

**Décision n° 10-D-05 du 27 janvier 2010
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des
transports sanitaires dans le département des Deux-Sèvres**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 13 novembre 2007 sous le numéro 07/0079 F par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires du centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu la décision de la rapporteure générale en date du 14 septembre 2009 prise en application de l'article L. 463-3 du code de commerce, qui dispose que l'affaire fera l'objet d'une décision de l'Autorité de la concurrence sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société sociétés Ambulanciers Réunis Thouarsais (ci-après ART) et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés ART, Ambulances Asur et Deux-Sèvres ambulances entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 16 décembre 2009 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Selon la saisine, des entreprises de transport sanitaire, soumissionnaires lors d'un appel d'offres lancé par le centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres pour la période 2006-2007, se sont concertées pour mettre en place le principe d'un forfait pour les nuits, week-ends et jours fériés sans transport dont le montant a été fixé uniformément à 200 euros.

A. LE SECTEUR ET LES ENTREPRISES CONCERNES

1. LE CADRE REGLEMENTAIRE

2. Le transport sanitaire est défini dans le code de la santé publique comme « *tout transport d'une personne malade, blessée ou parturiente pour des raisons de soins ou de diagnostic, sur prescription médicale, effectué à l'aide de moyens de transport terrestre, aérien ou maritime, spécialement adaptés à cet effet* ».
3. S'agissant du transport terrestre, la profession d'ambulancier est très étroitement réglementée. Notamment, toute société souhaitant se positionner dans ce secteur doit tout d'abord obtenir un agrément de la part de la direction des affaires sanitaires et sociales du département. Par ailleurs, le décret n° 2003-674 du 23 juillet 2003 relatif à l'organisation de la garde départementale assurant la permanence du transport sanitaire fait peser sur les entreprises de ce secteur l'obligation de participer aux « gardes préfectorales ». Le territoire départemental fait dans ce but l'objet d'une division par secteur de garde arrêtée par le Préfet.
4. Sous peine d'amende, les entreprises sont notamment tenues pendant la garde de répondre aux demandes du SAMU, de mobiliser un équipage et un véhicule réservés aux seuls transports demandés par le SAMU et d'assurer les prestations dans les délais fixés par celui-ci. L'avenant n° 1 à la convention nationale des transports sanitaires privés, relatif à la garde ambulancière, publié au JO du 25 juillet 2003, mentionne à ce titre que, en rétribution des permanences, « *chaque entreprise de transports sanitaires perçoit une indemnité de 346 € quelle que soit la zone géographique* ».
5. Par ailleurs, dans son paragraphe 3, la circulaire n°151 du 29 mars 2004 du ministère de la santé et du ministère de l'intérieur définit les missions des ambulanciers privés de la manière suivante : « *Dans le cadre de leur participation à l'aide médicale urgente, les ambulanciers privés sont chargés d'assurer (...) la prise en charge et les transports des patients vers les établissements de santé (...), les ambulanciers privés s'organisent pour garantir en permanence une réponse rapide et de qualité aux demandes du SAMU. Cette réponse doit être organisée pendant les heures de garde préfectorale, conformément au décret n° 2003-674 du 23 juillet 2003 relatif à l'organisation de la garde départementale assurant la permanence du transport sanitaire* ».

6. Ces mesures relatives aux transports d'urgence ont entraîné une forte structuration de la profession, au-delà des seules prestations de transport d'urgence.

2. LES PARTICULARITES LOCALES

7. La particularité du centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres est d'être réparti sur trois principaux sites, disposant chacun d'un service d'urgence : Bressuire, Parthenay et Thouars. Ces trois villes sont distantes les unes des autres d'environ 30 à 40 km.
8. S'agissant des délais d'intervention admis par l'hôpital Nord Deux-Sèvres en matière de transport sanitaire, il ressort de l'instruction que ceux-ci sont particulièrement courts, environ 15 à 30 minutes, tant pour le transport médicalisé que non médicalisé.
9. Cette nécessité de forte réactivité induit un rayon opérationnel d'action très réduit de la part des entreprises (quelques dizaines de kilomètres). L'instruction a montré qu'il ne serait ainsi pas économiquement viable pour elles de répondre à des lots concernant des zones trop éloignées de leurs installations.
10. De plus, outre les contraintes de délais d'intervention pesant sur les entreprises, ces dernières doivent disposer de véhicules médicalisés et non médicalisés en nombre suffisant pour pouvoir répondre aux appels d'offres lancés par l'hôpital Nord-Deux-Sèvres, ce qui explique le fait que pour plusieurs services, les entreprises titulaires de lots sont obligées de recourir à la sous-traitance.
11. Les contraintes de délais et la nécessité d'un dimensionnement suffisant de la part des entreprises pour répondre aux appels d'offres induisent que très peu de sociétés sont capables de répondre à ces derniers dans la zone Nord-Deux-Sèvres.

3. LES ENTREPRISES CONCERNEES

12. L'enquête a porté sur le comportement des entreprises qui ont soumis des offres à l'appel lancé par l'hôpital Nord-Deux-Sèvres en 2006.
13. La SARL ART (Ambulanciers Réunies Thouarsais) ambulances (RCS 307 012 716 Niort), au capital social de 15 000 euros, a été créée en 1976. Son siège social est situé 89, avenue Emile Zola, 79100 Thouars. Son gérant est M. X.... A l'époque des faits, cette société employait 21 salariés, dont 2 intérimaires.
14. Ambulances Asur (RCS 338 331 820 Niort) est une SARL au capital social de 48 000 euros. Elle a été créée en 1986. Son siège social est situé 29 B, boulevard du Guédeau, 79300 Bressuire. Outre Bressuire, elle dispose aussi d'implantations à Chiche et à La Chapelle St Laurent. Le gérant de cette société est M. Y.... A l'époque des faits elle employait 33 salariés.
15. La SARL Deux-Sèvres ambulances (RCS 444 874 192 Niort), au capital de 8 000 euros, a été créée en 2003. Son siège social est situé 2, route de Pont Soutain, 79200 Pompaire. Son gérant est M. Z.... A l'époque des faits, cette société employait 24 salariés.

B. LE MARCHE PUBLIC EN CAUSE

16. Un appel d'offres concernant 9 lots a été lancé au premier trimestre de l'année 2006, sous forme d'appel d'offres ouvert, et concernant les prestations de transports sanitaires terrestres médicalisés et non médicalisés au départ des sites de Parthenay et Thouars et de transports sanitaires terrestres non médicalisés au départ du site de Bressuire. L'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 13 janvier 2006. Il s'agissait d'un marché à bons de commandes.
17. Le cahier des clauses particulières précisait dans son article 7 les modalités de détermination et de variation des prix :
 - « 7.1 - Fixation des prix : Pour les lots 1 à 5, le prix unitaire de règlement de chaque transport se décomposera comme suit :
 - en une réduction en pourcentage applicable sur le tarif des transports sanitaires privés publié au Journal Officiel ;
 - en un forfait de prise en charge incluant les éventuels délais d'attente au delà de 30 minutes ;
 - en une variation sur les majorations pour week-end et nuit publiés au Journal Officiel ».

18. Les offres reçues, et acceptées, des entreprises sont reprises dans le tableau ci-après :

Lot	Intitulé du lot	Offres reçues	Réduction sur le tarif préfectoral	Autre
1	Transports sanitaires non médicalisés au départ du site de Bressuire	Asur	Réduction de 5 %	Forfait nuit/week-end/jours fériés de 200 euros
2	Transports sanitaires non médicalisés au départ du site de Parthenay	Deux-Sèvres	Réduction de 8 %	Forfait nuit/week-end/jours fériés de 200 euros Forfait de 50 euros par attente supérieure à 30 minutes
3	Transports sanitaires non médicalisés au départ du site de Thouars	ART	Réduction de 7 %	Forfait nuit/week-end/jours fériés de 200 euros
4	Transports sanitaires terrestres médicalisés ASSU au départ du site de Parthenay.	Deux-Sèvres	Réduction de 8 %	Forfait de 50 euros par attente supérieure à 30 minutes
5	Transports sanitaires terrestres médicalisés ASSU au départ du site de Thouars	ART	Réduction de 2 %	
6	Transports de produits de laboratoire, sanguins, pharmaceutiques et divers au départ du site de Bressuire	Arc-en-ciel	Réduction de 5 %	-
7	Transports de produits de laboratoire, sanguins, pharmaceutiques et divers au départ du site de Parthenay	Deux-Sèvres	Réduction de 8 %	
8	Transports de produits de laboratoire, sanguins, pharmaceutiques et divers au départ du site de Thouars	ART	Sans objet	Tarif au kilomètre de 0,63 euro HT Majoration de 50 % les week-end et jours fériés Majoration de 75 % la nuit
9	Transports d'armoires de stérilisation en urgence, entre les trois sites du centre hospitalier nord Deux-Sèvres et vers le centre hospitalier de Loudun	Aucune offre	Sans objet	Sans objet

19. Il ressort du tableau précédent qu'une seule offre a été remise pour chacun des huit premiers lots.

20. Pour le lot 9, d'un très petit montant, aucune offre n'a été reçue et l'hôpital a finalement été amené à internaliser ces prestations.

21. Deux-Sèvres ambulances a remporté les lots 2, 4 et 7 (transports à partir du site de Parthenay), ART les lots 3, 5 et 8 (transports à partir de Thouars), Ambulances Asur le lot 1 (transports à partir de Bressuire) et une dernière société, Arc-en-ciel, le lot 6 (transports à partir de Bressuire).

C. LES PRATIQUES RELEVÉES

1. L'APPLICATION D'UN FORFAIT NUIT – WEEK-END ET JOURS FÉRIÉS SANS SORTIE

22. Dans le cadre du marché général lancé en 2006, les entreprises soumissionnaires, Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances, ont ajouté dans leurs offres respectives pour les lots 1, 2 et 3 (transports non médicalisés) un forfait applicable pour les nuits, jours fériés ou dimanches, au cours desquels aucun transport ne serait réalisé.
23. Une telle disposition n'était pas prévue au CCTP et constituait une nouvelle forme de tarification car, pour les précédents marchés, la facturation s'établissait en fonction des transports effectués et du tarif préfectoral affecté d'une remise qui avait été déterminée lors des procédures d'appel à la concurrence.
24. Enfin, le montant proposé par Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances était identique, s'élevant pour toutes trois à 200 euros.

a) La réunion préalable aux dépôts des offres entre les entreprises

25. Le représentant du centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres a déclaré lors de l'instruction qu'une réunion a été organisée à sa demande le 1^{er} février 2006, ayant pour but de voir « *si le marché de 2006, tel que je l'avais conçu, était susceptible de susciter des offres. Lors de cette réunion, il n'y a eu aucun échange de document. Nous avons largement discuté de la compensation pour les nuits et week-end sans sortie et j'étais à l'écoute de leurs propositions* » (cote 697).
26. Il ressort du dossier, et notamment des déclarations recueillies pendant l'enquête et l'instruction que, préalablement à cette réunion entre le représentant de l'hôpital et les entreprises, ces dernières se sont réunies entre elles pour discuter de la mise en place d'un forfait nuit dans les locaux de Deux-Sèvres ambulances.
27. Ainsi, le représentant de la société Ambulances Asur a déclaré : « *Lors de la dernière consultation nous avons ajouté une clause dans notre offre spécifiant qu'une somme de 200 euros serait facturée pour les nuits sans sorties. Ce montant est le résultat de discussions que nous avons eues entre les différents ambulanciers concernés (...) Cette réunion a eu lieu le jour même où nous rencontrions Monsieur A..., directeur des ressources matérielles au CH Nord Deux-Sèvres. Au cours de la réunion entre ambulanciers, que je situe approximativement courant février 2006, nous a été présentée une étude de coûts présentée par « Deux-Sèvres Ambulances » et « ART » relative à la mise en place d'un forfait lorsqu'il n'y a pas de sortie « nuit » en ambulance. De mémoire le graphique faisait ressortir un coût de l'ordre de 300 euros* » (cote 562).
28. Les représentants des sociétés Deux-Sèvres ambulances et ART ont confirmé la tenue de cette réunion entre les seules entreprises. Le représentant de la société Deux-Sèvres ambulances a indiqué : « *Nous avons donc eu une discussion ici [dans les locaux de Deux-Sèvres ambulances] du problème de savoir ce qu'il est possible de faire lorsque les*

ambulances ne sortent pas la nuit » (cote 649). Le représentant d'ART a également déclaré que « *Préalablement à la réunion que nous avons eu avec Monsieur A... de l'Hôpital Nord-Deux-Sèvres sur la demande des ambulanciers, (...) nous nous sommes retrouvés dans les locaux professionnels de Monsieur Z... [Deux-Sèvres ambulances]* » (cote 619).

29. Ces déclarations attestent bien de la réalité d'une réunion tenue entre les entreprises d'ambulances visées dans la présente affaire, préalablement à la remise des offres, et ainsi d'échanges d'informations ayant pour but, notamment, de discuter de la mise en place d'un forfait nuit-week-end et jours fériés sans sortie.

b) Les raisons invoquées à propos de la mise en place d'un forfait nuit week-end et jours fériés sans sortie

30. Lors de l'enquête et de l'instruction, les entreprises ont avancé des justifications à la mise en place d'un forfait nuit, week-end et jours fériés sans sortie.

31. Le représentant de la société Ambulances Asur a relevé que « *La mise en place du forfait nuit découle de la garde « pôle SAMU », dans le cadre de laquelle la CPAM nous verse une indemnité. (...) nous sommes obligés de mobiliser trois à quatre personnes sur les permanences de week-end. Pour la nuit, après 18 h, nous mobilisons deux personnes. Tout ceci a un coût important, d'où cette proposition de forfait pour les nuits et week-end sans sortie. De plus, les transferts de nuit sont plus « régulés » par le centre hospitalier. Les sorties de nuit sont ainsi moins fréquentes, voire inexistantes certaines nuits. Or, nous sommes néanmoins tenus de mobiliser des équipes. Avant, il n'y avait pas de pôle SAMU. Le système de la garde préfectorale a sans doute donné l'idée de la mise en place d'une indemnisation similaire pour les services effectués pour le compte de l'hôpital. De plus, comme je vous l'ai déjà dit, les sorties de nuit devenaient moins fréquentes* » (cote 700).

32. Le représentant de la société ART a déclaré de son côté : « *En 2000, un accord cadre a été mis en place avec l'instauration, notamment, d'un système de permanence sur la base de tranches horaires qui sont rémunérées qu'il y ait ou non des sorties. De nuit, la tranche horaire est de 20 h à 8 h le lendemain. Il faut également savoir que tout salarié de permanence a également droit à un repos de 11 heures avant et 11 heures après son service. Tout ceci a un coût très important et nous a amené à recalculer le système de temps de travail. (...) A la suite de l'accord cadre, nous avons dû augmenter notre masse salariale de l'ordre d'un tiers. (...) Nous ne pouvions répondre à l'appel d'offres de l'hôpital sans la mise en place d'un système de rémunération des permanences* » (cote 734).

33. Enfin, le représentant de la société Deux-Sèvres ambulances a indiqué : « *Pour le compte de l'hôpital, nous sommes tenus, comme je vous l'ai dit, d'être disponibles 24/24 et 7 jours sur 7. Tout ceci a un coût important. Or, les transports de nuit se faisaient de plus en plus rares. Il fallait donc que nous discussions avec l'hôpital des conditions de facturation pour les périodes de nuit, week-end et jours fériés sans sortie (...) Il faut savoir que dans le cadre des gardes préfectorales, nous sommes rémunérés à la hauteur de 346 euros pour les permanences. (...) Une convention collective signée en 2000-2001, et appliquée à partir de 2003 environ, a changé la règle de décompte du temps de travail. Dorénavant, c'est l'amplitude horaire qui est facturée et non la simple intervention. Cette convention a eu un impact économique très important pour notre profession* » (cotes 727 et 728).

34. Il ressort de ces différentes déclarations que la mise en place du forfait nuit/week-end/jour fériés sans sortie résulte pour les entreprises de trois principaux facteurs :

- premièrement, le modèle du forfait préfectoral de 346 euros ;
- deuxièmement, une convention collective ambulanciers qui a alourdi les coûts salariaux ;
- enfin, la volonté de l'hôpital de restreindre les sorties de nuit, qui a également pesé dans la décision.

35. Le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a d'ailleurs lui-même largement confirmé ces conclusions : « *La question du forfait s'est posée avec la mise en place du système de garde départementale (décret de 2003). Mais surtout, à cette même époque, c'est une convention collective qui a changé la donne : toute heure passée en intervention mais aussi en garde devait dorénavant être rémunérée par les sociétés d'ambulances. Du fait de cette convention, une charge nouvelle incombait donc aux entreprises. Celles-ci m'en ont fait part et je n'étais pas a priori opposé à la mise en place d'un système de compensation. Auparavant, la société ART facturait déjà de fortes majorations (jusqu'à 250 %) pour des prestations « nuit ». A partir de 2003, les autres sociétés m'ont également fait part de leurs préoccupations. Préalablement à la mise en place du marché de 2006, nous avons ainsi discuté d'un système de compensation* » (cote 695).

c) Le calcul du forfait nuit – week-end et jours fériés

36. Par ailleurs, le montant du forfait « nuit » ajouté dans les offres respectives des entreprises Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances pour les lots 1, 2 et 3 était identique pour les trois entreprises (200 euros).
37. Sur la question des modalités de calcul du forfait, les représentants des entreprises ont avancé les explications qui suivent.
38. Lors de son audition, le représentant de la société Ambulances Asur a relevé : « *La somme demandée par les entreprises était, me semble-t-il, supérieure (300 euros), ce qui aurait d'ailleurs été plus proche de la réalité du coût économique supporté. Je tiens en effet à souligner que, sur 10 heures d'amplitude, 200 euros pour deux personnes mobilisées plus un véhicule, cela semble peu en termes de rentabilité* » (cote 701).
39. Le représentant de la société ART a, de son côté, indiqué : « *La tarification proposée de 200 euros est une base minimale d'équilibre en deçà de laquelle nous ne pourrions plus être compétitifs, ni même répondre à la demande de l'hôpital, compte tenu de notre effectif* » (cote 753).
40. Enfin, le représentant de la société Deux-Sèvres ambulances a déclaré : « *Ce coût est calculé sur la base du coût d'une personne de permanence de nuit sur trente jours avec un équipage complet le week-end. Ce coût était supérieur à 200 euros mais je l'ai arrondi. J'ai calculé ce coût de manière complètement indépendante... Pour couvrir l'astreinte, lorsqu'il n'y a pas de sortie, nous avons prévu un forfait de 200 euros, le forfait SAMU est actuellement de 346 euros. C'est après un calcul personnel que j'ai proposé ce forfait de 200 euros. Tout le monde a le même taux horaire et les mêmes contraintes, le forfait s'impose donc de lui-même. Il faut accepter de couvrir un service 24 h sur 24 et 7 j sur 7* » (cotes 626, 627 et 728).
41. Dans le rapport d'enquête, il était relevé que les différents éléments successivement développés oralement par les responsables des trois entreprises quant au calcul du forfait nuit (forfait de 346 euros appliqué en matière d'aide médicale d'urgence SAMU, une étude de coût aboutissant à 300 euros, le coût social d'un équipage de nuit, un montant fixé en fonction des charges de chaque entreprise) mettaient en évidence qu'un montant uniforme de 200 euros ne pouvait résulter que d'une concertation entre les intéressés.

D. LE GRIEF NOTIFIÉ

42. Sur la base des éléments qui précèdent, il a été fait grief aux entreprises ART, Ambulances Asur et Deux-Sèvres ambulances de s'être entendues sur la mise en place d'un forfait « nuit-week-end et jours fériés » sans sortie lors du marché général lancé en 2006 par le centre hospitalier Nord-Deux-Sèvres, marché concernant les prestations de transports sanitaires terrestres médicalisés et non médicalisés au départ des sites de Parthenay et Thouars et de transports sanitaires terrestres non médicalisée au départ du site de Bressuire.
43. Si une quatrième société, Arc-en-ciel, a participé à la réunion préalable à la rencontre avec le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres, elle n'a pas proposé de forfait « nuit » dans le cadre des appels d'offres et il ressort également du dossier que les préoccupations de son représentant lors de cette réunion ne tenaient pas à la mise en place d'un tel forfait mais visaient des problèmes purement techniques. Lors de l'instruction, le représentant de cette entreprise a ainsi précisé : « *mon souci principal, lors des discussions que j'ai eues avec mes collègues, portait plutôt sur des problèmes techniques d'intendance (draps, oxygène etc.) et, surtout, sur la nécessaire « régulation » (organisation de sous-traitances éventuelles par exemple) qu'il convenait de mettre en place entre transporteurs une fois les lots attribués* » (cote 690).
44. Aucun grief n'a donc été notifié à cette entreprise.

II. Discussion

A. SUR LE FOND

45. De manière constante, chaque marché public passé selon la procédure d'appel d'offres constitue un marché pertinent. Ce marché résulte de la confrontation d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel d'offres.
46. Tel est également le cas même si, comme en l'espèce, les entreprises en cause, pour des raisons légitimes tenant à leur implantation géographique (ART est située à Thouars, Ambulances Asur à Bressuire et Deux-Sèvres ambulances à Parthenay), étaient conduites à répondre chacune à des lots différents, et ne se trouvaient ainsi pas directement confrontées l'une à l'autre sur un lot donné. Cette situation s'explique par les caractéristiques du transport par ambulances notamment par les délais d'intervention demandés, l'éloignement des zones d'intervention et la localisation des entreprises.
47. La comparaison des différentes offres, sur des lots distincts mais constituant le marché public de transports sanitaires à destination du même hôpital et présentant des caractéristiques similaires (voir paragraphes 7 à 11), permet au donneur d'ordre d'évaluer la pertinence des propositions qui lui ont été faites, et le cas échéant de déclarer infructueux un lot dont le montant serait anormal par rapport aux offres sur d'autres lots comparables. Ce mécanisme de concurrence par comparaison (« *yardstick competition* ») permet ainsi en principe de remédier à l'absence de concurrence sur chaque lot.
48. L'article L. 420-1 du code de commerce dispose que :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1°- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2°- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3°- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4°- Répartir les marchés et les sources d'approvisionnement ».

49. A de multiples reprises, l'Autorité de la concurrence a rappelé, en matière de marchés publics sur appels d'offres, qu'il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement au dépôt des offres (voir notamment les décisions n° [03-D-10](#) du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille et n° [03-D-19](#) du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche).
50. Ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions. Des échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres (voir notamment la décision n° [09-D-03](#) du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire et interurbain par autocar dans le département des Pyrénées-Orientales).
51. En l'espèce, dans le cadre du marché général lancé en 2006, les entreprises soumissionnaires, Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances, ont ajouté dans leurs offres respectives pour les lots 1, 2 et 3 (transports non médicalisés) un forfait applicable pour les nuits, jours fériés ou dimanches, au cours desquels aucun transport ne serait réalisé.
52. Il ressort du CCTP qu'une telle disposition n'était pas prévue. Ce forfait constitue ainsi une nouvelle forme de tarification, la facturation s'établissant seulement pour les précédents marchés en fonction des transports effectués et du tarif préfectoral affecté d'une remise qui avait été déterminée lors des procédures d'appel à la concurrence.
53. Il ressort également du dossier que le montant proposé par Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances était identique et s'élevait à 200 euros.
54. Enfin, l'enquête et l'instruction ont mis en évidence l'existence d'une réunion entre les entreprises préalable au dépôt des offres, ayant eu notamment pour objet des discussions concernant la mise en place du forfait nuit/week-end/jours fériés sans sortie.
55. Les questions de la réunion préalable à la remise des offres entre les entreprises, de la mise en place du forfait ainsi que du caractère identique des montants proposés par Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances seront successivement examinées.

1. S'AGISSANT DE LA REUNION PREALABLE A LA REMISE DES OFFRES ENTRE LES ENTREPRISES

56. Il ressort de l'enquête et des déclarations recueillies (voir paragraphes 25 à 29 ci-dessus) que les ambulanciers ont tous reconnu avoir participé à la réunion organisée le 1^{er} février 2006 dans les locaux de Deux-Sèvres ambulances, préalablement à la remise des offres.
57. L'objet anticoncurrentiel de cette réunion est manifeste puisque les participants à cette réunion ont entendu introduire dans leurs soumissions à l'appel d'offres un forfait à appliquer aux nuits, week-ends et jours fériés sans transports.
58. Comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence dans ses décisions n° [06-D-03](#) du 9 mars 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, plomberie, sanitaires et climatisation, n° [07-D-48](#) du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement international et n° [08-D-33](#) du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport par autocar, deux situations doivent être distinguées quant à la preuve d'un accord de volontés résultant de la participation à des réunions à objet anticoncurrentiel : celle dans laquelle la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une association professionnelle et celle dans laquelle l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occulte et secrète, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes. Dans le premier cas, le standard de preuve est plus exigeant et le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel ne suffit pas à caractériser l'adhésion de l'entreprise à l'entente dont la preuve doit être apportée par d'autres éléments. Dans le second cas, le standard de preuve est le même que celui adopté par le juge communautaire en ce sens qu'une entreprise doit s'abstenir rigoureusement de participer à toute prise de contact directe ou indirecte, ayant pour objet ou pour effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel ou de dévoiler à un tel concurrent le comportement qu'on envisage de tenir soi-même sur le marché (voir notamment les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 décembre 1975, Suiker Unie, Rec. p. 1663 et du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., aff. C-8/08, points 60 et 62). La participation - même passive - à une seule réunion suffit en effet à conforter le mécanisme de l'entente : d'une part, elle renseigne sur le comportement commercial que les autres acteurs ont décidé d'adopter sur le marché, alors que l'autonomie qu'exige la concurrence entre entreprises suppose que ces dernières restent dans l'incertitude sur la stratégie de leurs compétiteurs et d'autre part, elle permet aux participants les plus actifs de s'assurer que le jeu collusif ne sera pas perturbé si personne ne s'y oppose.
59. Par la participation des trois entreprises à la réunion préalable au dépôt des offres, les entreprises ont échangé des informations et se sont entendues pour convenir de modifier leurs réponses au marché général lancé en 2006 par l'hôpital Nord-Deux-Sèvres en incluant un élément nouveau, le forfait, dont l'hôpital devrait s'acquitter dans certaines circonstances.

2. S'AGISSANT DU PRINCIPE DE LA MISE EN PLACE DU FORFAIT

60. Les entreprises ont justifié la mise en place d'un forfait nuit/week-end/jours fériés sans sortie en avançant l'impact de la mise en place de la garde préfectorale. Un tel système

n'existait pas avant 2003 et, selon plusieurs entreprises, le système de la garde préfectorale (forfait de 346 euros rémunérant les permanences) a donné l'idée de la mise en place d'une indemnisation similaire pour les services effectués pour le compte de l'hôpital.

61. Il ressort également du dossier qu'un accord cadre et une convention collective ambulances appliquée à partir de 2003 ont instauré, notamment, un système de permanence sur la base de tranches horaires qui donne lieu à rémunération des salariés, qu'il y ait ou non des sorties. Les entreprises ont indiqué que ces dispositions avaient entraîné un surcoût très important. Comme déjà mentionné, le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a d'ailleurs reconnu que la convention collective avait changé la donne, toute heure passée en intervention mais aussi en garde devant dorénavant être rémunérée par les sociétés d'ambulances. Ce représentant a souligné que du fait de cette convention, une charge nouvelle incombait aux entreprises. Il a ajouté que dans ce contexte, il n'était pas *a priori* opposé à la mise en place d'un système de compensation. Il convient à ce titre de noter que par le passé, de tels systèmes de compensation pour les prestations de nuit pouvaient comprendre de très fortes majorations (jusqu'à 250 %).
62. Enfin, il ressort également du dossier que l'hôpital a eu la volonté de restreindre les sorties de nuit, ce qui a encore pesé sur le coût des permanences. Certaines entreprises ont ainsi fait part d'une diminution très sensible de leurs statistiques d'activité de nuit. Le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a d'ailleurs lui-même largement confirmé ces conclusions en précisant que le centre hospitalier essayait depuis plusieurs années de rationaliser les sorties de nuit par une meilleure organisation du travail, en gardant par exemple le malade jusqu'au lendemain matin lorsque cela était possible. Ce représentant a également fait part d'un mouvement d'internalisation des prestations de nuit.
63. Cependant, il n'est pas reproché aux entreprises d'avoir soulevé le problème de l'indemnisation des permanences réalisées la nuit, le week-end et les jours fériés sans sortie mais de s'être entendues pour l'imposer et en faire un des éléments déterminants du prix des soumissions.
64. A ce titre, il convient de noter que peu importe que la concertation n'ait porté que sur une partie des offres, à savoir la mise en place du forfait « nuit » et non sur les propositions de rabais. Ainsi, dans une décision n° [01-D-31](#) du 5 juin 2001 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'électrification rurale et d'éclairage public en Vendée, le Conseil avait noté que : « *Considérant, en quatrième lieu, que, dans les marchés à bons de commande prévus à l'article 273 du code des marchés publics, pour lesquels les entreprises présentent leurs propositions sous la forme d'un seul taux de rabais ou de majoration applicable à un ensemble très divers de prestations, il importe peu que l'entente n'ait porté que sur une partie des rubriques du bordereau, dès lors qu'il apparaît, d'une part, que la détermination d'un prix de main d'œuvre et d'un coefficient de fourniture peut intéresser l'ensemble des travaux du bordereau et, d'autre part, que la preuve est rapportée que les participants ont échangé des informations sur leurs coûts et les prix qu'ils souhaitaient obtenir antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, de telles pratiques étant de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence » (soulignement ajouté).*
65. S'il ressort des éléments ci-avant que le principe de la mise en place d'un forfait pour les nuits sans sortie dans le cadre de l'appel d'offres général lancé par l'hôpital Nord-Deux-Sèvres relevait d'une certaine logique à partir de 2003, année de la mise en place du forfait préfectoral et de l'accord cadre ambulancier, il est incontestable que les entreprises se sont,

de leur propre initiative et de manière délibérée, concertées sur la mise en place d'un élément fondamental de leurs offres.

3. S'AGISSANT DU CARACTERE IDENTIQUE DES MONTANTS PROPOSES PAR AMBULANCES ASUR, ART ET DEUX-SEVRES AMBULANCES

66. Au-delà des discussions avérées sur le principe de la mise en place du forfait « nuit », il ressort du dossier que les montants proposés par Ambulances Asur, ART et Deux-Sèvres ambulances pour le forfait ont finalement été identiques, à savoir 200 euros. Une telle identité dans les propositions constitue en elle-même une manifestation de l'entente conclue lors de la réunion.
67. Les explications du représentant de la société Ambulances Asur sont d'ailleurs particulièrement explicites : *« Lors de la dernière consultation, nous avons ajouté une clause dans notre offre spécifiant qu'une somme de 200 euros serait facturée pour les nuits sans sorties. Ce montant est le résultat de discussions que nous avons eues entre les différents ambulanciers concernés ».*
68. Il convient de souligner par ailleurs que les représentants des entreprises ont avancé des éléments divergents quant au calcul du forfait nuit : résultat de discussion avec les autres entreprises, « indexation » sur le forfait préfectoral, calcul du coût de la permanence d'un seul salarié ou coût d'un équipage complet.
69. Les différents éléments successivement développés par les responsables des trois entreprises quant au calcul du forfait nuit mettent ainsi en évidence qu'un montant uniforme de 200 euros ne pouvait résulter que d'une concertation entre les intéressés.
70. Il résulte de ce qui précède que les entreprises qui, en participant à une réunion préalable au dépôt des offres, se sont entendues sur la mise en place d'un forfait « nuit-week-end et jours fériés sans sortie » dans leurs soumissions, puis ont déposé des offres identiques concernant ce forfait, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1, 2° du code de commerce.

B. SUR LES SUITES A DONNER

71. Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce :

« L'Autorité de la concurrence peut (...) infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés.

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.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. 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 œuvre. 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 ».

1. SUR LA GRAVITE DES PRATIQUES

72. Ainsi que le rappelle régulièrement l'Autorité de la concurrence dans sa pratique décisionnelle (voir notamment les décisions n° [09-D-03](#) du 21 janvier 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport scolaire ou n° [08-D-15](#) du 2 juillet 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la rénovation de chaufferies), les ententes commises à l'occasion d'appels d'offres sont d'une nature particulièrement grave puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante. L'entente a porté préjudice à une personne publique, à savoir l'hôpital Nord-Deux-Sèvres, chargée d'une mission d'intérêt général et, de jurisprudence constante, la tromperie de l'acheteur public porte une atteinte grave à l'ordre public économique.
73. Si les pratiques relevées sont ainsi, en raison de leur objet même, d'une gravité certaine, il convient de tenir compte, dans l'appréciation de la sanction, du dommage à l'économie, qui est en l'espèce limité.

2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE A L'ECONOMIE

74. En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris rappelle que *«le dommage causé à l'économie 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»* (13 janvier 1998, Fougerolle Ballot).
75. Un autre arrêt de la cour d'appel en date du 12 décembre 2000 (SOGEA Sud-Est) précise que *« ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu [...] »*.
76. Pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil tient compte du montant du marché attribué, qui a été supérieur à celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence, mais aussi de la *«malheureuse valeur d'exemple que ce type de comportements peut susciter pour d'autres marchés publics»* (Décision n° [06-D-08](#) du 24 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de construction de trois collèges dans le département de l'Hérault).
77. En l'espèce, il ressort clairement du dossier que l'application généralisée d'un forfait pour les nuits, week-end et jours fériés a eu une incidence pécuniaire forte sur la gestion du centre hospitalier. Le responsable de la cellule marché de ce centre a ainsi déclaré que : *« Cette nouvelle donne, estimée à un surcoût de 120 à 150 000 euros par an, nous conduit à chercher des solutions alternatives qui pourraient nous conduire à dénoncer l'actuel marché pour réactiver la concurrence et obtenir de meilleures conditions économiques »*.
78. Un rapport daté de novembre 2006 établi par le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres et intitulé *« Étude et proposition d'organisation des transports sanitaires de nuit et*

du week-end » préconise d'ailleurs plusieurs possibilités de réduction des frais comme l'organisation de la garde des transports à partir d'un seul site ou le prolongement de la garde sur les trois sites jusqu'à 22 heures, et ensuite sur un seul site.

79. Par ailleurs, le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a transmis à l'enquêteur de la DGCCRF des données permettant de constater que le montant des forfaits liés aux transports ambulance nuits et jours fériés ressortaient, sur les seuls mois de juin, juillet et août 2006, à 17 200 euros pour ART, à 12 400 euros pour Deux-Sèvres ambulances et 9 000 euros pour Ambulances Asur. Cela représentait un total global pour les trois mois de 38 600 euros, qui, en projection sur une année entière, correspondrait à 154 400 euros.
80. Enfin, lors de l'instruction, le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a également transmis un rapport établi en avril 2008 intitulé « *Étude sur les transports sanitaires* » faisant le point sur les dépenses dans ce domaine pour l'année 2007.
81. Ce rapport contient notamment les développements suivants : « *Les prestataires externes en capacité de remplir les prestations du centre hospitalier sont des entreprises de transports sanitaires en situation de monopole de fait, les autres prestataires ne disposent pas de moyens suffisants pour réaliser la prestation, sur chacune des trois villes composant la zone géographique du Nord Deux-Sèvres. Cette situation fausse la transparence [sic] lors de la mise en concurrence des prestataires pour l'attribution des marchés. À partir de ce constat, les tarifs concédés par les entreprises sont majorés par rapport aux tarifs préfectoraux pour les périodes de nuit et de week-end. Une participation forfaitaire d'environ 200 euros par nuit et journée de week-end est appliquée par chacun des trois prestataires si aucun transport n'est effectué. Cette tarification a entraîné une facturation des forfaits à hauteur d'environ 163 000 euros en 2007 ».*
82. Plusieurs éléments viennent néanmoins contrebalancer les éléments qui précèdent concernant le surcoût entraîné par la mise en place du forfait « nuit ».
83. Premièrement, il convient de souligner que, selon les éléments versés au dossier, les pratiques concertées n'ont concerné qu'une partie du prix des soumissions, à savoir la mise en place d'un forfait, et non les rabais consentis sur le tarif préfectoral. Les forfaits n'ont de plus été appliqués que sur une partie des lots du marché général lancé en 2006, à savoir sur les lots 1, 2 et 3 (transports non médicalisés), et non sur les 6 autres lots. Il convient néanmoins de noter que le transport non médicalisé représente de loin le poste de dépenses transport le plus important pour l'hôpital.
84. Deuxièmement, comme déjà mentionné, il ressort également du dossier que la mise en place d'un tel forfait relevait d'une certaine logique à partir de 2003, date de l'entrée en vigueur du forfait préfectoral et surtout de l'accord cadre ambulancier. Le représentant de la société Deux-Sèvres ambulances a souligné que le souci de sa société était ainsi de faire face aux charges réelles subies en cas d'absence de sortie et non de faire payer un quelconque surcoût à l'hôpital, les permanences ayant un coût très important pour les entreprises.
85. Enfin, ainsi que le représentant de la société ART l'a souligné dans ses observations, il n'apparaît pas non plus que le montant du forfait, 200 euros, proposé par les entreprises ART, Ambulances Asur et Deux-Sèvres ambulances soit disproportionné par rapport, notamment, aux charges réelles qui pèsent sur les entreprises. Ainsi, le représentant de la société Arc-en-ciel a fait valoir que le système de forfait nuit semblait plutôt plus adapté que l'ancien système, dans lequel les entreprises pouvaient appliquer de très fortes majorations en cas de service de nuit. Comme déjà mentionné, la société ART pouvait

ainsi facturer, dans le cadre de précédents marchés, des majorations allant jusqu'à 250 % pour des prestations nuit.

86. Le représentant de l'hôpital Nord-Deux-Sèvres a d'ailleurs lui-même indiqué qu'il avait fait confiance aux représentants des entreprises quant à l'évaluation du coût de la mise en place d'une équipe d'astreinte (deux personnes) et qu'il estimait que le montant de 200 euros n'était pas disproportionné. Ainsi, lors de son audition, le 21 janvier 2009, ce représentant a déclaré : « *J'ai fait confiance aux représentants des entreprises quant à l'évaluation du coût de la mise en place d'une équipe d'astreinte (deux personnes). Ce montant de 200 euros, je ne l'estime donc pas disproportionné. Je précise également que ce forfait ne s'applique qu'en cas d'absence de sortie* » (cote 696).
87. En définitive, le forfait de nuit sans sortie n'apparaît pas, tant dans son principe que dans son montant, comme disproportionné par rapport aux coûts et charges des entreprises. Le dommage à l'économie résultant des pratiques est ainsi vraisemblablement très modéré.

3. SUR LES SANCTIONS

88. Il ne ressort pas du dossier que, parmi les trois sociétés mises en cause, les degrés de responsabilité puissent être appréciés différemment dans le cadre de la concertation identifiée.

a) La société ART

89. Durant l'exercice s'achevant au 31 septembre 2008, dernier exercice clos connu, la société ART a réalisé un chiffre d'affaires de 1 268 216 euros, ce qui représente également son chiffre d'affaires le plus important, de sorte que le plafond de la sanction s'élève à 126 822 euros. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société ART une sanction pécuniaire de 6 000 euros.

b) La société Ambulances Asur

90. Durant l'exercice s'achevant au 31 mai 2009, dernier exercice clos connu, la société Ambulances Asur a réalisé un chiffre d'affaires de 1 949 278 euros. Son chiffre d'affaires le plus important, s'élevant à 1 963 145 euros, a été réalisé durant l'exercice s'achevant le 31 mai 2008, de sorte que le plafond de la sanction s'élève à 196 315 euros. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Ambulances Asur une sanction pécuniaire de 9 500 euros.

c) La société Deux-Sèvres ambulances

91. Durant l'exercice s'achevant au 31 décembre 2008, dernier exercice clos connu, la société Deux-Sèvres ambulances a réalisé un chiffre d'affaires de 1 271 487 euros. Son chiffre d'affaires le plus important, s'élevant à 1 359 763 euros, a été réalisé durant l'exercice s'achevant le 31 décembre 2007, de sorte que le plafond de la sanction s'élève à 135 976 euros. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Deux-Sèvres ambulances une sanction pécuniaire de 6 500 euros.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés ART, Ambulances Asur et Deux-Sèvres ambulances ont enfreint les dispositions de l'article L. 420 1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société ART une sanction de 6 000 euros ;
- à la société Ambulances Asur une sanction de 9 500 euros ;
- à la société Deux-Sèvres ambulances une sanction de 6 500 euros ;

Délibéré sur le rapport oral de M. Alain Mouzon et l'intervention de M. Stanislas Martin, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, présidente de séance, Mme Anne Perrot et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente,
Françoise Aubert