

ADLC, 25 novembre 2020
AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
20-D-19

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

Nature : Décision

Composition de la juridiction

: Délibéré sur le rapport oral de Mme Melynda Matoura, rapporteure, et l'intervention de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par Mme Isabelle de Silva, présidente, Mme Fabienne Siredey-Garnier, M. Emmanuel Combe et M. Henri Piffaut, vice-présidents.

Texte intégral

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la décision n° 19-SO-10 du 28 mai 2019, enregistrée sous le numéro 19/0027 F, par laquelle l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer ;

Vu l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; Vu le livre IV du code de commerce et notamment son article L. 420-1 ;

Vu le procès-verbal de transaction du 5 juin 2020 signé par le rapporteur général adjoint et la société Établissements Dhumeaux en application des dispositions du III de l'article

L. 464-2 du code de commerce ;

Vu le procès-verbal de transaction du 5 juin 2020 signé par le rapporteur général adjoint et la société Ovimpex en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Vu le procès-verbal de transaction du 5 juin 2020 signé par le rapporteur général adjoint et la société Vianov en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 19-DSA-378 du 02 septembre 2019, n° 19-DSA-379 du 02 septembre 2019, n° 19-DSA-380 du 02 septembre 2019, n° 20-DEC-005 du

07 janvier 2020, n° 20-DEC-008 du 07 janvier 2020, n° 20-DEC-011 du 07 janvier 2020 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Établissements Dhumeaux, Ovimpex et Vianov ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Établissements Dhumeaux, Ovimpex et Vianov entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 21 septembre 2020,

Adopte la décision suivante :

Résumé

Aux termes de la présente décision, l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») a décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure ouverte à la suite d'une saisine d'office relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires organisés par l'établissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (ci-après, « France AgriMer »). Les éléments exploités provenaient d'un rapport d'enquête administratif réalisé par

la brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence d'Ile-de-France, Normandie, La Réunion, Mayotte et Saint- Pierre-et-Miquelon.

Il ressortait du rapport d'enquête que les quatre sociétés mises en cause, Ovimpex, Établissements Dhumeaux, Mondial Viande Service et Vianov – qui appartiennent au même groupe – ont présenté comme distinctes des offres élaborées de façon concertée en réponse aux appels d'offres organisés par France AgriMer. Interrogées par France AgriMer, ces sociétés ont affirmé ne pas s'être concertées dans la réponse à ces appels d'offres. Les services d'instruction de l'Autorité ont notifié un grief d'entente aux quatre sociétés susmentionnées.

Les sociétés mises en cause ont sollicité de l'Autorité le bénéfice de la procédure de transaction, en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. La mise en œuvre de la procédure de transaction a donné lieu à l'établissement de procès- verbaux de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal des sanctions pécuniaires qui pourraient être infligées par l'Autorité.

L'Autorité, s'appuyant sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, fait évoluer sa pratique décisionnelle s'agissant des soumissions en réponse à des appels d'offres de marchés publics par des filiales d'un même groupe. Alors que la pratique décisionnelle de l'Autorité et la jurisprudence de la cour d'appel de Paris considéraient que la présentation d'offres en apparence indépendantes mais préparées de façon concertée par les entités appartenant au même groupe pouvait être sanctionnée au titre de la prohibition des ententes, la Cour de justice a, pour la première fois, expressément jugé, dans un arrêt du 17 mai 2018, Ecoservice, que des accords tels que ceux de l'espèce n'entrent pas le champ d'application des règles de concurrence européennes. La Cour a en effet précisé qu'en pareille hypothèse, les entités concernées ne forment qu'une seule « entreprise » au sens du droit de la concurrence, ce qui fait obstacle à la qualification de telles pratiques d'accords ou de pratiques concertées.

En conséquence, l'Autorité considère qu'au regard de l'évolution du droit positif les conditions de mise en œuvre de la transaction ne sont pas remplies et qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

I. Constatations

1. Seront successivement présentés la procédure (A), le secteur d'activité, les entreprises concernées (B) et les pratiques relevées (C).

A. LA PROCEDURE

2. La brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence d'Ile-de-France, Normandie, La Réunion, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon a réalisé un rapport administratif d'enquête le 23 août 2018. Selon ce rapport, plusieurs entreprises ont mis en œuvre des pratiques d'entente dans le cadre de soumissions à des appels d'offres de marchés publics, contraires aux dispositions de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci- après, « TFUE ») et de l'article L. 420-1 du code de commerce, dans le secteur de la fourniture de produits alimentaires.

3. L'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») s'est saisie d'office, par décision n° 19-SO-10 du 28 mai 2019, de pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France AgriMer.

4. Le 4 février 2020, le rapporteur général de l'Autorité a adressé une notification de griefs relative à plusieurs pratiques prohibées au titre de l'article 101 du TFUE et de l'article

L. 420-1 du code de commerce aux sociétés Établissements Dhumeaux, Mondial Viande Service, Ovimpex et Vianov.

B. LE SECTEUR ET LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. LE SECTEUR

5. Dans le cadre de ses missions d'intérêt général, l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (ci-après, « France AgriMer »), établissement public à caractère administratif, organise chaque année des appels d'offres dont l'objet est la fourniture de produits alimentaires à destination d'associations chargées de leur distribution auprès des personnes les plus démunies selon deux modes alternatifs :

- la distribution gratuite aux bénéficiaires par l'intermédiaire d'associations caritatives, telles que Les Restos du Cœur, l'achat des produits étant financé par le Fonds Européen d'Aide aux plus Démunis (ci-après, « FEAD ») ; et

- la distribution aux bénéficiaires par le biais des épiceries sociales, telles que les banques alimentaires pour lesquelles les usagers doivent contribuer financièrement à l'achat des produits, le financement étant assuré par le fonds des Crédits Nationaux destinés aux Épiceries Sociales (ci-après, « CNES »).

6. Les marchés passés par France AgriMer au titre du FEAD ou des CNES concernent des produits alimentaires divers, couvrant les besoins de base d'un ménage.

7. Les sociétés spécialisées dans la fabrication et le négoce de ce type de produits, susceptibles de répondre aux appels d'offres des acteurs publics et privés du secteur, sont nombreuses et de dimensions diverses (des PME locales aux entreprises multinationales). Elles sont présentes sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le degré de concurrence du secteur est donc relativement élevé.

8. Les marchés passés par France AgriMer au titre du FEAD ou des CNES sont des marchés d'envergure nationale, les produits étant ensuite distribués via les réseaux nationaux des associations caritatives et des épiceries sociales.

2. LES ENTITES CONCERNEES

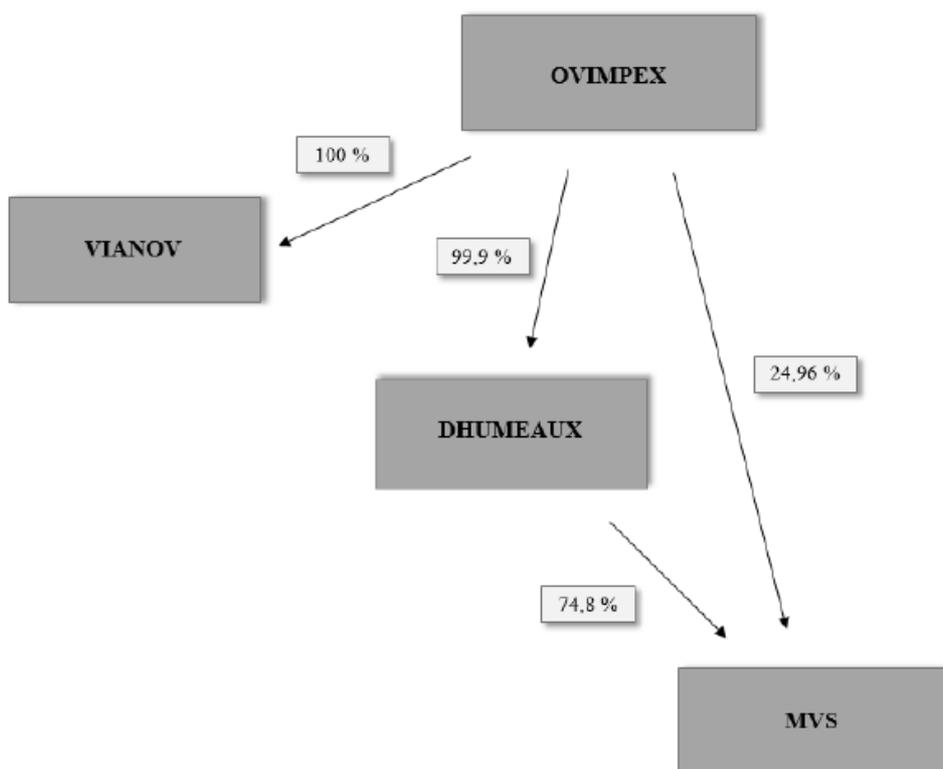
a) Ovimpex

9. La société Ovimpex, immatriculée sous le numéro 642 053 193 au registre du commerce et des sociétés de Créteil, est une société par actions simplifiée.

10. Lors de la mise en œuvre des pratiques visées par la notification de griefs, la société Ovimpex était à la tête du groupe Ovimpex et exerçait un contrôle sur les sociétés Établissements Dhumeaux, Mondial Viande Service et Vianov.

11. En 2016, cette société a réalisé un chiffre d'affaires de 102 524 938 euros².

12. L'organigramme reproduit ci-après présente le groupe Ovimpex ainsi que les liens capitalistiques entre les quatre sociétés mises en cause tels qu'ils s'établissaient entre 2013 et 2016.



13. À l'issue de son rachat le 24 novembre 2016, le groupe Ovimpex a intégré le groupe Arterris. À la suite de cette opération, le groupe Ovimpex a fait l'objet d'une restructuration, impliquant, notamment, l'absorption de la société MVS par la société Ovimpex3.

b) Établissements Dhumeaux

14. Établissements Dhumeaux (ci-après, « Dhumeaux »), société par actions simplifiée immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Créteil sous le numéro 302 694 674, est détenue quasi-exclusivement par la société Ovimpex.

15. La société Dhumeaux a réalisé un chiffre d'affaires de 26 465 814 euros au cours de l'année 20164.

c) Mondial Viande Service

16. Immatriculée sous le numéro 384 846 101 au registre du commerce et des sociétés de Douai, la société par actions simplifiée Mondial Viande Service (ci-après, « MVS ») était détenue, au moment où les pratiques en cause ont été mises en œuvre, par les sociétés Ovimpex à hauteur de 24,96 % et Dhumeaux à hauteur de 74,8 %, cette dernière étant elle-même détenue quasiment exclusivement par la société Ovimpex.

17. En 2016, la société MVS a réalisé un chiffre d'affaires de 28 030 524 euros5.

d) Vianov

18. La société Vianov, immatriculée sous le numéro 525 254 694 au registre du commerce et des sociétés de Créteil, est une société par actions simplifiée. Elle est détenue exclusivement par la société Ovimpex.

19. En 2016, la société Vianov a réalisé un chiffre d'affaires de 48 618 365 euros6.

C. LES PRATIQUES CONSTATEES

1. L'ORGANISATION D'UN SYSTEME DE SOUMISSION COMMUNE AUX APPELS D'OFFRES

20. Les enquêteurs ont constaté l'existence d'un système de soumission coordonnée aux appels d'offres organisés par France AgriMer par les sociétés du groupe Ovimpex. L'existence de ce système ressort notamment de l'accord-cadre conclu entre les parties le 3 janvier 2013 et des déclarations des représentants et employés des sociétés du groupe Ovimpex.

21. Selon le rapport d'enquête, le 3 janvier 2013, les représentants des sociétés Dhumeaux, MVS, Ovimpex et Vianov ont signé un accord commercial cadre⁷ ayant pour objet de confier à la société Dhumeaux l'élaboration des candidatures aux appels d'offres privés et publics pour l'ensemble des sociétés signataires.

22. Aux termes de cet accord, la société Dhumeaux préparait les offres pour l'ensemble des sociétés signataires, chacune d'entre elles remettant ensuite son offre à l'acheteur comme si elle l'avait « personnellement » élaborée. Chaque société était par ailleurs tenue au secret concernant le rôle de la société Dhumeaux dans la préparation des réponses.

23. La société Dhumeaux avait également pour tâche la gestion de la totalité des lots remportés par lesdites sociétés, ce qui impliquait une centralisation des achats des produits auprès des fournisseurs et leur revente auprès des sociétés signataires qui les vendaient à leur tour à l'acheteur. La société Dhumeaux était enfin chargée de la logistique, du transport et de la livraison des produits.

24. L'existence de ce système ainsi que sa mise en œuvre sont établies par les déclarations des représentants des sociétés Dhumeaux, MVS et Ovimpex et par les documents communiqués par les représentants de ces sociétés et par France AgriMer.

25. Il ressort des déclarations des représentants des sociétés Dhumeaux, MVS et Ovimpex qu'entre 2013 et 2016, la société Dhumeaux a préparé et centralisé les candidatures présentées par les sociétés MVS et Ovimpex en réponse aux appels d'offres organisés par France AgriMer⁸.

26. Ainsi, pour des lots attribués aux sociétés MVS⁹ et Ovimpex¹⁰, la société Dhumeaux se chargeait de la relation fournisseur, du transport et de la livraison¹¹. Pour ces mêmes lots, la société Dhumeaux établissait les documents échangés avec l'acheteur France AgriMer au nom des sociétés MVS et Ovimpex, à l'exception des bons de livraison, établis au nom de la société Dhumeaux¹². La société Dhumeaux refacturait ensuite ces prestations aux sociétés MVS et Ovimpex¹³.

27. Les représentants des sociétés concernées ont déclaré aux enquêteurs que le système ainsi établi leur permettait de proposer une offre plus variée de fournisseurs et de produits et ainsi de pouvoir remporter un plus grand nombre de lots.

28. Sur ce point, Mme X..., directrice de la société Dhumeaux, a déclaré lors de son audition du 31 mai 2018 que :

« Nous faisons plusieurs offres pour laisser la possibilité à France AGRIMER de varier les choix, les offres étant différentes au niveau des prix et des recettes produits (industriels différents) »¹⁴.

29. Mme Y..., gestionnaire administrative de la société Dhumeaux, a également indiqué, lors de son audition du 31 mai 2018, que :

« Nous répondions avec les trois sociétés pour nous permettre d'obtenir un nombre plus important de lots »¹⁵.

30. De la même manière, lors de son audition du 26 juin 2018, M. Z..., président du directoire de la société Ovimpex au moment des faits, a précisé que :

« Les cahiers des charges de FranceAgriMer ne prévoyant pas qu'un soumissionnaire puisse proposer des variantes pour un même lot, nous sommes donc passés par les deux autres filiales du groupe pour proposer une offre plus large à l'acheteur »¹⁶.

31. Il ressort des éléments versés au dossier que, dans le cadre de la mise en œuvre du marché FEAD 2016, France AgriMer a demandé aux sociétés Dhumeaux et Ovimpex des précisions relatives aux liens financiers existant entre elles et à leurs structures décisionnelles respectives, afin de s'assurer de leur indépendance dans leurs soumissions à cet appel d'offres¹⁷.

32. Dans leurs réponses respectives des 4 et 20 octobre 2016, les sociétés Dhumeaux et Ovimpex ont révélé leurs liens financiers et l'ont assuré de leur totale indépendance de gestion et de prise de décision.

33. La société Dhumeaux a ainsi déclaré :

« La société DHUMEAUX est une filiale de la société OVIMPEX (capital détenu à 99,9 % par OVIMPEX).

Les structures décisionnelles des entreprises sont strictement distinctes et ont une indépendance totale de gestion.

La société DHUMEAUX dispose de ses propres moyens techniques, humains et financiers pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue.

Nous vous joignons notre organigramme. Nous avons des outils informatiques distincts, nos propres locaux et une séparation totale de nos bilans comptables »18.

34. De son côté, la société Ovimpex a affirmé que :

« Nous vous confirmons que notre société détient 99,9 % du capital de la société DHUMEAUX.

Notre groupe compte 7 sociétés avec des liens capitalistiques mais donc [sic] les activités sont distinctes et autonomes. Nous intervenons uniquement dans nos filiales dans le cadre de fonctions supports telles que les ressources humaines, les services généraux (dont informatique), la qualité, sécurité et environnement et la comptabilité générale. Chaque société fixe ses propres objectifs commerciaux et met en œuvre ses propres moyens de production et d'exploitation. Chaque société a ainsi son autonomie de décision et de gestion ainsi que le personnel nécessaire. Nous vous joignons la plaquette du groupe OVIMPEX.

(...)

Nous répondons depuis de nombreuses années aux appels d'offres privés et nous nous sommes également intéressés aux appels d'offres publics. Nous savons que certaines de nos filiales y répondent également mais chacune établit ses offres de façon distincte en fonction de sa propre politique commerciale.

Pour des raisons évidentes de confidentialité, nous n'avons pas à vous communiquer nos modalités d'établissement de nos offres et nos modalités de négociation commerciale »19.

35. Il ressort enfin de l'enquête qu'en 2017, à la suite du rachat du groupe Ovimpex par le groupe Arterris, des mesures correctives ont été prises afin que les offres du groupe Ovimpex répondant aux marchés publics organisés par France AgriMer soient formulées par les sociétés Dhumeaux, MVS et Ovimpex de façon autonome et indépendante20.

2. LES APPELS D'OFFRES CONCERNES

36. Les enquêteurs ont constaté qu'entre 2013 et 2016, sept marchés publics de fourniture et de livraison de produits alimentaires organisés par France AgriMer ont fait l'objet d'une double soumission par les sociétés Dhumeaux et Ovimpex21, voire d'une triple soumission par les sociétés Dhumeaux, MVS et Ovimpex22, sur une partie des lots concernés selon les marchés en cause.

37. Au total, il a été constaté qu'entre 2013 et 2016, pour ces sept marchés :

- 308 lots ont fait l'objet de la remise de deux ou trois offres par les sociétés Dhumeaux, MVS et Ovimpex ;

- parmi ces 308 lots, 131 lots ont été remportés par l'une de ces sociétés, pour un montant total d'environ 52 millions d'euros.

38. Il ressort par ailleurs de l'enquête que les sept marchés concernés par cette soumission commune représentaient un montant de dotation global de 290 332 175 euros.

D. RAPPEL DU GRIEF NOTIFIE

39. Au vu des éléments de fait exposés dans la notification de griefs du 28 janvier 2020, les services d'instruction ont notifié le grief suivant :

« Il est fait grief aux SAS OVIMPEX, DHUMEAUX, MVS et VIANOV en tant qu'auteurs en raison de leur participation directe ainsi qu'à la SAS OVIMPEX en sa qualité de société mère d'avoir conclu une convention du 3 janvier 2013 au 1er février 2017 ayant pour objet la mise en place d'une organisation retirant toute autonomie commerciale aux entreprises signataires dans l'élaboration de réponses distinctes mais coordonnées, dans l'exécution des marchés obtenus, et devant être tenue secrète, pratique qui a eu pour objet de tromper les maîtres d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur les marchés, et est contraire aux dispositions des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, prohibant les ententes anticoncurrentielles.

Les SAS OVIMPEX, DHUMEAUX, MVS ont en outre mis en œuvre cet accord en présentant des offres distinctes alors qu'elles avaient été conçues de manière coordonnée, préalablement à la date de remise, et en trompant l'acheteur public sur l'indépendance de leurs réponses à l'occasion des marchés publics suivants : « PEAD 2013 » du 12 décembre 2012, « CNES 2014 » du 27 juin 2014, « FEAD 2014 » du 1er février 2014, « CNES 2015 » du 13 juillet 2015, « FEAD 2015 » du 18 décembre 2014, « CNES 2016 » du 19 août 2016, « FEAD 2016 » du 15 décembre 2015 organisés par l'établissement public FranceAgriMer, ce qui a eu pour objet et effet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché. Cette pratique qui doit être regardée comme une infraction continue entre le 3 janvier 2013 et le 31 décembre 2017 est contraire aux dispositions des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, prohibant les ententes anticoncurrentielles ».

II. Discussion

40. Seront successivement examinés la mise en œuvre de la procédure de transaction (A), l'applicabilité du droit de l'Union (B) et le bien-fondé du grief notifié (C).

A. SUR LA PROCEDURE DE TRANSACTION

41. Le III de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose : « [L]orsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans sa proposition de transaction. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans les limites fixées par la transaction ».

42. Les sociétés Dhumeaux, Ovimpex et Vianov ont sollicité l'application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce auprès du rapporteur général de l'Autorité, qui leur a soumis une proposition de transaction.

43. Par procès-verbaux du 5 juin 2020, les sociétés Dhumeaux, Ovimpex et Vianov ont renoncé à contester la réalité du grief qui leur avait été notifié et ont donné leur accord à une proposition de transaction définissant les limites des sanctions pécuniaires pouvant leur être infligées²³.

44. Lors de la séance du 21 septembre 2020, les services d'instruction et le commissaire du Gouvernement ont proposé l'abandon du grief au motif de l'évolution récente de la jurisprudence européenne s'agissant des accords entre sociétés du même groupe dans le cadre de la soumission à des appels d'offres de marchés publics.

45. En séance, les sociétés Dhumeaux, Ovimpex et Vianov ont confirmé devant le collège avoir mis fin à leur système de soumission concertée aux appels d'offres organisés par France AgriMer.

B. SUR L'APPLICABILITE DU DROIT DE L'UNION

46. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE prohibe les accords ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

47. Dans sa communication du 27 avril 2004 relative à l'affectation du commerce, la Commission européenne (ci-après, « Commission ») rappelle que « les articles 81 et 82 du Traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres »²⁴ et que cette affectation actuelle ou potentielle doit être sensible²⁵.

48. En ce qui concerne l'affectation du commerce entre les États membres, dans les cas d'ententes s'étendant à l'intégralité ou à la vaste majorité du territoire d'un État membre, le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, « Tribunal ») a jugé « qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un État membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires »²⁶. Sur pourvoi, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « Cour de justice ») souligne à cet égard que : « (...) le fait qu'une entente n'ait pour objet que la commercialisation des produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté. En effet, une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité CE »²⁷.

49. De la même manière, dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, la Commission précise que « [l]es ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un État membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Du reste, les juridictions communautaires considèrent souvent que l'entente qui s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité (...) En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes »²⁸.

50. S'agissant du caractère sensible de l'affectation du commerce, les lignes directrices relatives à l'affectation du commerce précisent que : « [l]e critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit communautaire aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Les accords et pratiques échappent à l'interdiction énoncée aux articles 81 et 82 lorsqu'ils n'affectent le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause »²⁹.

51. La Cour de cassation a considéré que la démonstration du caractère sensible de l'affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle du commerce entre États membres peut résulter d'un ensemble de critères, parmi lesquels figurent la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position des entreprises sur le marché en cause³⁰.

52. La Commission établit, dans ses lignes directrices précitées, un seuil de sensibilité, en deçà duquel un accord est présumé ne pas affecter sensiblement le commerce entre les États membres. Répondent à cette définition les accords pour lesquels :

- la part de marché totale des parties sur le marché communautaire affecté par l'accord n'excède pas 5 % ; et

- dans le cas d'accords horizontaux, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans l'Union par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros³¹.

53. En l'espèce, comme indiqué ci-avant (voir paragraphe 8), les marchés passés par France AgriMer au titre du FEAD ou des CNES couvrent la totalité du territoire français. Ils constituent donc des marchés d'envergure nationale. Par ailleurs, les sociétés susceptibles de candidater aux appels d'offres de France AgriMer sont nombreuses, de taille diverse et réparties sur le territoire de l'Union.

54. En ce qui concerne le caractère sensible de l'affectation, les pratiques examinées impliquent des entreprises dont le chiffre d'affaires européen dépassait les 40 millions d'euros en 2016³².

55. Compte tenu de la dimension nationale des marchés en cause et de la position des entreprises sur les marchés sur lesquels les pratiques ont été mises en œuvre, il y a lieu de considérer que ces pratiques sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

56. Par conséquent, les pratiques en cause doivent être examinées au regard des dispositions du droit national, en particulier de l'article L. 420-1 du code de commerce, mais également au regard du droit européen, et notamment de l'article 101 du TFUE.

C. SUR LE BIEN-FONDE DU GRIEF NOTIFIE

57. Les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent les accords ou pratiques concertées conclus entre des entreprises, c'est-à-dire entre des unités économiques distinctes. La pratique décisionnelle et la jurisprudence, tant nationale qu'européenne, considèrent ainsi que les articles réprimant les ententes ne sont pas applicables aux accords ou pratiques mis en œuvre au sein d'une même unité économique³³.

58. Dans le cas où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, elle est présumée, de façon réfragable, exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale et former avec elle une unité économique³⁴.

59. Dans un arrêt du 12 juillet 1995, Viho, le Tribunal de l'Union a ainsi jugé que : « en l'absence de concours de volontés économiquement indépendantes, les relations au sein d'une unité économique ne peuvent être constitutives d'un accord ou d'une pratique concertée entre entreprises, restrictifs de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Lorsque, comme en l'espèce, la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties, directement ou indirectement, par la société mère qui la contrôle à 100 %, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1 [devenu l'article 101, paragraphe 1], sont inapplicables dans les rapports entre la filiale et la société mère avec laquelle elle forme une unité économique (soulignement ajouté)³⁵.

60. Dans cette même affaire, la Cour de justice a validé le raisonnement du Tribunal en indiquant qu' : « il est établi que Parker détient 100 % du capital de ses filiales (...). Cette équipe régionale prescrit également la gamme des produits à vendre, contrôle les activités publicitaires et donne des directives en ce qui concerne les prix et les remises.

Parker et ses filiales forment ainsi 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 » (soulignement ajouté)³⁶.

61. S'agissant des accords entre deux filiales appartenant au même groupe, les lignes directrices de la Commission sur les accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011 précisent qu'« [i]l en va de même pour des sociétés sœurs, c'est-à-dire des sociétés sur lesquelles la même société mère exerce une influence déterminante. Elles ne sont, par conséquent, pas considérées comme concurrentes même si elles opèrent toutes les deux sur les mêmes marchés de produits et les mêmes marchés géographiques en cause »³⁷. La pratique décisionnelle française va dans le même sens³⁸.

62. En droit national, toutefois, il résultait d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence constantes que les pratiques concertées entre sociétés du même groupe mises en œuvre dans le cadre d'un appel d'offres pouvaient relever des règles de concurrence applicables aux ententes, dès lors que les sociétés en cause avaient choisi de soumissionner de façon séparée par le dépôt d'offres distinctes. Dans ce cas, les sociétés, qui se présentaient comme des entreprises indépendantes et concurrentes étaient réputées manifester leur autonomie commerciale à l'égard de l'acheteur³⁹.

63. Ces principes ont été rappelés dans un arrêt du 28 octobre 2010 par la cour d'appel de Paris :

« concernant les comportements d'entreprises appartenant à un même groupe à l'occasion de procédures de mises en concurrence incriminés par l'article L. 420-1 du code de commerce et par l'article 81 du traité CE devenu l'article 101 du traité TFUE, (...) 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 »⁴⁰.

64. Cette application en droit de la concurrence de la théorie de l'apparence dans le cas des appels d'offres a, cependant, toujours été circonscrite aux cas soumis à l'analyse de l'Autorité ou du Conseil

de la concurrence. Dans l'arrêt du 28 octobre 2010 précité, la cour d'appel a précisé à cet égard que « les juridictions communautaires n'ont jusqu'alors jamais eu à connaître de pratiques mises en œuvre 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 ».

65. Or, dans un arrêt du 17 mai 2018, constituant la première espèce portée devant la Cour de justice en la matière, la Cour a estimé que les règles de l'article 101 du TFUE sont inapplicables aux accords entre sociétés du même groupe pris dans le cadre d'un appel d'offres et renvoyé, dans ce cas de figure, aux règles relatives aux marchés publics :

« Pour ce qui est de l'article 101 TFUE, il convient de rappeler que cet article ne s'applique pas lorsque les accords ou pratiques qu'il proscriit sont mis en œuvre par des entreprises formant une unité économique (voir, en ce sens, arrêts du 4 mai 1988, *Bodson*, 30/87, EU :C :1988 :225, point 19, et du 11 avril 1989, *Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, EU :C :1989 :140, point 35). Il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier si les soumissionnaires A et B forment une unité économique.

Au cas où les sociétés concernées ne formeraient pas une unité économique, la société mère n'exerçant pas d'influence déterminante sur ses filiales, il y a lieu de relever que, en toute hypothèse, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18 serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la présentation de telles offres constitue aussi un comportement contraire à l'article 101 TFUE » (soulignement ajouté)⁴¹.

66. Cette nouvelle jurisprudence conduit, partant, l'Autorité à reconsidérer sa pratique décisionnelle relative à l'application de la prohibition des ententes aux soumissions concertées des sociétés filiales d'un même groupe à des appels d'offres.

67. 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, constituent donc une même unité économique au sens du droit de la concurrence, nonobstant la remise séparée des réponses aux appels d'offres organisés par France AgriMer.

68. En l'absence d'éléments permettant de caractériser l'autonomie des sociétés Dhumeaux, MVS et Vianov, filiales du groupe Ovimpex, il y a donc lieu de considérer que les dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ne sont pas applicables aux accords conclus entre les sociétés Dhumeaux, MVS, Ovimpex et Vianov dans le cadre de la soumission aux marchés publics organisés par France AgriMer.

69. Il ressort par ailleurs du Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction que « le collège, saisi d'une affaire ayant donné lieu à l'application de la procédure de transaction examine, d'une part, les faits et les griefs notifiés, et, d'autre part, le procès-verbal de transaction. S'il estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction sont réunies, il prononce une sanction comprise dans les limites de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction » (soulignement ajouté)⁴².

70. Le Communiqué précise également que si « au regard, d'une part, des faits et des griefs notifiés, et, d'autre part, du procès-verbal de transaction, le collège estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction dans la fourchette indiquée dans le procès-verbal de transaction ne sont pas réunies ou que le ou les griefs ne sont pas fondés, il peut décider d'un renvoi à l'instruction selon la procédure de droit commun. Ce renvoi à l'instruction rend alors caduc le procès-verbal de transaction précédemment signé »⁴³.

71. En l'espèce, le collège considère que, compte tenu de l'évolution du droit positif applicable aux pratiques telles que celles de l'espèce, d'une part, les conditions pour le prononcé d'une sanction tel que l'envisageaient les procès-verbaux de transaction ne sont pas réunies et, d'autre part, il n'est pas utile de procéder à un renvoi à l'instruction, les conditions d'une interdiction au titre des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce n'étant pas réunies.

72. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

DÉCISION

Article unique : l'Autorité de la concurrence considère, sur la base des informations dont elle dispose, que les conditions d'une interdiction au titre des articles 101 du TFUE et

L. 420-1 du code de commerce ne sont pas réunies. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

NOTES

1 Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

2 Cote 2019.

3 Cote 2504.

En raison de cette absorption, certaines des démarches auprès de l'Autorité ont été faites par la société Ovimpex au nom de la société MVS.

4 Cote 1604.

5 Cote 1811.

6 Cote 2631.

7 Cotes 215 à 222.

8 Cotes 71 à 72, 175 à 178, 238 à 239, 240 à 246 et 331 à 333.

9 Cotes 277 et 309.

10 Cotes 250 et 297.

11 Cotes 251 à 252, 278 à 279, 298 à 299 et 310 à 311.

12 Cotes 253 à 276, 280 à 295, 300 à 308 et 312 à 317.

13 Cotes 71 à 72, 127 à 129, 215 à 222 et 331 à 333.

14 Cote 177.

15 Cote 239.

16 Cote 332.

17 Cotes 58, 63 et 66.

18 Cote 60.

19 Cote 67.

20 Cotes 175 à 178, 223 à 225, 226 à 230, 238 à 239 et 331 à 333.

21 Il s'agit des marchés au titre des CNES du 27 juin 2014, BOAMP avis n° 14-23157, dit « CNES 2014 » (Cotes 387 à 388), du 13 juillet 2015, BOAMP avis n° 15-101395, dit « CNES 2015 » (Cotes 398 à 399 et 409), du 19 août 2016 dit « CNES 2016 », BOAMP avis n° 16-100861, (Cotes 419 à 420 et 429) et du marché au titre du FEAD du 15 décembre 2015 dit « FEAD 2016 », BOAMP avis n° 15-180784, (Cotes 421 à 428 et 430 à 435).

22 Il s'agit du marché lié au Plan Européen d'aide aux plus démunis (« PEAD ») du 12 décembre 2012, BOAMP avis n° 12-229358, (Cotes 370 à 386) et des marchés liés au FEAD du 1er février 2014, BOAMP avis n° 14-8206, dit « FEAD 2014 » (Cotes 389 à 393 et 395 à 397) et du 18 décembre 2014, BOAMP avis n° 14-179793, dit « FEAD 2015 » (Cotes 400 à 408 et 410 à 418).

23 Cotes 2991 à 3002.

24 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 2004/C 101/07, JO n° C 101 du 27.04.2004, p. 81 à 96, point 1.

25 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitée, points 44 et suivants.

26 Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, point 181.

27 Arrêt de la Cour de justice, 24 septembre 2009, Erste Group Bank AG e.a./Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, point 38.

28 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitée, points 78 et 79.

29 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitée, point 44.

30 Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, France Télécom e.a, n° 10-25772, 10-25775 et 10-25882.

31 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, précitée, point 52.

32 Cotes 1811, 1604, 2019 et 2631.

33 Arrêt de la Cour de justice du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd./Commission, Aff. 48-69, point 134.

En droit français, s'agissant des accords entre une société mère et ses filiales, voir par exemple les décisions n° 91-D-12 du 26 mars 1991 relative à une saisine émanant de la société Etablissements Tournier S.A., p. 3 et 4 ; n° 92-D-68 du 15 décembre 1992 relative à la saisine de la société Distribution logistique dentaire et médicale, p. 4 à 5 confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 septembre 1993, Société Brasseler, n° 93/1688, p. 6 ; n° 07-D-12 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, paragraphes 88 à 90 et n° 99-D-18 du 2 mars 1999 relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoires 3M Santé, p. 10.

34 Arrêt de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e.a./Commission, C-97/08 P, points 59 à 62 et arrêt du Tribunal du 30 septembre 2009, Arkema SA/Commission, T-168-05, point 71.

Pour une application en droit français, voir par exemple les décisions n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphes 411 et s. confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 2015, Orange Caraïbe, n° 13-21305 et n° 13-22477 et n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, paragraphes 323 et s. confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228.

35 Arrêt du Tribunal du 12 janvier 1995, Viho Europe BV/Commission, T-102/92, point 51.

36 Arrêt de la Cour de justice du 24 octobre 1996, Viho Europe BV/Commission, C-73/95 P, points 15 à 16.

37 Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, JO n° C 11 du 14.01.2011, p. 1 à 72, point 11.

38 Voir par exemple la décision n° 06-D-26 du 15 septembre 2006 relative à la saisine des sociétés Lamy Moto et Moto Ouest à l'encontre des sociétés Yamaha Motor France et MBK, paragraphes 37 à 44.

39 Voir par exemple les décisions n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe l'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux, paragraphes 123 et s. ; 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, paragraphes 64 et s. confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 novembre 2003, Signaux Laporte, n° 2003/04154, p. 4 à 6 ; n° 04-D-08 du 30 mars 2004 relative au marché de travaux d'assainissement de la commune de Pontacq, paragraphes 47 à 57 confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 novembre 2004, SEE Camille Bayol, n° 04/08123, p. 9 ; 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, paragraphes 115 et s. ; n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération, paragraphes 124 et s. confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 octobre 2010, société Maquet, n° 2010/03405 et 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, paragraphes 16 et s.

40 Arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 octobre 2010, société Maquet, n° 2010/03405, p. 13.

41 Arrêt de la Cour de justice du 17 mai 2018, « Ecoservice projektai » UAB, C-531/16, points 28 à 30.

42 Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, point 32.

43 Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction, point 33.