

Grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 28 OCTOBRE 2010

(n° **167**, 20 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2010/03405**

Décision déferée à la Cour : n° **10-D-04** rendue le **26 janvier 2010**
par **L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

DEMANDERESSES AU RECOURS :

- La société MAQUET, S.A.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Parc de Limère - Avenue de la Pomme de Pin - CS 10008
ARDON - 45074 ORLEANS CEDEX 02

- La société MAQUET GMBH & CO.KG

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Kehlerstrabe 31 - D-76437 Rastatt - GERMANY

représentées par Maître François TEYTAUD,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistées de :

- Maître Emmanuel SCHULTE
Cabinet BERSAY & ASSOCIES
31 avenue Hoche 75008 PARIS

- Maître Jérôme PHILIPPE
Cabinet FRESHFIELDS BRUCKHAUSS DERINGER LLP
2 rue Paul Cézanne 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI
D.G.C.C.R.F

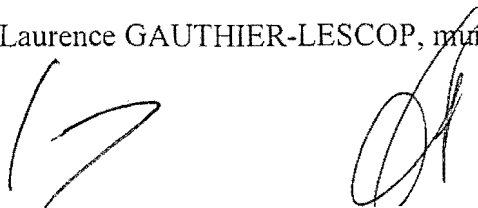
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

représentée par Mme Laurence NIED, munie d'un pouvoir

- M. LE PRESIDENT DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté par Mme Laurence GAUTHIER-LESCOP, munie d'un pouvoir



COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 09 septembre 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Thierry FOSSIER, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Madame Marthe-Elisabeth OPPELT-REVENEAU, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Thierry FOSSIER, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Par lettre enregistrée le 3 août 2007, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a, au vu des résultats d'une enquête effectuée par la D G C C R F, saisi le Conseil de la concurrence, ci-après le Conseil, de pratiques mises en oeuvre dans le secteur des tables d'opération susceptibles de relever de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne.

Le rapport de la brigade interrégionale d'enquête de concurrence de Nantes indiquait que « *les sociétés Maquet France et A L M SA répondent de fin décembre 2000 à décembre 2002 à de nombreux appels d'offres d'établissements de santé en présentant des soumissions séparées apparemment concurrentes alors que ces deux entreprises n'ont pas de réelle autonomie commerciale et surtout, que les offres d'A L M sont traitées par des cadres de Maquet. Ce faisant, elles se livrent à une simulation de concurrence qui trompe les acheteurs* ».

Les pratiques relevées par le rapport d'enquête concernent les marchés passés par les établissements hospitaliers français pour l'achat de tables d'opération destinées à équiper les blocs opératoires. L'enquête a porté sur les appels d'offre lancés par les établissements publics de santé, ainsi qu'un établissement privé (l'AHNAC).

Ces établissements sont démarchés par les délégués commerciaux des sociétés fabricantes qui tentent de valoriser leurs produits non seulement auprès des services budgétaires des établissements, mais aussi auprès des chirurgiens et des ingénieurs biomédicaux. Les méthodes de vente de tables d'opération sont identiques à celles des autres produits de santé, et font donc essentiellement l'objet d'appels d'offres -ouverts ou fermés- ou de marchés négociés.

Compte tenu de la durée de fonctionnement des tables d'opération, qui approche 15 ans, la maintenance joue un rôle important dans le processus d'achat de ces équipements. En effet, une formation assez poussée des techniciens hospitaliers est nécessaire pour qu'ils puissent régler le matériel et les services après-vente des fabricants doivent être très réactifs pour intervenir dans les délais les plus brefs. Cet aspect devient de plus en plus important avec l'intégration de l'électronique dans l'utilisation des tables. Pour cette raison, les acheteurs favorisent les fabricants qui disposent d'un service après-vente intégré et géographiquement bien réparti sur le territoire national.

En 2000, les fabricants européens de tables d'opérations étaient notamment :

- ALM (Air Liquide Médical), établie en France (Ardon-45) avec une part de marché de 61 % en France et de 17 % en Europe : appartenant au groupe Air Liquide, A L M était le généraliste français de la table d'opération et se distinguait surtout par un service après-vente très performant. Les produits ALM sont plutôt de gamme moyenne ;
- Maquet, établie en Allemagne (Rastatt) - groupe R W E - avec une part de marché de 28 % en France et de 41 % en Europe : cette société, dont les produits sont distribués en France par la société Becker (située à Strasbourg), dominait dans l'Est de la France et sur des créneaux très spéciaux de la table d'opération. Les produits Maquet sont plutôt haut de gamme ;
- Schaerer Mayfield, installée en Suisse (Muensigen) (7 % de parts de marché en France et 8 % en Europe) ;
- Trumpf-Blanco, établie en Allemagne, dont les produits sont distribués en France par la société AMSA (localisée à Clermont-Ferrand) (3 % de parts de marché en France et 10 % en Europe) ;
- OPT, localisée en Italie (Trente) : 1 % de part de marché en France et 10 % en Europe ;

A L M et Maquet étaient alors les leaders du marché en Europe. Leurs concurrents les plus proches étaient Trumpf et O P T, qui sont principalement présents en Allemagne et en Italie, leur territoire d'implantation historique, alors que les parts de marché des autres opérateurs, les fabricants Schaerer, Schmitz, Mizuho, Steris et Eschmann, sont beaucoup plus faibles. En France, ALM et Maquet se partageaient le marché, loin devant Schaerer et Trumpf-Blanco qui n'étaient pas en mesure de répondre aux appels d'offres de l'ensemble des établissements de santé français.

A la fin de l'année 2000, Maquet et A L M ont fait l'objet d'un rachat par le groupe Getinge Industrier AB (ci-après le « groupe Getinge »), qui est l'un des premiers fournisseurs mondiaux d'appareils techniques médicaux pour la chirurgie, les soins intensifs et le contrôle des infections. En novembre 2000, le groupe allemand R W E a en effet cédé au groupe Getinge sa filiale allemande Maquet GmbH & Co KG, leader mondial des tables d'opération. Dans le même temps, le groupe Air Liquide a décidé de spécialiser sa filiale santé dans le domaine respiratoire. Dès lors, la société A L M SA, qui n'avait pas d'activité dans ce domaine, a été mise en vente. C'est dans ces conditions que, le 23 janvier 2001, la société Getinge Arjo France SAS, filiale à 100 % du groupe Getinge, a acheté ALM au groupe Air Liquide.

Cette concentration a été notifiée en avril 2001 au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie qui, par lettre du 22 juin 2001, a autorisé la concentration sous réserve de l'exécution d'un certain nombre d'engagements consistant notamment à vendre l'activité tables d'opération de la société ALM à un acquéreur indépendant agréé par le ministre dans le délai d'un an.

Aux termes de cette lettre, « Ces engagements consistent à vendre l'activité tables d'opération de la société A L M à un acquéreur indépendant agréé par le ministre dans le délai d'un an. Cette activité tables comprend les lignes d'assemblage de tables d'opération

chirurgicales ainsi que les accessoires desdites tables exploitées par A L M à Ardon dans le Loiret (sauf la ligne d'assemblage dédiée à la table CMAX), les marques "Transférés", "Universis" et "Easynox" ainsi que les droits de propriété intellectuelle afférents à l'ensemble des sous-produits et accessoires desdites marques, la technologie et une assistance technique de six mois. Par ailleurs, Getinge proposera à un éventuel acquéreur une licence de trois ans de la marque "A L M" suivant la réalisation de la vente de l'activité tables d'opération d'A L M et s'engage à renoncer à la commercialisation des tables d'opération sous la marque A L M en France. Ces engagements permettent de résoudre les problèmes de concurrence identifiés sur le marché des tables d'opération ».

Les engagements souscrits par le groupe Getinge prévoyaient également que *« l'activité tables d'opération d'A L M soit tenue séparée de l'activité tables d'opération du groupe Getinge/Maquet et constitue une activité distincte, viable, pouvant faire l'objet d'une vente »* et que le groupe devait s'assurer *« que tous les contrats nécessaires au maintien de l'activité tables d'opération d'A L M soient conclus ou maintenus en vigueur en accord avec leurs dispositions, et selon le cours normal des affaires »*.

Au mois de juin 2002, à la demande du groupe Getinge, la date butoir pour céder l'activité tables d'opération d'ALM a été repoussée par le ministre de l'économie au 22 juillet 2002. Le délai pour réaliser la cession a encore été prolongé jusqu'au 14 août, puis jusqu'au 4 septembre 2002. C'est alors que le groupe Getinge, estimant ne plus être en position dominante sur le marché, a demandé au ministre par courrier du 7 août 2002 à être libéré de son engagement : *« le marché est en complète mutation, la concurrence y est féroce entre les compétiteurs, nous pensons que ces nouvelles données, qui n'étaient absolument pas prévisibles début 2001 au moment de l'acquisition d'ALM par le Groupe Getinge, sont de nature à permettre un réexamen de l'engagement de cession des tables ALM par le Groupe Getinge tout en garantissant à court et moyen terme les critères d'une concurrence active sur les marchés français et européens des tables d'opération »*.

Le 7 octobre 2002, un protocole d'achat a été signé entre ALM et la société française Fournitures Hospitalières SA (F H), qui a été suivi par plusieurs avenants sur les conditions de paiement et a abouti à la vente définitive de l'activité tables d'opération A L M en 2003. La demande d'agrément de Fournitures Hospitalières, refusée par le ministre de l'économie le 19 novembre 2002, a finalement été acceptée le 31 décembre 2002.

C'est dans ces conditions que, le 19 novembre 2002, le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence pour non-respect d'engagements. Le ministre s'est cependant désisté le 19 décembre 2003 ce qui a conduit le Conseil, par décision n° 03-C-25 du 23 décembre 2003, à donner acte au ministre de l'économie de son désistement et à classer le dossier.

Un protocole conclu le 14 février 2003 entre les sociétés ALM et Fournitures Hospitalières Surgical SAS (FHS), relatif aux modalités du transfert physique de l'activité cédée (y compris les stocks), a fixé la date du transfert au 1er mars 2003. A L M a confirmé à la D G C C R F la cession effective de son activité tables d'opération au groupe Fournitures Hospitalières le 13 mars 2003. A L M a ensuite changé de dénomination sociale au 31 décembre 2004 pour devenir Maquet SA.

L'intégration d'A L M dans le groupe Getinge s'est traduite en 2001 par des réorganisations portant essentiellement sur l'organisation commerciale des trois entités Getinge, Maquet et A L M. Si, durant l'année 2001, chacune des forces de vente d'A L M et de Maquet a travaillé pour sa marque affectée, en 2002 est créée l'organisation «S u S y» (Surgical Systems) qui a pour but de mieux faire fusionner les forces commerciales d'A L M et de Maquet.

Tout au long de l'année 2002, alors qu'elles appartenaient au même groupe et que leurs équipes commerciales avaient été fusionnées A L M et Maquet ont toutefois répondu de manière séparée aux appels d'offres des établissements de santé français.

Vingt-deux appels d'offres ont été remportés par Maquet (dont trois conjointement avec ALM et un conjointement avec Trumpf), 9 par A L M (dont trois conjointement avec Maquet), 8 par Trumpf (dont un conjointement avec Maquet), 1 par O P T et 5 appels d'offres ont été déclarés infructueux. Pour les 42 appels d'offres précédents, pour lesquels ALM et Maquet ont toutes deux soumissionné, Maquet a vendu 71 tables d'opération alors qu'A L M n'en a vendu que 10 (n'ont pas été comptabilisés les appels d'offres pour lesquels A L M et Maquet ont conjointement remporté le marché. Il s'agit des appels d'offres du centre hospitalier de Cochin (n° 3), du centre hospitalier de Montpellier (n° 6) et du centre hospitalier de Nancy (n° 22)).

Sur la base de ces éléments, les griefs suivants ont été notifiés le 21 juillet 2009 :

- « Il est fait grief à la société ALM SA, devenue Maquet SA le 31 décembre 2004 (RCS Orléans 311 844 229), de s'être entendue avec Maquet GMBH & Co KG (pour la France - RCS Strasbourg B 410 660 708), en 2002, pour présenter des soumissions séparées fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises, et avoir ainsi trompé les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique est prohibée par les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE » ;

- « Il est fait grief à la société Maquet G M B H & Co KG (pour la France - R C S Strasbourg B 410 660 708) de s'être entendue avec A L M SA devenue Maquet SA le 31 décembre 2004 (RCS Orléans 311 844 229), en 2002, pour présenter des soumissions séparées fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises, et avoir ainsi trompé les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique est prohibée par les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE ».

Par décision du 21 juillet 2009 prise en application de l'article L. 463-3 du code de commerce et notifiée aux parties, la rapporteure générale de l'Autorité a, lors de la notification de griefs, décidé que l'affaire sera examinée par l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport.

Par une décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010, l'Autorité de la concurrence a statué comme suit :

«Article 1er : Il est établi que les sociétés A L M SA (devenue Maquet SA) et Maquet Gmb H & Co KG ont enfreint les dispositions de l'article 81 du traité CE et de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes : à la société ALMSA (devenue Maquet SA) une sanction de 750 000 euros ; à la société Maquet GmbH & Co KG une sanction de 750 000 euros.» ;

LA COUR :

Vu le recours formé par la société Maquet S.A. et par la société Maquet G M B H & CO, K G, ci-après les sociétés Maquet, le 26 février 2010 ;

Vu le mémoire déposé le 26 mars 2010 par la société Maquet S.A. et par la société Maquet G M B H & CO, K G à l'appui de leur recours ;

Vu les observations écrites de l'Autorité de la concurrence en date du 3 juin 2010 ;

Vu les observations écrites du ministre chargé de l'économie en date du 3 juin 2010 ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties à l'audience ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 9 septembre 2010, le conseil des requérantes qui a été mis en mesure de répliquer ainsi que la représentante du ministre chargé de l'économie, la représentante de l'Autorité et le ministère public ;

SUR CE :

Sur l'applicabilité du droit communautaire

Considérant qu'il suffit de constater que les requérantes ne critiquent pas la décision de l'Autorité qui, pour décider que les pratiques en cause doivent être examinées au regard non seulement du droit national mais également du droit communautaire de la concurrence, a relevé (points 98 à 106 de la décision), en premier lieu, que les produits en cause font l'objet d'échanges entre les pays de l'Union européenne, en deuxième lieu, que les pratiques incriminées étaient susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre les Etats membres et, enfin, en troisième lieu, que ces pratiques, qui ont été mises en oeuvre par des entreprises détenant ensemble plus de 85 % du marché national de la vente des tables d'opération sont susceptibles d'avoir eu un effet sensible sur le commerce entre Etats membres ;

Sur la délimitation des marchés pertinents

Considérant que la cour observe que les sociétés Maquet ne remettent pas en cause la décision déférée en ce qu'elle a opéré une délimitation des marchés pertinents (points 107 à 116 de la décision) en retenant, d'une part, concernant les marchés de produits que pour les besoins de la présente affaire, devaient être retenus les tables à plateau non transférable et les tables à plateau transférable et, d'autre part, concernant les marchés géographiques, que seuls les appels d'offres lancés en France seraient analysés ;

Sur le bien fondé des griefs

Considérant, tout d'abord, que les sociétés Maquet demandent à la cour d'annuler la décision de l'Autorité pour défaut de base légale et détournement de procédure, au motif que l'Autorité a, en réalité, cherché à sanctionner, en se plaçant sur le terrain des ententes et à travers deux filiales non autonomes du groupe Getinge, un prétendu non respect des engagements imposés à ce groupe par le ministre chargé de l'économie lors de l'acquisition de la société A L M ;

Qu'elles exposent ainsi qu'en vertu des engagements acceptés par le ministre, d'une part, la force de vente d'A L M et le service après-vente des produits A L M étaient exclus du périmètre de la cession et, d'autre part, que le groupe Getinge devait s'assurer du maintien du niveau des ventes de l'activité tables d'opération d'A L M et qu'en conséquence, au titre de ces engagements, le groupe Getinge a été amené à présenter aux centres hospitaliers des offres commerciales pour le compte d'une activité commerciale en cours de cession mais dépourvue de sa propre force de vente, situation qui a précisément été sanctionnée par l'Autorité ;

Qu'elles maintiennent que la force commerciale d'A L M, qui ne faisait pas partie de l'entité à céder s'est, à l'instar de celle de Maquet en France, «*délitée*» à la suite de multiples démissions et que le seul moyen d'éviter cet effondrement était de la fusionner rapidement avec celle de Getinge / Maquet, ce qui était permis par les engagements et que, dès lors, dans ce contexte, et afin de respecter l'engagement de maintien de la position de marché d'A L M, le groupe Getinge était obligé de procéder directement à la commercialisation des tables A L M et donc de déposer des offres pour le compte d'A L M ;

Qu'à cet égard, les requérantes reprochent à l'Autorité d'avoir dénaturé les engagements pris devant le ministre en énonçant, à plusieurs reprises, que la fusion des forces commerciales constituait un non respect des engagements alors que le ministre, qui seul avait qualité pour saisir le Conseil de la concurrence en raison du non-respect d'engagements au titre des opérations qu'il a autorisées et qui l'avait saisi initialement le

19 novembre 2002 avait cependant retiré ensuite sa saisine en décembre 2003, ce qui suffit à démontrer qu'il estimait que les engagements, dont il était seul à pouvoir apprécier la bonne exécution, avaient été correctement exécutés ;

Que, dans ces conditions, l'Autorité qui s'est trouvée privée de moyen d'action pour sanctionner ce qu'elle considère manifestement comme un non-respect d'engagement a, face à cette difficulté, choisi la voie et le prétexte des ententes pour «*sanctionner à tout prix*» le groupe Getinge, à travers deux filiales dépourvues d'autonomie, comme l'attestent notamment :

- au début de la décision, avant toute mention d'une action concertée, une référence à une lettre du ministre de l'économie faisant part de ses inquiétudes quant aux son engagements souscrits par le groupe Getinge ;
- la structure de la décision qui comporte une description de la réorganisation du groupe Getinge intégrée dans les pratiques relevées alors qu'elle devrait tout au plus relever d'une partie introductive ;
- la mention erronée d'un prétendu non-respect d'engagements ;
- dans l'appréciation du dommage à l'économie, la mise en oeuvre d'un raisonnement sur le droit du contrôle des concentrations et non sur celui des ententes ;

Que dès lors, la cour n'ayant pas à se prononcer sur le respect ou non des engagements pris devant le ministre, le détournement de procédure imputable à l'Autorité doit entraîner l'annulation de la décision, étant précisé qu'en tout état de cause, les engagements pris devant le ministre ont été exécutés, même s'ils ont dû l'être avec retard en raison d'une mise en oeuvre plus difficile que prévu et que le désistement de cette saisine par le ministre le 23 décembre 2003 démontre que ces engagements avaient été correctement exécutés ;

Considérant, ensuite, que les sociétés Maquet soutiennent que la décision attaquée est de surcroît entachée de nombreuses erreurs d'appréciation et de multiples contradictions qui doivent entraîner son annulation ;

Qu'en premier lieu, elles font valoir que la décision retient à tort que les engagements pris devant le ministre interdisaient à Getinge de fusionner les équipes commerciales des sociétés Maquet et A L M, alors qu'il ressort de la lettre du ministre du 22 juin 2001 que la force de vente d'A L M n'était pas concernée par la cession : cette force de vente étant explicitement citée comme étant l'un des trois éléments exclus des engagements, le groupe Getinge était libre de fusionner les équipes de vente avant la cession de l'activité, position qui a été confirmée par le ministre dans une lettre du 19 juillet 2002 ; par surcroît, le groupe Getinge était confronté à des difficultés provoquées par la forte démotivation des équipes commerciales en France en raison de la cession planifiée de l'activité tables d'opération d'A L M : la décision de fusionner les équipes commerciales d'A L M et Maquet a été menée dans un contexte concurrentiel difficile à appréhender du fait notamment des obligations résultant des engagements ;

Qu'en deuxième lieu, les requérantes soutiennent que, contrairement à ce qu'a estimé l'Autorité, l'absence d'indépendance des offres n'est pas le résultat d'une concertation mais la conséquence directe d'une situation de concurrence exceptionnelle résultant de ce que, depuis 2001, A L M et Maquet ne sont pas maîtres de leur comportement sur le marché, comme l'illustre le fait que les ventes des tables de marque A L M et Maquet ont été confiées à un même commercial régional, et cela de façon transparente vis-à-vis des centres hospitaliers ;

Qu'elles précisent qu'elles ont toujours reconnu que les offres des sociétés Maquet et d'A L M n'étaient pas élaborées de façon autonome et que si elles ont été présentées, de façon purement formelle, comme émanant de deux sociétés juridiquement distinctes, il

s'agissait seulement «*de proposer aux acheteurs deux offres qui puissent être, d'un point de vue formel, valablement retenues*», étant observé que la soumission d'une seule offre serait nécessairement intervenue au détriment de l'activité des ventes de tables A L M qui devait être cédée à très court terme et qu'en aucun cas, la dualité des offres, qui visait à assurer le respect des engagements pris devant le ministre, n'a eu pour objet ou pour effet de tromper le maître d'ouvrage ;

Qu'en troisième lieu, les sociétés Maquet prétendent que les centres hospitaliers ont bénéficié d'une information complète sur leurs liens ainsi que sur la réalisation conjointe des offres :

- cette information résulte d'une très large publicité du rapprochement d'A L M et de Maquet au sein du groupe Getinge opérée auprès des centres hospitaliers à la suite de la diffusion de publicités, brochures d'informations et publications, rapports ou encore de participations conjointes à des salons professionnels ;

- les conditions de traitement des appels d'offres impliquaient nécessairement l'information des centres hospitaliers sur l'origine des offres, dès lors que, dès le lancement des procédures d'appels d'offres et tout au long de leur déroulement, il est avéré que les centres hospitaliers étaient en contact personnel et direct avec un seul représentant commercial en charge de la distribution des tables A L M et des tables Maquet ;

- les déclarations des représentants des centres hospitaliers, des sociétés Maquet et A L M de leurs salariés ainsi que de nombreuses mentions figurant dans les dossiers d'appels d'offres démontrent la connaissance par tous les centres hospitaliers concernés par les 42 appels d'offres retenus de l'appartenance commune des sociétés A L M et Maquet au même groupe et de la réalisation conjointe des offres : 29 établissements étaient au moins informés de ces liens et surtout au moins 17 ne pouvaient ignorer que les offres étaient réalisées de concert ;

Qu'en quatrième lieu, les requérantes précisent que c'est à tort que la décision relève que l'intégration d'A L M au sein du groupe Getinge s'est traduite par une augmentation des prix des produits des marques Maquet et A L M en 2001 et 2002 alors qu'elle établit qu'aucune augmentation tarifaire n'a été réalisée en 2002 pour les produits A L M et qu'aucune modification n'est intervenue dans la politique de remise ;

Qu'en dernier lieu, elles soutiennent que la décision de l'Autorité est entachée de multiples contradictions résultant :

- de l'affirmation d'une action de concert ou de tromperie, dès lors que c'est le même délégué commercial qui représentait l'une et l'autre société auprès de la clientèle ;

- de ce qu'une réponse distincte aux deux sociétés révélerait la croyance des centres hospitaliers en une indépendance des offres : en effet, à de nombreuses occasions, les hôpitaux ont adressé les dossiers de consultation à deux adresses séparées et, plus généralement, traité les offres de manière séparée, alors qu'ils étaient parfaitement informés à la fois de l'appartenance commune de Maquet et d'A L M à un même groupe et de la représentation commune des deux marques par un même délégué commercial ;

- de ce que la décision retient qu'il convenait de ne déposer qu'une seule offre, alors que si tel avait été le cas, cela aurait nécessairement conduit les deux sociétés à présenter une offre subdivisée entre une offre principale et une variante et qu'une telle hiérarchisation aurait pu être reprochée à Getinge, dans la mesure notamment où les engagements imposaient «*d'assurer que tous les contrats nécessaires au maintien de l'activité tables d'opérations d'A L M soient maintenus en vigueur*» : il est ainsi contradictoire de prôner, au cas d'espèce, l'application d'une solution issue de la jurisprudence relative aux ententes -la présentation d'une offre unique- qui aurait placé les appelantes en situation d'enfreindre leurs engagements pris devant le ministre ;

- de ce que l'Autorité ne tire aucune conclusion du fait que, selon les propres constatations de la notification de griefs, non démenties par la décision, plus de la moitié des centres hospitaliers connaissait l'appartenance des deux sociétés au même groupe, circonstance qui aurait pourtant dû conduire à exclure toute volonté de dissimulation des relations existant entre les deux sociétés;

Considérant, enfin, que les requérantes font valoir que la décision déférée encourt également l'annulation en ce que l'Autorité a commis une erreur de droit en raison de l'application d'une jurisprudence contraire au droit communautaire ;

Qu'elles soulignent, en premier lieu, que la décision est entachée d'une erreur de droit et d'une erreur d'appréciation en raison d'une application de la jurisprudence concernant l'exception à l'immunité intragroupe qui est critiquable en raison du refus injustifié de prendre en considération des circonstances exceptionnelles ;

Qu'elles précisent, tout d'abord, que cette jurisprudence s'applique à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, alors qu'en l'espèce, les deux entreprises sanctionnées du groupe Getinge qui étaient toutes les deux filiales à 100% du groupe Getinge, ne disposaient pas d'une telle autonomie et que la présomption d'exception à l'immunité des accords intragroupe repose sur des éléments factuels et des critères servant à caractériser l'entente entre deux filiales présentant des offres distinctes qui ne se retrouvent en aucun cas dans les faits de la présente affaire ; qu'en effet :

- l'Autorité retient à tort que le dépôt d'offres distinctes constituerait la manifestation de l'autonomie commerciale des deux entreprises, alors qu'un tel dépôt traduit seulement la volonté de respecter les engagements pris devant le ministre de l'économie concernant le maintien de la position d'A L M, de surcroît dans un contexte de fusion des équipes commerciales ;

- une concertation préalable au dépôt d'offres coordonnées ne peut non plus leur être reprochée, dès lors qu'elle constituait la conséquence nécessaire d'une telle fusion et que, par surcroît, aucune décision de répartition des marchés entre Maquet et A L M n'a été prise au niveau du groupe Getinge : c'est au contraire pour éviter d'avoir à faire une telle répartition, qui aurait pu leur être reprochée au titre des engagements pris, dans le cas où la part de marché d'A L M n'aurait pas été maintenue, que les deux marques ont systématiquement présenté des offres distinctes ;

- le défaut d'information des opérateurs relatif à la tromperie des acheteurs publics a été relevé à tort par l'Autorité dans la mesure où elles n'ont jamais cherché à dissimuler les liens qui les unissaient au sein du groupe Getinge ;

Qu'ensuite, les sociétés requérantes prétendent que le refus injustifié de l'Autorité de prendre en compte des circonstances exceptionnelles conduit à une erreur manifeste d'appréciation et à une erreur de droit dès lors que l'Autorité n'a pas répondu à leur argument sur ces circonstances, pourtant admises dans d'autres affaires et qui sont caractérisées en l'espèce : le dépôt d'offres concomitantes résulte en effet directement de l'observation des engagements souscrits auprès du ministre et que l'Autorité a procédé à une appréciation très restrictive en se contentant de les examiner au regard de l'article L. 420-4-I. 1° du code de commerce alors qu'ils constituent moins une contrainte irrésistible légalement imposée qu'un *«cadre mal ajusté plaçant les sociétés Maquet et A L M dans une situation très délicate et inédite»* ;

Que les sociétés requérantes exposent, en second lieu, qu'en tout état de cause, la décision est également entachée d'une erreur de droit en ce que la jurisprudence appliquée en l'espèce est en contradiction avec le droit communautaire ;

Qu'elles font valoir, tout d'abord, que l'exception française à l'immunité des accords intragroupe n'est pas conforme à la jurisprudence constante de la C J C E qui

affirme le principe d'une immunité des ententes intra-groupe : en effet la prohibition des ententes prévue à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (T F U E) n'est pas applicable aux accords passés entre sociétés du même groupe, formant une même unité économique, qui ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché ;

Que ce principe, qui ne souffre aucune exception droit communautaire, ne peut *a fortiori*, compte tenu de la primauté du droit communautaire, souffrir d'exception dans l'ordre interne et ne peut, comme le fait pourtant la décision déférée, être écarté par les autorités de concurrence ou les juridictions nationales au motif que l'obligation de délivrer une information sincère à l'acheteur public constituerait un objectif supérieur au principe fondamental du droit de la concurrence d'absence d'entente entre entreprises non autonomes ;

Que les requérantes font valoir, ensuite, que l'Autorité commet une erreur de droit en ne tirant pas les conséquences de cette contradiction avec le droit communautaire et en persistant à appliquer la jurisprudence française d'exception à l'affaire en cause alors qu'au rebours de ce qu'affirme la décision, le T P I C E a déjà statué dans une affaire de cartel dans laquelle un projet a été attribué à une filiale en ne considérant pas chaque filiale comme une unité économique autonome ;

Mais considérant que l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre des entreprises en matière de marchés publics sur appels d'offres est établie dès lors qu'il est démontré qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres ou qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date à laquelle le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ;

Que, lorsque des entreprises appartenant à un même groupe interviennent dans le cadre de procédures de mise en concurrence, le dépôt d'offres distinctes manifeste leur autonomie commerciale ainsi que l'indépendance de ces offres ;

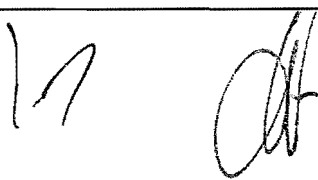
Que cependant ces offres ne sont plus indépendantes s'il apparaît qu'elles ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles et que, dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence, pratique qui a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel ;

Considérant qu'aux termes de la notification de griefs, il est précisément reproché aux deux requérantes une présentation de soumissions séparées dans le cadre des marchés lancés par les établissements hospitaliers tout au long de l'année 2002, alors qu'elles étaient fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises, et avoir ainsi trompé les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence ;

Considérant qu'alors que A L M et Maquet ont, pendant la période visée par la notification de griefs, répondu séparément aux appels d'offres, il ressort cependant du dossier du fait de la fusion des équipes commerciales d'A L M et de Maquet, les réponses de ces sociétés aux appels d'offres ont été établies de manière centralisée tout au long de l'année 2002 (paragraphes 49 à 55 et 145 de la décision) ;

Qu'ainsi, lorsqu'un établissement de santé lançait un appel d'offres, le siège d'A L M confiait à un même commercial la rédaction des deux offres-à la fois pour Maquet et pour A L M-qui les établissait, notamment pour leur montant, à l'aide du même logiciel et suivant les instructions du chef de vente d'A L M, M. X...;

Que les offres remontaient ensuite au service clients d'A L M à Ardon qui les validait et les signait et étaient ensuite envoyées de manière séparée aux acheteurs publics et que Mme Sophie D..., coordinatrice du service clients d'A L M puis de Maquet, a d'ailleurs expliqué lors de son audition du 5 octobre 2006 : « *Concrètement, lorsqu'une collectivité lançait un appel d'offres, nous faisons deux demandes de dossiers, l'une au nom*



de la société A L M et l'autre au nom de la société Maquet. Ces dossiers étaient ensuite confiés à un même commercial qui était chargé de rédiger à la fois l'offre pour Maquet et l'offre pour A L M, ces offres, et notamment leur montant, étaient établies suivant les instructions de M. X.... Les signataires des offres étaient différents parce que nous étions deux entités juridiques différentes. Pour Maquet, ces signataires étaient titulaires d'un pouvoir donné par le Directeur Général de Maquet France, M. Luc H.... Il s'agissait généralement de MM. L..., M... et N... pour Maquet. Pour la mise en forme des pièces du marché, j'étais tenue d'avoir en ma possession un tampon de la société Maquet qui m'a été fourni par M. Luc H.... » ;

Considérant que, concernant la connaissance alléguée par les acheteurs publics des liens commerciaux des sociétés Maquet et A L M , il est vrai :

- que les deux entreprises peuvent se prévaloir d'une participation commune à des salons internationaux ainsi que d'une publicité ou d'informations sur les produits vendus réalisées au moyen de l'envoi d'invitations ou de brochures sur lesquelles figuraient les logos Getinge, « Maquet » et « A L M » pour affirmer que les tiers détenaient ainsi des informations sur leurs liens commerciaux ainsi que sur l'appartenance à un même groupe ;
- que s'agissant plus spécialement de l'information sur leur situation attribuée par les requérantes aux centres hospitaliers, certains courriers de réponse aux appels d'offres comportaient des entêtes « A L M /Maquet », avec mention de Getinge et qu'il est constant également que les centres hospitaliers ont pu être en contact avec un seul commercial pour la visite des centres hospitaliers, la négociation, la préparation et le suivi des offres, que des offres ont été réalisées sur un logiciel identique ce qui pouvait conduire à une présentation similaire des offres;

Considérant cependant que ces éléments ne sont pas de nature à écarter le reproche de tromperie tiré de la présentation d'offres séparées qui leur est fait par la notification de griefs, dès lors qu'il n'est pas établi par le dossier (points 66 à 95 et 153 de la décision) que les deux sociétés en cause ont, pour autant, lors du dépôt de leurs offres, clairement informé les centres hospitaliers de la nature des liens qui les unissaient ainsi que le fait que leurs offres ont été établies en commun ou qu'elles ont communiqué entre elles pour les établir, étant d'ailleurs observé que le mode de réponse aux appels d'offres était systématisé (paragraphes 49 à 55 et 139 de la décision) dès lors que , comme l'ont indiqué les représentants de Maquet SA lors de leur audition du 22 avril 2009: « la directive était que chacune des deux sociétés devait répondre à tous les appels d'offres. En conséquence, pour tous les appels d'offres "ouverts" les deux sociétés soumissionnaient. Il peut arriver que les établissements hospitaliers aient fait des appels d'offres "restreints" où une seule des deux sociétés était invitée à soumissionner » ;

Que, comme le constate la décision déferée (paragraphe 154), la télécopie de Maquet signé par M. Z... et M. E..., intitulée «*Pour information à qui de droit*», datée du 24 janvier 2002 - « *Par la présente nous, société Maquet G m b H & Co KG sise à Rastatt (Allemagne), certifions que la société A L M SA sise à Ardon (France) est autorisée à faire la promotion, distribuer et assurer le service après-vente de l'ensemble des produits de la gamme Maquet (Tables, accessoires et mobilier associé Variop). Cette autorisation prend effet à partir du 01 janvier 2002 et est valable sur l'ensemble du territoire français* » - constitue le seul document qui permet d'établir formellement qu'A L M était le distributeur exclusif de Maquet en France ;

Que, toutefois, à la lumière des dossiers d'appels d'offres fournis par les centres hospitaliers (paragraphe 95 de la décision), il apparaît que ce document était transmis aux centres hospitaliers clients après l'attribution des marchés à la société Maquet et non au moment du dépôt des offres ; qu'en effet, lorsqu'un établissement de santé confirmait sa commande auprès de Maquet, A L M transmettait ce document pour informer le centre hospitalier que la livraison du matériel et son entretien seraient effectués par ALM et non par Maquet ;

Qu'au surplus, il ressort également du dossier que les réponses d'A L M et de Maquet aux appels d'offres étaient souvent rédigées sur des papiers à entête différents dissimulant comme l'Autorité le relève à juste titre, les liens directs des deux sociétés (paragraphes 66 à 95 de la présente décision pour 23 appels d'offres sur les 30 analysés) : les offres à entête A L M étaient dans leur grande majorité signées par le directeur général d'A L M, M. Dominique I..., alors que les offres à entête Maquet l'étaient par d'autres salariés d'AL M (le secrétaire général ou le directeur financier) sur délégation de pouvoir du directeur général de Maquet France, M. Luc H...;

Qu'un courrier électronique de Mme D... (A L M) à Mme O... (Maquet Belgique) daté du 2 avril 2002 souligne la manoeuvre volontaire de dissimulation : *« une nouvelle fois, je vous remercie de bien vouloir nous transmettre des pouvoirs pour la signature des appels d'offres Maquet. Malheureusement, les derniers qui ont été signés par Mr H... (à Rastatt) ne peuvent pas être transmis au client étant donné que le nom de la société A L M apparaît dans le titre de la personne désignée pour le pouvoir et d'après Mr M..., ceci n'est pas valable... C'est pourquoi je vous demande de bien vouloir réaliser à nouveau une dizaine de pouvoirs pour chacun des destinataires suivant avec le texte ci-dessous défini : "Je soussigné, Luc H..., directeur de la société Maquet France, donne pouvoir à Monsieur Manuel M..., pour signer toutes les pièces nécessaires à la composition des dossiers d'appels d'offres. Fait à Strasbourg, le 25 février 2002 (date à conserver)" »* (paragraphe 140 de la décision soulignement ajouté) ;

Que, de même, si les lettres à entête A L M mentionnaient l'appartenance de cette société au groupe Getinge, tel n'était pas le cas des lettres à entête Maquet qui occultaient cette information (paragraphes 86, 91, 92 et 93 et 141 de la décision) ;

Qu'en outre, les sociétés ont délibérément entretenu vis-à-vis des acheteurs publics potentiels l'apparence d'une localisation distincte, en étant domiciliées au niveau des actes de soumission à des adresses et dans des villes différentes, correspondant à leur siège social respectif (Parc de la Limière 45074 Orléans Cedex 2 à Ardon pour A L M et 5 rue Gustave Him 67000 Strasbourg pour Maquet) alors que ces adresses distinctes n'avaient aucune justification concrète, puisque l'organisation fonctionnelle du groupe Getinge confiait à ALM la distribution des produits Maquet (paragraphe 142 de la décision) ;

Considérant que les sociétés les sociétés Maquet ne sont pas non plus fondées à soutenir que les modalités de la concentration résultant du rachat de A L M devenue Maquet et de Maquet G m b H & Co KG par le groupe Getinge et la constitution d'une force de vente commune qui aurait été rendue obligatoire par les engagements du groupe Getinge les contraignaient à présenter des soumissions séparées ;

Considérant qu'il est vrai que, dans une lettre du 19 juillet 2002, le ministre de l'économie avait répondu en ces termes à la demande du groupe Getinge d'être libéré de son engagement de céder l'activité tables d'opération d'A L M : *« Au regard de l'engagement de maintien de la valeur de la branche à céder, je constate une forte déperdition du chiffre d'affaires de l'activité "tables d'opération". Celle-ci s'explique selon vous par une saisonnalité atypique des prises de commande, qui semble cependant ne pas se répercuter aussi fortement sur les autres opérateurs. D'autre part, on constate, au moins optiquement, un effet de vases communicants entre les prises de commande de ALM, en diminution, et celles de Maquet-Getinge, en croissance. Celui-ci s'explique certes par la disparition du réseau commercial de ALM, que vous n'aviez pas à maintenir, et par l'incertitude ressentie par les clients sur ce marché, notamment quant à la pérennité du service de maintenance des tables. Ces divers éléments plaident cependant pour une résolution rapide de cette incertitude, avant qu'une dévalorisation trop forte de l'actif soit intervenue »* ;

Considérant toutefois que ni les engagements pris devant le ministre qui ont été rappelés, ni les termes de cette lettre, ne permettent de conclure que la fusion des équipes commerciales avait été rendue obligatoire dans le cadre de la procédure d'autorisation de la concentration ;

Qu'au surplus, même en admettant que cette fusion, dont ni l'Autorité ni la cour n'ont de toute façon à apprécier la licéité, était rendue nécessaire par les opérations de restructuration ou d'autres considérations de nature commerciale, c'est à juste titre que l'Autorité a relevé que ALM et Maquet ne se seraient pas pour autant trouvées dans l'obligation d'adopter un comportement anticoncurrentiel, dès lors qu'elles auraient pu ne déposer qu'une seule offre ;

Considérant que concernant enfin l'immunité intragroupe invoquée par les requérantes, qu'il est vrai que lorsque la société mère et ses filiales forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui les contrôle, les interdictions édictées par l'article 85[81] du traité peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère (Cour de justice des Communautés européennes, 14 juillet 1972 ICI / Commission, 48/69 et 24 octobre 1996, arrêt Viho / Commission) ;

Considérant cependant que, comme l'a exactement relevé l'Autorité, concernant les comportements d'entreprises appartenant à un même groupe à l'occasion de procédures de mises en concurrence incriminées par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du traité T F U E, qu'il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale de présenter des offres distinctes et concurrentes à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ou de renoncer à cette autonomie à l'occasion de mises en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;

Qu'en revanche, en déposant des offres séparées, des entreprises manifestent leur autonomie commerciale et choisissent ainsi de se présenter lors des appels d'offres comme des entreprises concurrentes et que, dès lors, quels que soient les liens juridiques et financiers les unissant, elles étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente ;

Qu'au rebours de ce que soutiennent les requérantes, le défaut à ce jour de consécration formelle de cette exception par la jurisprudence communautaire ne doit pas conduire pour autant à interpréter la jurisprudence existante comme emportant une interdiction dès lors que, comme le relève la décision (paragraphe 135) les juridictions communautaires n'ont jusqu'alors jamais eu à connaître de pratiques mises en oeuvre par des entreprises liées entre elles ayant pour objet ou pour effet de fausser la procédure d'appel d'offres en présentant des offres séparées dont l'indépendance n'était qu'apparente, et non d'une opposition à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et à la jurisprudence des juridictions françaises ;

Qu'au demeurant, les sociétés Maquet ne sont pas fondées à invoquer au soutien de leur thèse l'arrêt du T P I C E du 20 mars 2002 (H F B c/ Commission, T-9/99) qui concerne non des pratiques mises en oeuvre par des entreprises en réponse à des appels d'offres mais une entente par répartition de marchés, fixation des prix et boycott ;

Considérant qu'en l'espèce, il suffit de constater qu'en déposant des offres séparées, Maquet et A L M ont, en tout état de cause, manifesté leur autonomie commerciale à l'égard des acheteurs publics, dont il a été indiqué qu'ils avaient été victimes d'une tromperie, et ont choisi de se présenter, dans le cadre des appels d'offres, comme des entreprises concurrentes et que, dans ces conditions, c'est à juste titre que l'Autorité a décidé que les requérantes ne peuvent se prévaloir d'une absence d'autonomie au sein du groupe Getinge pour échapper au droit des ententes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que A L M et Maquet qui, en déposant des offres concomitantes mais distinctes, ont manifesté, auprès des acheteurs publics, leur autonomie commerciale et l'indépendance de leurs offres, se sont entendues, en 2002, pour présenter des soumissions séparées mais qui étaient en réalité fictivement indépendantes par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises et qu'elles ont bien trompé les responsables des différents appels d'offres sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence ;

Et considérant que c'est à juste titre que l'Autorité a relevé, d'une part, que les pratiques poursuivies ont faussé le jeu de la concurrence sur le marché des tables d'opération en donnant aux acheteurs publics une appréciation erronée de l'état de cette concurrence et, d'autre part, que ces pratiques n'ont pas pu être sans effet, étant donné la part de marché cumulée d'A L M et de Maquet, qui était au début des pratiques de plus de 85 % ;

Sur l'imputabilité des pratiques

Considérant que les requérantes poursuivent également l'annulation ou à titre subsidiaire la réformation de la décision en soutenant, en premier lieu, que l'Autorité a commis une erreur de droit en leur imputant les pratiques, alors qu'elle ne sont que des filiales, à la place de leur société mère ;

Qu'elles font valoir, tout d'abord, que la décision est entachée d'un défaut de motivation quant à la responsabilité individuelle des filiales dès lors que l'Autorité ne démontre pas la responsabilité réelle de chacune des filiales pour les pratiques alléguées de concertation lors de soumission aux appels d'offres : en effet, l'Autorité ne précise à aucun moment pourquoi les pratiques devraient être alléguées devraient être imputables à chacune des deux filiales et non à leur maison-mère, alors même qu'il s'agissait de filiales à 100 % totalement contrôlées, étant précisé que la démonstration de la responsabilité personnelle de chacune des filiales est d'autant plus importante en l'espèce qu'elles ont été sanctionnées lourdement puisque le montant des sanctions correspond au plafond prévu par la procédure simplifiée ; que cela a conduit l'Autorité à prononcer une amende double du maximum prévu, si la pratique avait été correctement imputée à la maison mère alors que le dossier comporte de nombreux éléments démontrant que les deux filiales agissaient sous l'autorité de leur mère, tandis que la décision fonde la culpabilité des filiales sur leurs soumissions distinctes à certains appels d'offres qui témoigneraient de leur autonomie mais n'examine à aucun moment, dans les faits, à quelle entité le comportement reproché est imputable ;

Qu'elles prétendent, en second lieu, que la décision est également entachée d'une erreur de droit du fait de la non-imputabilité des pratiques alléguées à la maison mère :

- en ce qu'elles ne constituaient pas des entités autonomes entre elles ou par rapport à leur société mère, avec qui, à l'opposé, elles formaient une seule entité économique au sein du groupe Getinge, comme le démontrent leur intégration au sein du pôle systèmes chirurgicaux de ce groupe ainsi que la restructuration d'A L M à la suite de l'intégration dans Getinge, qui a eu pour conséquence la fixation au niveau du groupe de la politique commerciale et stratégique ;

- en ce que l'existence d'une présomption réfragable d'imputabilité à la maison mère du comportement de filiales détenues à 100 % a été rappelée par la jurisprudence ;

Que les requérantes exposent, ensuite, que les conséquences de cette erreur de droit quant à l'imputabilité doivent elles aussi conduire à l'annulation de la décision ;

Qu'en effet, d'une part, les deux filiales non-autonomes ont été sanctionnées à la place de leur maison-mère, qui supporte au final une double sanction, en violation du principe *non bis in idem* ; qu'en les sanctionnant alors même qu'elles sont totalement intégrées, l'Autorité a violé le principe *non bis in idem* déjà appliqué par le Conseil de la

concurrence, dont les critères tenant à l'identité d'auteurs -le groupe Getinge et ses filiales non autonomes - à l'identité de faits - les soumissions aux mêmes appels d'offres - et une identité de pratiques pour suivies-la concertation alléguée-et à l'identité de pratiques poursuivies- la concertation alléguée- sont réunis en l'espèce ; qu'en outre, en dépassant le plafond prévu par l'article L. 464-5 du code de commerce pour la procédure simplifiée, l'Autorité a prononcé plusieurs sanctions contre la même personne responsable de la soi-disant infraction, à savoir la maison-mère des deux filiales, la société de droit suédois Getinge Industrier A B et a ainsi violé le principe *non bis in idem* ;

Que, d'autre part, les requérantes précisent qu'en imputant les pratiques alléguées aux filiales A L M et Maquet qui constituent une seule entité économique avec leur maison-mère, l'Autorité applique de surcroît *de facto* à leur société mère une double sanction dépassant ce plafond, étant précisé que la procédure simplifiée emporte un affaiblissement des droits de la défense - du fait de l'absence de l'une des deux étapes du débat contradictoire - compensé toutefois par un plafonnement du montant de l'amende ;

Qu'en l'espèce, les droits de la défense et le débat contradictoire ont bien été réduits mais le plafonnement de l'amende n'a pas été respecté et que, pour prononcer une amende de ce niveau contre le groupe Getinge, l'Autorité aurait dû ouvrir à ce dernier les droits de la défense entiers et non réduits de sorte qu'une telle violation de la procédure et des droits de la défense entraînera l'annulation de la l'Autorité ;

Que les requérantes demandent en conséquence à la cour d'annuler la décision déferée, ou à titre subsidiaire, de la réformer en diminuant le montant de l'amende de façon à respecter le plafond légal ;

Mais considérant que l'imputation des pratiques d'une filiale à sa société mère, qui ne constitue qu'une faculté, peut intervenir lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome sa ligne d'action sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par la société mère ;

Considérant qu'en l'espèce, il est vrai qu'à la suite de l'acquisition de la société A L M par le groupe Getinge en janvier 2001 et de l'intégration d'A L M dans le groupe Getinge est intervenue une réorganisation commerciale de l'activité tables d'opération au sein du groupe, avec une fusion des forces commerciales d'A L M et de Maquet ;

Considérant cependant que ces éléments ne suffisent pas à établir que, comme l'affirment les requérantes, A L M et Maquet n'ont pas déterminé leur comportement sur le marché de façon autonome mais ont, l'une et l'autre, appliqué les directives émises par leur société mère, la société Getinge Industrier A B, eu égard en particulier aux liens économiques et juridiques qui les unissaient ;

Que, dans ces conditions, les requérantes ne sont pas fondées à se prévaloir d'une absence d'autonomie pour se voir imputer les pratiques anticoncurrentielles en cause, étant de surcroît observé qu'en déposant des offres séparées, les deux entreprises en cause ont de toute façon manifesté leur autonomie commerciale et ainsi, choisi de se présenter lors des appels d'offres comme des entreprises concurrentes ;

Considérant, dès lors, que c'est à bon droit que l'Autorité a imputé les pratiques d'entente dénoncées, d'une part, à Maquet SA, auparavant dénommée A L M SA et d'autre part, à Maquet G m b h & Co, toutes deux visées par le grief, étant précisé que la question du plafond des sanctions invoquée par les sociétés Maquet au titre de l'imputabilité ainsi que la question de la responsabilité individuelle de chacune des entreprises poursuivies entre l'objet d'un examen dans le cadre des développements consacrés aux sanctions ;

Sur les sanctions

Considérant qu'à titre subsidiaire, les requérantes prient la cour de réformer la décision attaquée en diminuant de manière significative la sanction qui leur a été infligée

dès lors, en premier lieu, que l'Autorité a commis une erreur d'appréciation quant aux éléments devant être pris en compte dans l'évaluation du montant de la sanction, au caractère disproportionné de la sanction et à l'absence d'individualisation de celle-ci ;

Qu'en ce que concerne tout d'abord l'erreur d'appréciation quant au montant des sanctions, les sociétés requérantes affirment qu'en appliquant sans autre motivation le plafond légal de la sanction encourue, l'Autorité s'est visiblement cantonnée à ne retenir que la gravité intrinsèque des prétendues pratiques en ne tenant pas compte des circonstances particulières qui auraient dû la conduire à ne prononcer qu'une sanction symbolique ; qu'en effet, le comportement reproché aux deux entreprises poursuivies ne procède pas d'une intention anticoncurrentielle mais seulement de la volonté du groupe Getinge de se conformer aux engagements pris devant le ministre de l'économie, en proposant à la fois des tables A L M et des tables Maquet pendant la période transitoire précédant la cession de l'activité tables d'opération A L M à un repreneur et de préserver ses chances de maintenir ses parts de marché, alors que l'intérêt concurrentiel à court terme du groupe Getinge se sachant obligé de céder l'activité tables d'opération d'A L M à un futur concurrent, aurait été de ne proposer aux centres hospitaliers que les tables de marque Maquet et non de proposer à la vente les tables de son futur concurrent ;

Que les requérantes prétendent aussi que l'Autorité a commis une erreur d'appréciation quant à la gravité de l'affaire en leur infligeant le maximum de l'amende sans prendre en compte le nombre limité des appels d'offres éventuellement concernés et de surcroît pendant une période réduite d'un an environ, étant au surplus précisé qu'au moins vingt neuf établissements sur les trente examinés étaient informés des liens existant entre les deux filiales et, surtout, qu'au moins 17 établissements sur les trente examinés ne pouvaient ignorer que les offres étaient réalisées de concert ;

Qu'en ce qui concerne, ensuite, le caractère disproportionné de la sanction, les sociétés Maquet exposent :

✓ que la sanction est disproportionnée par rapport au dommage à l'économie, dont la décision n'a pas fait une véritable analyse, tout d'abord en prenant en considération, sous couvert de «*parts de marchés*», des parts de vente en France alors que le marché pertinent est de dimension géographique européenne, ensuite en se fondant sur le constat inexact d'une augmentation tarifaire et, enfin, en s'appuyant sur des éléments factuel qui ne résultent pas d'une pratique d'entente mais le cas échéant du non-respect d'engagements au titre du contrôle des concentrations : la fusion des équipes commerciales d'A L M et Maquet, l'évolution de leurs parts de marchés ainsi que le prétendu objectif du groupe Getinge de transférer les parts de marchés d'A L M à Maquet avant la cession de l'activité à un tiers indépendant ; qu'en ce qui concerne la baisse des parts de marché d'A L M évoquée par la décision entreprise, cette baisse a été provoquée par la situation d'incertitude sur le devenir de cette activité dans laquelle a été placée le marché tout au long de l'année 2002, incertitude qui a pesé dans le choix de certains acheteurs publics, compte tenu de l'importance des produits vendus pour l'activité des centres hospitaliers ; qu'au surplus, en 2002, les requérantes ont perdu un marché des tables d'opération, qui représentait plus de 17 % de la taille du marché en valeur pour cette année là, ce qui démontre que les parts de marché dont elles disposaient pouvaient être remises en cause en très peu de temps et que la concurrence restait ouverte ; que, dès lors, dans ce contexte difficile, la situation de l'activité tables d'opération d'A L M a été maintenue à un niveau satisfaisant grâce aux instructions données aux équipes de vente de répondre aux appels d'offres en proposant systématiquement des tables A L M et des tables Maquet ;

✓ que la décision ne tient pas compte de la circonstance atténuante résultant en l'espèce des engagements, dans la mesure où l'unique motif des pratiques reprochées résulte du souci du groupe Getinge de se conformer aux engagements souscrits auprès du ministre : à aucun moment A L M et encore moins Maquet n'a été consciente de ce que le processus de réponse aux appels d'offres, mis en oeuvre pour donner une égalité de chance aux tables d'A L M par rapport aux tables Maquet, pouvait conduire à une infraction aux règles de concurrence sur les ententes, de nombreux documents du dossier démontrant au contraire

que ce processus résulte du souci constant des dirigeants d'A L M de respecter les engagements du groupe Getinge ;

✓ que, malgré la procédure simplifiée, la sanction pécuniaire est disproportionnée, compte tenu de la faible valeur de cession de l'activité tables d'opérations d'A L M : la sanction financière infligée à A L M et Maquet représente près de 30 % de la valeur de cette activité ce qui est manifestement tout à fait disproportionné ;

Qu'en ce qui concerne, enfin, l'absence d'individualisation de la sanction, les sociétés Maquet reprochent à l'Autorité d'avoir commis une erreur d'appréciation en leur appliquant à chacune le plafond de la sanction encourue, sans rechercher le moindre élément justifiant de la responsabilité respective de chacune d'entre elles ;

Qu'ainsi, d'une part, l'Autorité n'a à aucun moment tenu compte de ce qu'A L M et Maquet n'étaient pas commercialement autonomes au sein du groupe Getinge ni de ce que les pratiques reprochées leur ont été imposées par le groupe pour les raisons tenant au respect des engagements pris auprès du ministre ;

Que, d'autre part, à supposer même qu'A L M et Maquet aient bénéficié d'une autonomie suffisante au sein du groupe Getinge, force est de constater que les seuls éléments constitutifs de la prétendue entente retenus par l'Autorité ne visent que la société A L M : en aucun cas, il n'est fait état dans la décision d'une quelconque intervention de Maquet tant dans l'élaboration que de la soumission des offres aux établissements de santé, ce qui apparaît logique puisque Maquet avait confié à A L M la distribution des tables de marque Maquet et l'élaboration des offres et la manière dont elles ont été présentées aux établissements de santé et donc les pratiques reprochées n'ont été le fait que d'une seule entité juridique, soit la société A L M sur instruction du groupe Getinge ;

Que les requérantes précisent également que à propos de qui la décision ne contient aucun élément individuel à l'appui de la motivation d'une sanction à l'encontre de Maquet qui a été absent dans les prétendues pratiques ou qui, à tout le moins, a joué un rôle purement passif ;

Que, de même, la décision ne contient aucun élément individuel permettant de justifier l'application du plafond de la sanction encourue à la société A L M ni en quoi cette entreprise se serait affranchie de l'organisation commerciale du groupe auquel elle appartenait et joué un rôle autonome dans la commission des prétendues infractions, autre que celui imposé par le groupe Getinge dans le cadre du respect par ce dernier des engagements pris auprès du ministre ;

Mais considérant que, concernant la vérification de l'appréciation par l'Autorité des éléments devant être pris en considération pour procéder au calcul et à l'évaluation du montant des sanctions infligées aux deux requérantes ainsi qu'au caractère proportionné de ces sanctions et à leur individualisation ainsi qu'au plafond des sanctions, il convient exclusivement de se référer :

- d'une part, aux dispositions de l'article L. 464-2 I, troisième alinéa, du code de commerce selon lesquelles : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* » ;

- d'autre part, concernant spécialement la procédure simplifiée qui a été mise en oeuvre en l'espèce, à l'article L. 464-5 du même code qui dispose : « *L'Autorité, lorsqu'elle statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2. Toutefois, la sanction pécuniaire ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées* » ;

Considérant s'agissant en premier lieu du plafond des sanctions, qu'il convient de rappeler que, dès lors que les griefs sont notifiés à des personnes morales distinctes au titre d'une participation individuelle à des pratiques anticoncurrentielles, le maximum légal encouru par chacune d'entre elles s'apprécie au regard des textes rappelés ci-dessus ;

Qu'en l'espèce, c'est à bon droit qu'en application des principes susénoncés, l'Autorité relève :

- concernant A LM SA devenue Maquet SA, que son chiffre d'affaires le plus élevé ayant atteint 106 253 721 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008 et les comptes consolidés du groupe Getinge au sein duquel ses propres comptes sont consolidés faisant apparaître pour 2008 un chiffre d'affaires de 2 004 000 000 euros, le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires consolidé le plus élevé de la période examinée qui est de 200 400 000 euros doit cependant être ramené à 750 000 euros ;

- concernant Maquet G m b H & Co KG, que son chiffre d'affaires le plus élevé ayant atteint 213 656 000 euros au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008 et les comptes consolidés du groupe Getinge au sein duquel ses propres comptes sont consolidés faisant apparaître pour 2008 un chiffre d'affaires de 2 004 000 000 euros, le plafond de sanction normalement applicable, égal à 10 % du chiffre d'affaires consolidé le plus élevé de la période examinée qui est de 200 400 000 euros doit également être ramené à 750 000 euros ;

Que la cour relève en tant que de besoin que les requérantes ayant été poursuivies séparément, en leur qualité de personnes morales distinctes, pour avoir présenté, chacune, en se concertant, des offres qui n'étaient autonomes qu'en apparence, les sociétés les sociétés Maquet ne sont fondées à se prévaloir ni d'une identité d'auteur ni d'une identité de pratique faisant obstacle aux sanctions en application du principe *non bis in idem* ;

Considérant, s'agissant en deuxième lieu de la gravité des pratiques, que les requérantes tentent vainement de minimiser cette gravité, dès lors que comme le relève à juste titre l'Autorité au terme d'une analyse pertinente que la cour adopte :

- les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public et qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'à l'opposé, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ;

- en l'espèce, au rebours de ce qu'elles soutiennent encore devant la cour, le comportement des entreprises mises en cause ne s'est pas limité à quelques appels d'offres, puisque le mode de réponse aux appels d'offres était systématisé (paragraphes 49 à 55 de la décision) comme en ont convenu les représentants de Maquet SA lors de leur audition du 22 avril 2009 ;

Considérant, s'agissant en troisième lieu du dommage à l'économie, que l'Autorité a suffisamment justifié au cas d'espèce l'importance de ce dommage par des appréciations pertinentes que la cour adopte :

- en rappelant que le dommage causé à l'économie par les pratiques d'entente dénoncées est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet de telles pratiques affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ;

- en relevant qu'en l'espèce, le dommage à l'économie doit être apprécié, notamment, au regard du montant du marché attribué, afin de déterminer si celui-ci a été supérieur au montant qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence, le dommage étant d'autant plus important que le marché est de grande taille et que les auteurs des pratiques y détiennent une part de marché élevée ;

- en constatant, sur ce point précis (paragraphe 176, 177 178, 179 et 180 de la décision), que A L M et Maquet détenaient des parts de marché très importantes au moment des pratiques qui concernaient des appels d'offres dont le montant s'est élevé à plus de 6 millions d'euros, étant de surcroît précisé que la revente de l'activité tables d'opération d'A L M par le groupe Getinge n'ayant eu lieu qu'en 2003 ce groupe, via A L M et Maquet, était toujours en position dominante sur le marché des tables d'opération au moment des pratiques en cause ;

Que la cour relève, sur ce point, que les critiques des requérantes sur la détermination de leurs parts de marché sont inopérantes dès lors qu'elles se réfèrent à un «*marché pertinent de dimension géographique européenne*» alors que, concernant les marchés géographiques, l'Autorité qui n'a pas été critiquée sur ce point, a décidé de limiter son analyse aux seuls appels d'offres lancés en France ;

Qu'au surplus, même s'il était en effet difficile à l'Autorité de calculer avec exactitude le renchérissement du coût payé par les établissements de santé du fait des pratiques poursuivies, l'Autorité était cependant fondée à rappeler, au titre des appréciations sur l'importance du dommage à l'économie, que le rachat d'A L M et de Maquet par le groupe Getinge s'est traduit, fin 2001, par une augmentation tarifaire de 5 % des produits des deux marques qui est relatée par leurs propres représentants (paragraphes 43 à 47 de la présente décision) ;

Qu'enfin, il ressort des constatations et de l'analyse de l'Autorité (paragraphe 183 de la décision) sur la baisse sensible des parts de marché d'A L M en 2002 que si cette baisse peut être liée à la situation d'incertitude sur le devenir de l'activité tables d'opération d'A L M, il n'en demeure pas moins que plusieurs responsables d'hôpitaux relatent que cette incertitude a été nourrie par les équipes commerciales fusionnées, l'objectif du groupe Getinge étant de transférer les parts de marché d'A L M à Maquet avant la cession de l'activité à un tiers indépendant : en effet, le document de synthèse élaboré pour un séminaire regroupant en Allemagne l'ensemble des équipes commerciales A L M/Maquet du 14 au 17 janvier 2002 contient un tableau montrant que les objectifs de vente en tables A L M étaient fortement revus à la baisse en 2002 ;

Que la cour observe pour sa part que la progression des parts de marché de la société Trumpf entre 2000 et 2003 invoquée par les sociétés les sociétés Maquet pour soutenir que «*la concurrence était ouverte*» s'explique en réalité (paragraphe 29 de la décision) par le fait que cette société se présentait en «*challenger*» face aux restructurations d'A L M et de Maquet, ce qui lui a permis de proposer des produits d'une technicité équivalente à celle des tables Maquet ;

Considérant, s'agissant en dernier lieu du montant des sanctions, que c'est à juste titre qu'en fonction des éléments qui viennent d'être rappelés et sans qu'il y ait lieu de se référer par surcroît, comme le soutiennent les requérantes, à la valeur de l'activité cédée, l'Autorité a infligé à chacune des entreprises poursuivies une sanction pécuniaire d'un montant de 750 000 euros dont le caractère proportionné est ainsi établi ;

Considérant qu'au rebours de ce que soutiennent les sociétés les sociétés Maquet, l'Autorité n'était pas tenue par surcroît, au titre de la détermination individuelle de la sanction, dès lors que l'entente était établie, de procéder à une analyse du comportement individuel de chacune des entreprises mises en cause, étant observé, pour le surplus, que sous couvert de critiques touchant à la détermination des sanctions, les requérantes réitèrent les moyens, auxquels il a été répondu, sur la constitution des pratiques anticoncurrentielles ainsi que sur l'imputabilité de celles-ci ;

Sur le détournement de procédure

Considérant que la confirmation tant du bien fondé des griefs d'entente imputés aux sociétés les sociétés Maquet que du caractère proportionné des sanctions prononcées par l'Autorité, suffit à démontrer l'inanité du grief de détournement de procédure formulé par les requérantes à l'encontre de l'Autorité qui était nécessairement conduite, d'une part, dans le paragraphe consacré au secteur concerné, de rappeler les conditions dans lesquelles une concentration était intervenue au sein du groupe Getinge et d'autre part et surtout, compte tenu des observations des sociétés mises en cause, de se prononcer sur la portée et les conséquences des engagements souscrits par le groupe Getinge dans le cadre de la procédure d'autorisation de la concentration;

Que le recours sera rejeté ;

PAR CES MOTIFS

Rejette le recours,

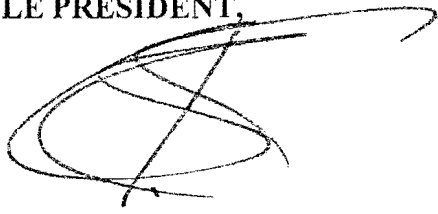
Condamne la société Maquet SA et la société Maquet G m b H & Co KG aux dépens.

LE GREFFIER,



Benoit TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,



Thierry FOSSIER