires. Leur position dans la concurrence est ainsi artificiellement avantagée par rapport à ceux-ci.

(97) 11° Le contrôle du respect des obligations découlant des UPR (*cf.* points 47 et 48)

Les dispositions des UPR et du code d'honneur (y compris le règlement disciplinaire), prévoyant l'imposition de sanctions en cas de non-respect des obligations découlant de ces réglementations, ont pour objet de renforcer les engagements restrictifs de la concurrence conclus par les participants à la SPO (y compris les associations membres).

B. *Mesures de protection de la SPO à l'égard des constructeurs non membres* (cf. considérants 49, 50 et 51)

(98) L'échange systématique d'informations au sein de la SPO concernant les constructeurs non membres comme la réponse concertée de celle-ci aux offres des *outsiders* constituent des pratiques ayant pour objet d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun au sens de l'article 85 paragraphe 1.

En effet, l'échange d'informations au sein de la SPO permet d'exercer des pressions souvent efficaces à l'égard d'entreprises non membres pour les conduire à se soumettre d'une manière plus ou moins permanente aux UPR.

Ces pressions s'exercent tant à l'égard des entreprises liées par le code d'honneur mais non associées dans le cadre de la SPO, et donc soumises en principe aux seules obligations de notifier leur intention de soumettre un prix et de respecter la position de l'ayant droit, qu'à l'égard des entreprises totalement extérieures à la SPO, c'est-à-dire qui ne sont soumises ni aux règles du code d'honneur ni à celles de la SPO.

L'échange d'informations auquel il est procédé pendant la réunion des constructeurs organisée par le bureau permet, en outre, à ceux-ci de prendre en considération le risque d'une concurrence extérieure éventuelle au moment de l'établissement des chiffres blancs comme des chiffres définitifs, ce qui peut les conduire à renoncer à la désignation d'un ayant droit et/ou aux majorations telles que décrites aux considérants 31 à 37.

Dans le sens inverse, lorsqu'il apparaît qu'il n'y a aucun risque d'intervention d'*outsiders* connus, la réunion peut être conduite à augmenter les chiffres blancs du montant maximum de ces majorations.

(99) Un constructeur *outsider* désireux de soumettre une offre de prix n'est pas en mesure de mesurer sa capacité économique concurrentielle dans le cadre normal d'une offre fragmentée, mais doit affronter une offre concertée et flexible propre à limiter sa capacité d'entrer sur le marché ou à y faire obstacle.

S'il s'agit d'un constructeur étranger, qui ne participe pas à la SPO, sa position se trouve aggravée par le fait qu'en général il ne participe au marché de la construction aux Pays-Bas que par le biais d'une coopération avec un constructeur établi sur le territoire de cet État membre, qui en règle générale se trouve lié par les UPR, et doit donc respecter le mécanisme de la concertation.

Cette restriction est d'autant plus sensible que la SPO des constructeurs organise une protection rigoureuse des ayants droit désignés et dispose de moyens économiques importants en raison des majorations concertées de prix reversées à la SPO.

L'enquête a permis d'établir que le nombre de marchés ayant fait l'objet de concertation au sein de la SPO et qui ont été néanmoins obtenus par des entreprises non membres de l'entente est très faible. Ce nombre est variable selon les secteurs et les zones

géographiques considérés (de 0,7 à 10,5 % du nombre des marchés, de 0,8 à 6,6 % de la valeur de ces marchés).

C. *Le traitement des marchés de gré à gré* (offres de prix uniques) (*cf.* considérants 60 et 61)

(100) Le maître de l'ouvrage qui a recours au marché de gré à gré négocié avec un seul constructeur subit néanmoins les conséquences des restrictions de concurrence imposées par la SPO.

Les constructeurs doivent en effet se prémunir contre les risques d'un reversement de 3 % du prix de l'immeuble par une augmentation correspondante du prix de leur offre au cas où, ayant emporté le marché, il apparaît que d'autres constructeurs avaient été également consultés.

Un tel mécanisme (que l'on trouve aussi dans le contexte de la sous-traitance: *cf.* considérants 55 à 59) a donc pour effet une augmentation généralisée et uniforme de tous les prix des marchés de gré à gré, qu'ils soient négociés avec un ou plusieurs constructeurs.

Les investigations menées par la Commission ont permis de constater de très nombreux exemples d'application de la règle rappelée ci-dessus, ayant abouti au vesement *a posteriori* de 3 % des prix des marchés par les constructeurs aux différents bureaux.

D. *Conclusion*

(101) Les restrictions de la concurrence relevées ci-dessus résultent de chacun des éléments constitutifs du système et de l'ensemble du système. La SPO a elle-même souligné que ses réglementations forment un ensemble dont la protection de l'ayant droit et la répartition des frais de calcul seraient les éléments principaux. Ces restrictions ont un caractère sensible, puisque la quasi-totalité des marchés du secteur de la construction néerlandais mis en adjudication sont soumis aux réglementations de la SPO. Ainsi qu'il a été dit au considérant 87, le montant global des augmentations de prix convenues dans le cadre de la SPO est loin d'être négligeable. C'est l'effet cumulatif de tous les marchés de travaux relevant des réglementations qui est déterminant.

IV. ATTEINTE AU COMMERCE INTRACOMMUNAUTAIRE

(102) Compte tenu de ce qui est exposé ci-dessus, la Commission considère que la mise en œuvre des UPR, de même que des réglementations similaires antérieures, et la mise en œuvre du code d'honneur sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres de la manière suivante:

1. L'incidence sur l'offre provenant des autres États membres

A. *Interpénétration des marchés de la construction*

(103) La Commission entend rappeler tout d'abord que le marché des travaux publics et privés mis en adjudication dans un État membre de la CEE n'est pas et ne doit pas être réservé aux seules entreprises établies dans cet État membre. D'ailleurs, en ce qui concerne le marché des travaux publics, des directives telles que la directive 71/305/CEE obligent les États membres à ouvrir ces marchés aux entreprises de tous les États membres.

(104) En fait, dans le secteur de la construction, l'interpénétration des marchés des différents États membres est encore relativement faible mais réelle [1]. Parmi les éléments qui concourent à limiter cette interpénétration figurent les conditions spécifiques du marché de la construction au niveau communautaire à l'heure actuelle, telles que les prescriptions différentes en matière de construction et les normes différentes d'un État membre à l'autre, et les caractéristiques particulières des entreprises de construction, mais ces éléments ne sont pas en eux-mêmes de nature à empêcher une telle interpénétration.

(105) La SPO a fait valoir, dans la réponse commune à la communication des griefs, que la fixation du seuil prévu à la directive 71/305/CEE aurait pour effet de signaler que l'intérêt éventuel des entreprises de construction pour des marchés extérieurs à leur propre État membre d'une valeur inférieure à ce montant, actuellement 5 millions d'écus, serait sans signification pour le fonctionnement du marché commun. Elle a également fait valoir que le nombre des marchés mis en adjudication relevant de ses réglementations, dont la valeur unitaire dépasse le seuil de 5 millions d'écus, serait trop faible pour que le fonctionnement du marché commun soit influencé. Le nombre des marchés visés ci-dessus serait en effet de 199 pour l'ensemble des années 1987 et 1988, ce qui représenterait 0,35 % du nombre total des marchés «traités» par la SPO dans cette période.

La Commission ne saurait accepter ces arguments. Premièrement, la non-applicabilité de la directive 71/305/CEE n'entraîne pas la non-applicabilité des règles de la concurrence puisqu'il s'agit de deux catégories de normes juridiques différentes poursuivant des objectifs parallèlles mais distincts. Deuxièmement, le caractère sensible ou non de l'atteinte au

[1] «*Estimates in the EEC construction business indicate that at the most 5 % of all construction activities within the countries of Europe are exported, respectively imported, and that it will remain like this*» — *Dutch export opportunities on EC-markets up to the year 2000 — prospects for the Dutch construction sector in the EC single market*, par Prognos Basel (p. 4) — Rapport établi à la demande du ministère des affaires économiques des Pays-Bas, janvier 1989.

commerce intracommunautaire par ces restrictions de concurrence ne doit pas être apprécié par rapport au seul nombre des marchés individuels concernés, mais aussi par rapport à la valeur totale que ces marchés représentent dans leur ensemble. Or, selon les déclarations de la SPO au cours de l'audition du 12 juin 1990, lesdits 199 marchés représenteraient plus de 23 % de la valeur totale des marchés «traités» par la SPO dans la période concernée, ce qu'on ne saurait qualifier de «négligeable». Finalement, il faut préciser que le seuil de 5 millions d'écus a été introduit par la directive 89/440/CEE du Conseil [1], donc après la période prise en compte par la SPO. Pendant cette période, le seuil était encore fixé à 1 million d'écus.

B. *Participation des entreprises étrangères à la SPO*

(106) Après avoir indiqué dans sa notification du 13 janvier 1988 l'absence de données statistiques concernant la participation au marché néerlandais d'entreprises de construction établies dans d'autres États membres, la SPO a communiqué néanmoins certains chiffres concernant la participation de ces entreprises aux réunions que deux bureaux — considérés comme représentatifs — ont organisées en 1987. Il s'agit du bureau ZNAV (secteurs bâtiments et hydraulique, région sud du pays) et du bureau WAC (secteurs routes, etc. et marquage, totalité du territoire).

Ces données sont les suivantes:

— ZNAV: 5 200 marchés ont fait l'objet d'une réunion dont 32 avec participation étrangère. Ce nombre représente 5,9 % (117 millions de florins néerlandais) de la valeur totale des marchés,

— WAC: 6 900 marchés ont fait l'objet d'une réunion dont 19 avec participation étrangère. Ce nombre représente 3,5 % (77 millions de florins néerlandais) de la valeur totale des marchés.

D'après les destinataires de la présente décision, dans leur réponse commune à la communication des griefs, pour la période 1986-1er octobre 1988, 241 marchés avec participation étrangère ont fait l'objet d'une réunion au sein de la SPO, ce qui représente 3,6 % (1 172 millions de florins néerlandais) de la valeur totale de ces marchés.

Il convient de préciser en outre que la participation d'entreprises établies dans d'autres États membres aux réunions n'a eu un résultat positif pour ces entreprises que dans un nombre de cas encore beaucoup plus restreint.

(107) Bien que ces données ne couvrent pas la totalité des activités de construction d'entreprises établies dans d'autres États membres aux Pays-Bas — telles que celles correspondant aux chiffres concernant les marchés de gré à gré et les chiffres concernant la sous-traitance, ainsi que celles concernant les marchés mis en adjudication et obtenus par une entreprise étrangère *outsider* — , elles confirment cependant la réalité de l'interpénétration.

Le caractère faible de cette interpénétration, par rapport aux activités des constructeurs établis à l'intérieur des Pays-Bas (ou, en général, d'un État membre), s'explique par les caractéristiques spécifiques du marché et du produit en cause. Ce fait ne saurait être interprété, du point de vue de l'application de l'article 85, comme démontrant le caractère négligeable du commerce intracommunautaire. Bien au contraire, les pratiques restrictives décrites ci-dessus sont d'autant plus nocives qu'elles interviennent dans un espace relativement limité d'interpénétration des marchés nationaux affectant ainsi de manière d'autant plus sensible le commerce intracommunautaire.

(108) Il ressort de l'examen de renseignements recueillis au cours des investigations qu'environ cent cinquante entreprises établies dans d'autres États membres adhèrent, d'une manière plus ou moins permanente, aux UPR. Ces entreprises sont établies principalement en Allemagne et en Belgique, et parmi elles figurent toutes les plus grandes entreprises allemandes et belges, les autres étant des entreprises françaises, luxembourgeoises ou italiennes. Quelquefois, la *Syndicale Kamer voor de Bouwnijverheid* (Chambre syndicale interprofessionnelle de la construction) d'Anvers (ou une organisation auprès de cette Chambre syndicale) communique à un bureau de la SPO l'intention d'entreprises belges adhérant aux UPR de soumettre une offre de prix aux Pays-Bas.

C. *Position des entreprises étrangères «outsiders»*

(109) De manière plus générale, les entreprises établies dans d'autres États membres désireuses d'obtenir un marché aux Pays-Bas mais refusant d'adhérer à la SPO doivent affronter, en plus des obstacles naturels à l'entrée sur le marché dus à leur éloignement, un obstacle supplémentaire considérable résultant de l'existence de cette organisation néerlandaise regroupant la quasi-totalité des entreprises de construction de ces pays qui s'intéressent aux marchés mis en adjudication et auxquelles se joignent même des constructeurs d'autres États membres. L'offre concurrente n'apparaît plus fragmentaire et multiple, mais concertée et collective, et donc d'autant plus difficile à affronter. Dans la mesure où le système UPR dissuade en fait les pouvoirs publics et les adjudicateurs privés de recourir à la procédure de l'adjudication ouverte, elle a pour effet de restreindre au moins de manière indirecte les possibilités de

[1] JO n° L 210 du 21. 7. 1989, p. 1.

participer au marché néerlandais pour les constructeurs d'autres États membres.

D. *Caractère sensible de l'atteinte au commerce interétatique*

(110) La Commission considère que le commerce entre États membres est affecté de manière sensible par l'accord et les décisions d'associations d'entreprises décrits ci-dessus. En l'espèce, c'est la nature même de ces réglementations qui a pour effet d'influencer le courant des échanges entre États membres de la CEE. En effet, le système UPR ne peut fonctionner d'une manière efficace que si toutes les entreprises (ou presque) susceptibles d'y adhérer font effectivement partie de la SPO. C'est pourquoi les UPR sont ouvertes aux entreprises établies dans d'autres États membres.

La SPO et ses associations membres exercent une activité de promotion à l'égard de ces entreprises en vue d'obtenir leur adhésion à l'organisation.

(111) Dans ce contexte, l'atteinte au commerce intracommunautaire est d'autant plus sensible qu'en l'espèce la SPO regroupe la quasi-totalité des constructeurs de cet État membre, qui s'intéressent aux marchés mis en adjudication, et couvre la quasi-totalité de ces marchés. S'ajoute à cela le fait que l'entreprise de construction établie dans un autre État membre et désireuse d'exercer ses activités aux Pays-Bas cherche à coopérer pour des raisons pratiques et diverses, au cas par cas ou d'une manière plus suivie, avec un partenaire néerlandais. Ce dernier adhérant en général aux UPR, l'entreprise établie dans l'autre État membre ne peut échapper à l'application des UPR.

2. **L'incidence sur la demande provenant des autres États membres**

(112) Les UPR s'appliquant à toute adjudication d'un marché aux Pays-Bas, tout adjudicateur étranger (ainsi que tout adjudicateur national agissant pour le compte d'un maître de l'ouvrage étranger) qui souhaite mettre en adjudication un marché de construction dans cet État membre ne peut échapper à l'application des UPR imposés dans le cadre de la SPO. Ce n'est que le recours au marché de gré à gré négocié avec un seul constructeur qui assure l'inapplicabilité des mesures de concertation au sein de la SPO. Mais même le recours à cette procédure ne peut constituer une protection contre l'augmentation généralisée et uniforme des prix telle qu'elle a été exposée aux considérants 60, 61 et 100.

Il en va de même en ce qui concerne les marchés mis en adjudication aux Pays-Bas par (ou pour le compte) des organisations internationales, telles que l'OTAN et Eurocontrol, dans la mesure où elles appliquent leurs propres règlements concernant l'adjudication internationale.

3. **L'incidence sur l'offre des entreprises participantes dans les autres États membres**

(113) La Commission considère que le commerce entre États membres est également susceptible d'être affecté de manière sensible sur les marchés de la construction des autres États membres par la mise en œuvre de l'accord et des décisions décrits dans la présente décision.

En effet les entreprises (néerlandaises) participant à la SPO peuvent récupérer par l'application des UPR, au moins partiellement, les frais de calcul des travaux relatifs aux marchés mis en adjudication aux Pays-Bas et non effectués par elles-mêmes. Elles obtiennent de ce fait, par le biais de la SPO, un avantage économique correspondant au financement de leurs bureaux d'études et donc à une diminution corrélative de leurs frais généraux, ce qui leur confère un avantage concurrentiel par rapport aux constructeurs concurrents des autres États membres sur les marchés mis en adjudication dans les autres pays de la Communauté.

V. LES RÉGLEMENTATIONS ANTÉRIEURES AUX UPR

(114) Dans la mesure où les UPR actuellement en vigueur ne sont, pour l'essentiel, que la continuation des réglementations antérieures, telles que décrites aux considérants 62 à 65, l'appréciation juridique exposée aux considérants 70 à 76 et 79 à 113 ci-dessus vaut également, *mutatis mutandis,* pour ce qui concerne ces réglementations.

Chapitre II

Article 85 paragraphe 3

(115) Les réglementations UPR et le code d'honneur, décrits ci-dessus, de même que les réglementations de prix antérieures ne peuvent bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 pour les raisons suivantes:

1. **Les réglementations notifiées**

(116) Il y a lieu d'examiner d'abord si les réglementations actuellement en vigueur, qui ont été notifiées le 13 janvier 1988, remplissent les conditions énoncées à l'article 85 paragraphe 3.

A. *Contribution à l'amélioration de la distribution des produits ou à la promotion du progrès technique ou économique*

(117) Aussi bien dans le contexte de l'article 85 paragraphe 1 que dans celui de l'article 85 paragraphe 3, la SPO a avancé l'argument selon lequel les règles publiques applicables aux adjudications seraient de nature à créer un déséquilibre entre les demandeurs et les offrants sur le marché de la construction du point de vue de la transparence des transactions.

Ce déséquilibre permettrait aux adjudicateurs, selon les associations concernées, d'imposer la fixation de prix de vente à des niveaux trop bas ou ruineux pour les constructeurs. Une telle situation serait aussi susceptible de provoquer, à long terme, des perturbations graves de l'offre sur le marché et rendrait nécessaires les mesures ainsi adoptées par les constructeurs pour en contrebalancer les effets.

(118) Le système de la protection de l'ayant droit aurait, selon la SPO et ses membres, pour unique objectif de compléter la structure transactionnelle de l'adjudication de telle sorte que la concurrence entre entrepreneurs puisse jouer pleinement, sans que l'adjudicateur ne puisse abuser de la position particulière qu'il occupe.

La Commission considère que, loin de n'être que le complément d'une structure transactionnelle, le système de la protection de l'ayant droit, tel que prévu par les UPR et le code d'honneur substitue le principe de décisions unilatérales, prises en commun par les soumissionnaires, à la confrontation des offres individuelles de chacun de ceux-ci. En effet, il convient de souligner que la réunion des soumissionnaires se réserve le droit de désigner ou de ne pas désigner un ayant droit. Le système de la protection de l'ayant droit prévoit cependant la désignation de l'entrepreneur adjudicataire avant que les offres soient présentées et cela pour tous les marchés mis en adjudication relevant des réglementations, qu'il s'agisse des marchés publics ou privés et de valeur faible ou importante et indépendamment du risque réel de «marchandage».

Ce système protège, en conséquence, non seulement les entrepreneurs contre le «marchandage» éventuel de la part du maître de l'ouvrage mais également contre le jeu normal de la concurrence. La protection de l'ayant droit n'est donc pas de nature à contribuer au maintien, voire à l'amélioration, de l'offre sur le marché néerlandais de la construction.

(119) En ce qui concerne plus particulièrement le système de l'indemnisation pour frais de calcul, tel qu'il est instauré par les UPR, les notifiants ont fait valoir que les UPR favorisent la participation des constructeurs aux marchés d'adjudication, promouvant ainsi la concurrence.

Néanmoins, l'argumentation des notifiants ne contient aucun indice permettant de croire que les UPR sont de nature à promouvoir la concurrence réelle en favorisant la participation des constructeurs aux marchés d'adjudication. Au contraire, les majorations concertées de prix ont pour effet d'inciter les maîtres de l'ouvrage à n'inviter qu'un nombre très limité de constructeurs à présenter des offres parce qu'ils savent qu'ils devront supporter pour chaque marché, outre les contributions professionnelles, les frais d'études de l'ensemble des soumissionnaires. En effet, l'effet prétendu du système des majorations, c'est-à-dire la réduction des frais de calcul, tant au niveau macro-économique que micro-économique, ne peut être atteint que par la réduction du nombre de constructeurs invités par le maître de l'ouvrage à soumettre une offre de prix. En outre, ce système incite les entrepreneurs à établir des offres de prix de simple couverture dont l'objectif n'est que de récupérer les frais de calcul. Les décisions visées par la présente procédure sont donc en réalité de nature à limiter de manière sensible l'appel à la concurrence entre de nombreux offrants pour un même marché.

B. *Partie équitable du profit réservée aux utilisateurs*

(120) Selon la SPO et ses membres, le profit réservé aux utilisateurs résulterait notamment de l'exécution des décisions conduisant à une formation plus équilibrée des prix, et aboutissant à long terme à un choix raisonnable de qualité des travaux provenant d'un nombre plus grand d'offrants désireux de participer aux marchés d'ajudication.

La Commission estime que, même si l'application des réglementations peut produire des effets bénéfiques pour les utilisateurs, les désavantages l'emportent sur ces avantages.

(121) Pour ce qui est de la protection de l'ayant droit, ces désavantages résultent pour l'essentiel du fait que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il n'y a pas d'offrants autres que les participants, n'a que le choix entre trois possibilités: ou bien négocier (et accepter) l'offre de l'ayant droit ou bien accepter l'offre d'un autre participant en tant que telle, sans pouvoir en négocier aucun des éléments constitutifs, ou bien n'accepter aucune des offres de prix présentées.

(122) Pour ce qui est de la récupération des frais de calcul, ce ne sont pas non plus les utilisateurs qui en bénéficient. Le caractère forfaitaire et global du montant d'indemnisation pour frais de calcul a notamment pour conséquence que tous les entrepreneurs qui s'exposent à moins de frais que le montant prévu reçoivent une indemnisation supérieure à leurs frais réels, dont l'ensemble est supporté par le maître de l'ouvrage. Il est de toute façon peu probable que

l'ensemble des frais de calcul répercutés sur celui-ci soit moins élevé que le montant par lequel le constructeur qui obtient le marché aurait réduit son offre de prix en anticipant sur les indemnisations. Le niveau des indemnisations est d'autant plus élevé que celles-ci sont calculées sur la base des chiffres blancs augmentés du montant représentant la valeur des matériaux à délivrer et des travaux à exécuter par le maître de l'ouvrage lui-même ou par des tiers (*cf.* considérant 32).

(123) Il en va de même, à plus forte raison, pour la plupart des autres éléments constitutifs des réglementations faisant l'objet de la présente procédure. Ainsi, la confrontation des éléments de coût des marchés (*cf.* considérant 23) met en cause le caractère prétendument autonome de la fixation des chiffres blancs. La préférence, même si elle est assortie de conditions relativement strictes (*cf.* considérant 30), empêche le pouvoir adjudicateur de connaître le constructeur qui a présenté le chiffre blanc le plus bas. La fixation concertée des prix à soumettre peut fausser la soumission des offres de manière injustifiable par le mécanisme de «la diminution globale» visant à cacher les écarts réels entre les chiffres blancs introduits. L'augmentation généralisée et uniforme de tous les prix des marchés de gré à gré (*cf.* considérants 60 et 61) ne saurait non plus être considérée comme un «bénéfice» pour l'utilisateur.

C. *Caractère indispensable des restrictions*

(124) À supposer même que les réglementations puissent satisfaire aux deux premières conditions de l'article 85 paragraphe 3, il n'est pas établi cependant qu'une telle situation soit de nature à justifier des mesures visant à concerter l'offre, modifier artificiellement le niveau de prix des soumissions et pré-désigner le constructeur adjudicataire. La SPO a répété que l'abolition de ses réglementations, en tout ou en partie, ferait réapparaître des ententes dites sauvages entre constructeurs. Quoi qu'il en soit, la Commission ne saurait accepter qu'une infraction aux règles de la concurrence soit justifiée par le seul risque d'une autre infraction, qu'elle soit aussi grave ou même plus grave.

(125) La protection de l'ayant droit n'est pas indispensable déjà en raison du fait qu'un ayant droit peut être désigné indépendamment du risque réel de «marchandage» de la part du maître de l'ouvrage. Il est à noter, en outre, qu'un ayant droit n'est pas désigné lorsque les offres ne sont pas comparables, c'est-à-dire notamment dans les cas où le maître de l'ouvrage a laissé aux constructeurs dans une large mesure le soin de préciser le travail. Dans une telle hypothèse, les frais de calcul seront, selon la SPO même, souvent proportionnellement élevés.

Le fait que la protection de l'ayant droit n'est donc précisément pas garantie dans de tels cas — où les risques financiers des constructeurs semblent en principe les plus grands — fournit un autre indice que cette protection n'est pas indispensable du tout.

(126) En ce qui concerne l'indemnisation pour frais de calcul, celle-ci revêt un caractère forfaitaire et global qui n'est pas justifié par la situation individuelle des entreprises concernées. Elle est ainsi de nature à apporter des restrictions à la concurrence qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. Cette appréciation vaut, à plus forte raison, à l'égard de la récupération (au moins partielle) des frais de calcul au cas où un concurrent non membre obtient le marché. Dans cette hypothèse en effet, les participants bénéficient d'une défense collective au moyen du versement d'une indemnisation par le fonds de garantie ou la caisse de calcul de la SPO.

Par ailleurs, le règlement applicable aux offres de prix dans le contexte de la sous-traitance (*cf.* considérants 55 à 59) ne prévoit une indemnisation pour frais de calcul que pour les sous-traitants de l'entreprise générale adjudicataire; les sous-traitants ayant fait une offre de prix aux autres entreprises générales soumissionnaires ne perçoivent aucune indemnisation, ce qui tend à montrer que les notifiants eux-mêmes ne considèrent pas un tel système comme réellement indispensable.

(127) Les éléments relevés au considérant 123 vont bien au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par les réglementations. Il en va de même pour la comparaison des chiffres blancs lors de la réunion, dans la mesure où cette comparaison permettrait aux participants d'établir si leur offre de prix est «anormalement basse».

D. *Absence de possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause*

(128) Même en prenant en considération la totalité du marché des travaux de construction (donc y compris les marchés de gré à gré), les réglementations donnent la possibilité aux participants d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en question de la manière suivante. En effet, l'ayant droit se trouve à l'abri de la concurrence de la part des autres participants. Même si l'on admet l'affirmation de la SPO selon laquelle le jeu de la concurrence serait précisément respecté jusqu'à la réunion pré-adjudicative, il n'en reste pas moins que la concurrence entre les participants est exclue au stade de l'adjudication même. De plus, la fixation concertée des majorations de prix est de nature à éliminer la concurrence au niveau des frais de calcul. Même si ces frais ne constituent qu'un pourcentage limité de l'offre de prix, il n'en reste pas moins que ce sont souvent les différences de l'ordre d'un ou de deux pour cent qui déterminent quel entrepreneur obtient

un marché. En dernier lieu, le fait de s'abstenir intentionnellement de majorations de prix dans les cas où les participants à la réunion pré-adjudicative sont informés qu'un ou plusieurs *outsiders* ont été invités à soumissionner est aussi de nature à éliminer la concurrence. Il convient de noter en outre que cette dernière hypothèse permet de mettre en doute encore plus fortement le caractère prétendument indispensable du mécanisme de l'indemnisation pour frais de calcul.

2. Les réglementations antérieures aux UPR

(129) Les réglementations antérieures aux UPR actuellement en vigueur n'ont pas été notifiées conformément à l'article 4 du règlement n° 17. Contrairement à ce qui est prétendu par la SPO, ces réglementations — ainsi que les UPR d'ailleurs — n'étaient pas exemptées de l'obligation de notification en vertu de l'article 4 paragraphe 1 point 1 du règlement n° 17, dans la mesure où il est établi que participent à celles-ci des entreprises établies dans d'autres États membres que les Pays-Bas et que font aussi l'objet de ces réglementations les marchés à réaliser aux Pays-Bas mis en adjudication par des maîtres de l'ouvrage ressortissants d'autres États membres ou pour leur compte. Même si ces anciennes réglementations avaient été notifiées, elles n'auraient pu non plus bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 pour les mêmes raisons que celles qui valent pour les réglementations actuellement en vigueur.

3. Le statuts de la SPO

(130) Les statuts de la SPO n'ont pas été notifiés conformément à l'article 4 du règlement n° 17. Cependant, même s'ils avaient été notifiés, ces statuts n'auraient pu bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus aux considérants 116 à 129 en ce qui concerne les UPR et le code d'honneur actuellement en vigueur ainsi que des réglementations antérieures aux UPR.

4. Conclusion

(131) Par ces motifs, la Commission ne saurait octroyer une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3. Dans ce contexte, elle ne peut non plus accepter l'affirmation de la SPO selon laquelle elle aurait omis «de prêter sa collaboration active à la SPO pour l'obtention (d'une) exemption demandée à titre subsidiaire». En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour [1], il appartient, en premier lieu, aux entreprises intéressées de présenter à la Commission les éléments de conviction destinés à établir la justification économique d'une exemption.

[1] Voir arrêts de la Cour de justice du 17 janvier 1984, «VBVB et VBBB», (affaires jointes 43 et 63/82, Recueil 1984, p. 19) et du 11 juillet 1985, «Remia», (affaire 42/84, Recueil 1985, p. 2545), point 45 des motifs.

Chapitre III

Article 3 du règlement n° 17

(132) Aux termes de l'article 3 paragraphe 1 du règlement n° 17, la Commission peut, si elle constate une infraction aux dispositions de l'article 85, obliger par voie de décision les associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée.

La décision obligeant les intéressés à mettre fin aux infractions ne s'applique pas aux réglementations antérieures et similaires aux UPR, telles que décrites aux considérants 55 à 59, étant donné que celles-ci avaient pris fin le 1er avril 1987 et avaient été remplacées dès ce moment par les UPR.

(133) En vertu de l'article 3, la Commission peut également arrêter une décision même s'il a déjà été mis fin au comportement qu'elle vise. Cela est possible non seulement pour infliger une amende en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 mais aussi dès qu'il est jugé nécessaire, dans l'intérêt public, afin de prévenir des infractions identiques ou similaires, et ce également sur des marchés autres que ceux considérés en l'espèce [2].

(134) En conséquence, il convient d'inclure dans la décision l'obligation formelle pour les associations d'entreprises qui exercent leurs activités dans les secteurs de la construction aux Pays-Bas mentionnés au considérant 6 de mettre fin aux infractions et de s'abstenir dorénavant de toute pratique collusoire ayant un objet ou un effet similaire.

Chapitre IV

Article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17

(135) Conformément à l'article 15 paragraphe 2 point a) du règlement n° 17, la Commission peut infliger par voie de décision des amendes d'un montant de 1 000 à 1 000 000 d'écus, pouvant être portées à 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent, aux entreprises et associations d'entreprises qui, de propos délibéré ou par négligence, commettent une infraction aux dispositions de l'article 85 paragraphe 1. Pour déterminer le montant des amendes, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

(136) La Commission considère que la mise en place d'un tel système d'échanges d'informations, de concertation des prix et de répartition des marchés au sein de la SPO, tel qu'il a été instauré par les UPR et le code

[2] Arrêt de la Cour de justice du 2 mars 1983 «GVL» (affaire 7/82, Recueil 1983, p. 483).

d'honneur ainsi que par les réglementations antérieures et similaires aux UPR, constitue un effort délibéré pour faire échec à l'un des principaux objectifs du traité, la création d'un marché unique fondé sur le libre jeu de la concurrence, dès lors, notamment, qu'y participent des entreprises établies dans d'autres États membres et qu'en outre le système est applicable aux adjudications par des demandeurs établis dans d'autres États membres ou pour leur compte. Dans ces conditions, la Commission estime que les entreprises et associations d'entreprises en cause ont commis de propos délibéré ou, tout au moins, par négligence grave les infractions exposées ci-dessus.

(137) La Commission considère, en ce qui concerne les statuts de la SPO, que la création et le fonctionnement d'une association d'associations d'entreprises de construction qui a pour mission de réglementer la concertation des prix et des offres sur le marché constituent une infraction au sens de l'article 85 paragraphe 1.

(138) Ces infractions ont été commises au cours d'une période de temps qui remonte au moins au 1er octobre 1980 pour l'association SPO et pour les vingt-neuf associations ayant pris, dans le cadre de l'organisation SPO, des décisions dites de réglementation des prix entre 1973 et 1979, décisions modifiées et unifiées par la suite dans les UPR adoptés le 9 octobre 1986 par l'association SPO. Dans ce contexte, la Commission prend en considération le fait, d'une part, que les procédures uniformisées de sanction des infractions aux réglementations privées ont été mises en vigueur le 1er octobre 1980 sur la base de la décision de l'association SPO rendant contraignant, pour les entreprises adhérentes, le code d'honneur, et, d'autre part, que les infractions constituées par les décisions notifiées ne sont que la continuation, pour l'essentiel, des infractions constituées par les réglementations antérieures similaires.

(139) Ces infractions n'ont pas cessé à ce jour et se sont donc prolongées sur une période particulièrement longue. Pour la période à compter de la date de la notification des réglementations en cause (le 13 janvier 1988) cependant, les parties notifiantes bénéficient de l'immunité prévue à l'article 15 paragraphe 5 alinéa a) du règlement n° 17.

(140) La Commission considère que ces infractions ont été commises intentionnellement ou à tout le moins par négligence. En effet, les concertations sur les prix et sur la dévolution des marchés font partie des infractions les plus graves, poursuivies, interdites et sanctionnées par la Commission selon une pratique constante et bien connue des entreprises, et constamment confirmée par la Cour de justice.

Le fait que ces infractions aient été commises dans le cadre d'organisations et associations professionnelles regroupant la plupart des entreprises néerlandaises exerçant leurs activités dans le secteur de la construction mis en adjudication aux Pays-Bas, et notamment les plus importantes d'entre elles, ne peut que renforcer la conviction de la Commission selon laquelle leurs auteurs ne pouvaient pas ignorer que les comportements incriminés avaient et ont pour objet de restreindre la concurrence.

Par ailleurs, selon une pratique décisionnelle de la Commission et une jurisprudence constante de la Cour de justice [1], une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre est susceptible d'avoir par sa nature même l'effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité et assurant une protection à la production nationale.

Dès lors, la question de savoir si les auteurs des infractions décrites ci-dessus avaient ou non conscience que celles-ci affectaient ou étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres est sans importance.

(141) En fixant l'ordre général des amendes à infliger, la Commission a également tenu compte des considérations suivantes:

— la concertation institutionnalisée couvrait et couvre la quasi-totalité des marchés, relevant des secteurs mentionnés ci-dessus au considérant 6, mis en adjudication aux Pays-Bas,

— la SPO n'a notifié les UPR et le code d'honneur qu'après que la Commission eut entamé la procédure.

La Commission accepte toutefois de tenir compte dans la fixation du montant des amendes des circonstances suivantes:

— du fait de la publicité donnée aux réglementations professionnelles en cause, la concertation n'a pas eu un caractère clandestin,

— la SPO — en tant que telle et en tant que représentant de ses organisations membres — s'est efforcée dès le début de l'enquête de fournir activement et volontairement toutes les informations nécessaires et utiles qui ont permis d'établir les griefs contre elle et contre ses organisations membres,

— l'intervention des autorités publiques des Pays-Bas, par l'arrêté royal du 29 décembre 1986, peut être considérée comme ayant créé, dans le chef des entreprises de construction et

[1] Décision 72/22/CEE de la Commission (Vereniging van Cementhandelaren) (JO n° L 13 du 17. 1. 1972, p. 34) et arrêt de la Cour de justice du 17 octobre 1972, «Vereniging van Cementhandelaren» (affaire 8/72, Recueil 1972, p. 977 et plus particulièrement p. 992).
Arrêt de la Cour de justice du 26 novembre 1975, «Groupement des papiers peints de Belgique» (affaire 73/74, Recueil 1975, p. 1491).

leurs associations, une certaine ambiguïté à l'égard de la compatibilité de leur concertation avec les règles communautaires de la concurrence,

— enfin, la présente affaire est la première dans laquelle la Commission applique l'article 85 paragraphe 1 au marché de la construction.

Pour déterminer le montant de l'amende à infliger à chacune des diverses associations, la Commission a pris en considération la valeur totale des marchés mis en adjudication et qui ont fait l'objet de la concertation au sein de chaque association pendant la période concernée. En ce qui concerne l'association NAC, la Commission considère qu'elle ne peut lui infliger une amende, étant donné que cette association n'a rempli qu'une fonction purement administrative en faveur de ses entreprises membres tandis que la concertation indiquée ci-dessus de ces entreprises se manifestait et se manifeste au sein d'autres organisations membres de la SPO,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. Les statuts de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, du 10 décembre 1963, tels que modifiés depuis lors, constituent une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE.

2. De même, constituent des infractions à l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE les *Uniforme Prijsregelende Reglementen,* pour l'adjudication selon la procédure restreinte et selon la procédure ouverte respectivement, y compris les réglementations et les annexes faisant partie de ceux-ci, adoptés par la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid le 9 octobre 1986, entrés en vigueur le 1er avril 1987 et modifiés le 23 juin 1988, ainsi que le *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf,* à l'exclusion de son article 10, tel qu'il a été rendu contraignant pour les entreprises adhérant aux organisations membres de cette association par sa décision du 3 juin 1980.

3. De même, constituaient des infractions à l'article 85 paragraphe 1 les règlements antérieurs et similaires aux *Uniforme Prijsregelende Reglementen* mentionnés au paragraphe 2, tels qu'ils ont été adoptés, sous le contrôle de la Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, par ses organisations membres, chacune pour son propre compte, entre 1973 et 1979, et ont été appliqués au moins depuis le 1er octobre 1980 jusqu'à la date de leur remplacement effectif par lesdits *Uniforme Prijsregelende Reglementen.*

Article 2

La demande d'exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE en faveur des décisions mentionnées à l'article 1er paragraphe 2 est rejetée.

Article 3

1. La Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et ses organisations membres sont tenues de mettre fin immédiatement aux infractions mentionnées à l'article 1er paragraphes 1 et 2. Il leur est interdit de prendre toute mesure ayant le même but ou le même effet que celles visées à l'article 1er.

2. La Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et ses organisations membres sont tenues d'informer par écrit les entreprises membres de ses organisations membres, ainsi que les autres entreprises qui participent à l'application et à l'exécution des réglementations mentionnées à l'article 1er paragraphes 1 et 2, de la présente décision et du fait qu'il a été mis fin aux infractions mentionnées à l'article 1er paragraphes 1 et 2, en précisant les conséquences pratiques qui en découleront, telles que la liberté de chacune de ces entreprises de se soustraire à chaque instant auxdites réglementations.

3. La Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid et ses organisations membres sont tenues, dans les deux mois suivant la réception de la présente décision, de communiquer à la Commission l'information transmise aux entreprises conformément au paragraphe 2.

Article 4

Pour les infractions énoncées à l'article 1er, les amendes suivantes sont infligées aux associations et à la fondation énumérées dans la présente décision:

1) Amsterdamse Aannemers Vereniging:
une amende de 1 451 250 écus;

2) Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken:
une amende de 436 500 écus;

3) Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers:
une amende de 436 500 écus;

4) Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken:
une amende de 202 500 écus;

5) Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek:
une amende de 337 500 écus;

6) Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders:
une amende de 445 500 écus;

7) Combinatie van Aannemers in het Noorden:
une amende de 198 000 écus;

8) Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken:
une amende de 180 000 écus;

9) Delftse Aannemers Vereniging:
une amende de 160 000 écus;

10) Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken:
une amende de 184 500 écus;

11) Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»:
une amende de 249 750 écus;

12) Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen:
une amende de 996 750 écus;

13) Gooise Aannemers Vereniging:
une amende de 270 000 écus;

14) 's-Gravenhaagse Aannemersvereniging:
une amende de 1 188 000 écus;

15) Leidse Aannemersvereniging:
une amende de 317 250 écus;

16) Vereniging Markeer Aannemers Combinatie:
une amende de 38 250 écus;

17) Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht):
une amende de 324 000 écus;

18) Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken:
une amende de 238 500 écus;

19) Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling:
une amende de 1 116 000 écus;

20) Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe:
une amende de 474 750 écus;

21) Rotterdamse Aannemersvereniging:
une amende de 2 103 750 écus;

22) Aannemersvereniging «de Rijnstreek»:
une amende de 96 750 écus;

23) Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland:
une amende de 384 750 écus;

24) Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken:
une amende de 200 250 écus;

25) Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord:
une amende de 670 500 écus;

26) Utrechtse Aannemers Vereniging:
une amende de 1 055 250 écus;

27) Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland:
une amende de 4 792 500 écus;

28) Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging:
une amende de 3 948 750 écus.

Article 5

Les amendes infligées à l'article 4 sont payables dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, au compte bancaire suivant:

Compte n° 310-0933000-43,
Banque Bruxelles-Lambert,
Agence européenne,
Rond-Point Schuman, 5,
B-1040 Bruxelles.

À l'issue de ce délai, des intérêts sont automatiquement dus au taux pratiqué par le Fonds européen de coopération monétaire sur ses opérations en écus au premier jour ouvrable du mois au cours duquel la présente décision a été arrêtée, majoré de 3,5 points de pourcentage, soit 13,75 %.

Article 6

La présente décision est destinée à:

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
Koningin Wilhelminalaan 15,
NL-3818 HN Amersfoort;

Amsterdamse Aannemers Vereniging,
Muzenplein 9,
NL-1077 WC Amsterdam-Zuid;

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers,
Middelwijkstraat 23 – 25,
NL-3764 CD Soest;

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken,
Velserdijk 32,
NL-1981 AA Velsen Zuid;

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek,
Van Merlenlaan 1,
NL-2103 GA Heemstede;

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders,
Zwolseweg 290,
NL-7315 GZ Apeldoorn;

Combinatie van Aannemers in het Noorden,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Delftse Aannemers Vereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken,
Europalaan 101,
NL-3526 KR Utrecht;

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen,
Roëllstraat 1,
NL-6814 JC Arnhem;

Gooise Aannemers Vereniging,
De Ruyterstraat 31,
NL-1271 SR Huizen;

's-Gravenhaagse Aannemersvereniging,
Van Stolkweg 11,
NL-2585 JL 's-Gravenhage;

Leidse Aannemersvereniging,
Rijnsburgerweg 159,
NL-2334 BP Leiden;

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven (NAPB Dordrecht),
Singel 91,
NL-3311 PB Dordrecht;

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken,
Von Liebigweg 39,
NL-1097 RL Amsterdam;

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling,
Almelosestraat 22,
NL-7495 TH Ambt-Delden;

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe,
Heresingel 19,
NL-9711 ER Groningen;

Rotterdamse Aannemersvereniging,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Aannemersvereniging «de Rijnstreek»,
Thomas Mannplaats 307,
NL-3069 NJ Rotterdam;

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland,
Prins Hendrikstraat 6,
NL-8911 BK Leeuwarden;

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken,
Groesbeekseweg 14,
NL-6524 DB Nijmegen;

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord,
Justus van Effenstraat 7-9,
NL-1813 KW Alkmaar;

Utrechtse Aannemers Vereniging,
Ramstraat 20,
NL-3581 HJ Utrecht;

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland,
Utrechtseweg 44,
NL-3704 HD Zeist;

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging,
Jan Deckersstraat 45,
NL-5591 HP Heeze;

Vereniging Nederlandse Aannemers Combinatie,
P/a TRN-groep,
Zoeterwoudsesingel 62,
NL-2313 EL Leiden.

La présente décision forme titre exécutoire, conformément à l'article 192 du traité CEE.

Fait à Bruxelles, le 5 février 1992.

Par la Commission
Leon BRITTAN
Vice-président