Réponses aux appels d'offres par des filiales d'un même groupe : l'Autorité modifie sa pratique décisionnelle à la suite d'une décision de la CJUE

Publié le 25 novembre 2020

A la suite d'une décision de la CJUE précisant la jurisprudence au niveau européen, l'Autorité de la concurrence modifie sa pratique décisionnelle, qui interdisait jusqu'alors, sous peine de sanctions, à des filiales d'un même groupe de se coordonner en réponse à des appels d'offres.

L'essentiel

L'Autorité de la concurrence rend aujourd'hui une décision qui marque une évolution dans sa pratique décisionnelle. Jusqu'alors, l'Autorité considérait comme illicite le fait, pour des filiales d'un même groupe, de répondre à un appel d'offres public en présentant des offres apparemment distinctes et autonomes, mais en réalité coordonnées, sans en informer le décideur public. La CJUE a rendu une décision qui conduit l'Autorité à revenir sur sa pratique décisionnelle antérieure : la CJUE a en effet jugé le 17 mai 2018, dans une affaire « Ecoservice projektai » UAB, C 531/16, que les filiales d'un même groupe, même si elles répondaient séparément à un appel d'offres, constituaient néanmoins une seule entreprise au sens du droit européen de la concurrence. Il n'était donc pas possible de sanctionner une entente dans un tel cas de figure s'agissant des réponses aux appels d'offres présentées par les entreprises d'un même groupe de façon coordonnée.

Ce type de comportement reste néanmoins susceptible d'être appréhendé par le droit des marchés publics, dans la mesure où il peut induire en erreur l'acheteur public et fausser les résultats du processus de commande publique.

Les faits de l’espèce

A la suite d’un rapport d’enquête transmis par la DGCCRF, l’Autorité de la concurrence s’est saisie de pratiques mises en œuvre par des entreprises en réponse aux d’appels d’offres lancés par France AgriMer.

France AgriMer est l’établissement public national des produits de l’agriculture et de la mer, créé en 2009. Il est en charge de réflexions stratégiques et de gestion pour les filières françaises de l’agriculture et de la pêche. France AgriMer organise notamment, chaque année, des appels d’offres en vue de fournir des produits alimentaires aux associations caritatives et épiceries sociales, qui les distribuent ensuite aux personnes les plus démunies.

Entre 2013 et 2016, plusieurs sociétés appartenant alors au groupe Ovimpex (Dhumeaux, Mondial Viande Service, Vianov) ont déposé des offres en réponse aux marchés publics lancés par France AgriMer. Présentées comme distinctes et autonomes, ces offres étaient en réalité élaborées en commun. A la suite de la notification de griefs pour entente adressée par les services d’instruction, les sociétés Dhumeaux, Mondial Viande Service, Ovimpex et Vianov ont sollicité le bénéfice de la procédure de transaction.

Une nouvelle jurisprudence européenne

Conformément à sa pratique décisionnelle[1], confirmée par la jurisprudence de la cour d’appel de Paris, l’Autorité considérait que pouvaient être sanctionnées au titre de la prohibition des ententes les pratiques consistant en la présentation au pouvoir adjudicateur d’offres en apparence indépendantes mais préparées de façon concertée par des entités appartenant à un même groupe.

Toutefois, dans un arrêt du 17 mai 2018 « Ecoservice projektai » UAB, C 531/16, la Cour de justice de l’Union européenne a, pour la première fois, jugé que les

règles de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») sont inapplicables aux pratiques consistant, pour des entreprises appartenant à un même groupe, à soumettre de façon coordonnée des offres distinctes et en apparence indépendantes en réponse à un appel d'offres au motif que, dans une telle hypothèse, les entreprises concernées forment une même unité économique, ce qui fait obstacle à la qualification d'entente au sens de l'article 101 du TFUE.

L'Autorité prononce un non-lieu en dépit de la signature d'un procès-verbal de transaction par les mis en cause

La prise en compte de cette jurisprudence a conduit l'Autorité à faire évoluer sa pratique décisionnelle.

En l'espèce, les sociétés Dhumeaux, MVS et Vianov étaient des filiales détenues quasiment intégralement par la société Ovimpex, tête de groupe à l'époque des faits. Ces quatre sociétés, société mère et filiales du groupe au moment des faits, doivent donc être regardées, dans le cadre de la jurisprudence de la CJUE, comme une même unité économique, nonobstant la remise séparée des offres en réponse aux appels d'offres organisés par France AgriMer.

La procédure de transaction permet à une entreprise qui ne conteste pas les griefs notifiés par les services d'instruction de l'Autorité d'obtenir une réduction de sanction. Cette transaction avait donné lieu à l'établissement de procès-verbaux de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal des sanctions pécuniaires qui auraient pu être infligées par l'Autorité.

L'Autorité a considéré, en conséquence, nonobstant la signature des procès-verbaux de transaction par les entreprises mises en cause, que les conditions pour le prononcé d'une sanction n'étaient pas réunies et qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

[1]*Voir par exemple les décisions n° 03-D-07 du 4 février 2003 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales ; n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie ; décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération ; n° 18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique.*

Des pratiques qui peuvent être néanmoins appréhendées par le droit des marchés publics

Si de telles pratiques ne sont plus susceptibles d'être appréhendées par le droit des ententes anticoncurrentielles, elles risquent, de façon générale, de tomber sous le coup du droit des marchés publics. De tels comportements peuvent en effet induire en erreur l'acheteur public et ainsi fausser les résultats de la commande publique.

Les procédures de passation des marchés publics sont gouvernées par les principes de transparence et d'égalité de traitement (article L. 3 du code de la commande publique). La jurisprudence applicable en matière de marchés publics prévoit que le principe d'égalité de traitement serait violé si des entreprises soumissionnaires appartenant au même groupe de sociétés proposaient des offres coordonnées ou concertées susceptibles de leur procurer des avantages injustifiés.

Le pouvoir adjudicateur peut, afin de veiller au respect de ces principes, requérir la divulgation par les soumissionnaires des informations relatives aux liens existants entre ces entités (niveau de participation financière, structure décisionnelle etc.).

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur, les concurrents évincés et les tiers lésés par une pratique de dissimulation des soumissionnaires peuvent saisir les juridictions compétentes en résiliation ou en annulation du marché public d'un recours en réparation de leur préjudice. Par ailleurs, les concurrents évincés et les tiers lésés dans une telle hypothèse peuvent, dans certaines circonstances, avant la

conclusion définitive du contrat, former un recours en référé devant le juge administratif sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, pour obtenir que soient ordonnées des mesures de régularisation de la procédure.

Note apportée le 22/04/2021 :
Le Conseil d'Etat dans une décision CE, 8 décembre 2020, Métropole Aix-Marseille-Provence, n° 436532 a sanctionné, sur le fondement des principes du droit de la commande publique, deux offres identiques présentées par deux filiales d'un même groupe. Le Conseil d'Etat a relevé que : « si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants.

DÉCISION 20-D-19 DU 25 NOVEMBRE 2020

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer

Consulter le texte intégral de la décision

Contact(s)

Yannick Le Dorze
Adjoint à la directrice de la communication
01 55 04 02 14
Contacter par mail