

ADLC, 19 février 2018
AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
18-D-02

Intitulé : relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

Nature : Décision

Composition de la juridiction

Législation : LawLex200200001036JBL et LawLex200200001093JBL

Bibliographie :

- RLC 2018, n° 3371, obs. VENAYRE
- Concurrences 2018/2, 73, obs. DEBROUX

Texte intégral

L'Autorité de la concurrence (section V) ;

Vu la lettre en date du 1er décembre 2014, enregistrée le 3 décembre 2014 sous le numéro 14/0096 F, par laquelle le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés SARL Groupe Fontaine, SAS Madianet, SCEA Les Bougainvillées, SAS Mad'Inser Propreté et SARL Insertis dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique ; Vu la décision du rapporteur général en date du 5 juillet 2017 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 le livre IV du Code de commerce et notamment son article L. 420-1 ; Vu les observations présentées par les sociétés SARL Groupe Fontaine, SAS Madianet, SCEA Les Bougainvillées, SAS Mad'Inser Propreté et SARL Insertis et le commissaire du Gouvernement ; Vu les autres pièces du dossier ; Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés SARL Groupe Fontaine, SAS Madianet, SCEA Les Bougainvillées, SAS Mad'Inser Propreté et SARL Insertis entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 6 décembre 2017 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Aux termes de la décision ci-après, l'Autorité de la concurrence inflige solidairement à la société Groupe Fontaine, à la société SCEA Les Bougainvillées et à la société SAS Madianet des sanctions pécuniaires d'un montant respectif de 10 000 euros, 10 000 euros et 60 000 euros.

Les faits ont été établis suite à une enquête réalisée par la DGCCRF, qui a conduit le ministre de l'Economie à proposer aux sociétés en cause une transaction, que celles-ci ont refusé. Le ministre a alors saisi l'Autorité.

Les trois sociétés mises en cause, appartenant au même groupe, ainsi que deux de leurs filiales, SAS Mad'Inser Propreté et SARL Insertis, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce lors de la passation d'un marché public local relatif à l'entretien d'espaces verts en Martinique. Ces entreprises ont présenté comme distinctes des offres élaborées de façon concertée afin de contourner les modalités d'allotissement décidées par le pouvoir adjudicateur, et notamment la limitation du nombre maximal de lots attribués à une même entreprise.

L'Autorité a fait application des règles selon lesquelles lorsqu'au sein d'un groupe, plusieurs entités autonomes sont susceptibles de répondre au même appel d'offres, deux options s'offrent à elles :

elles peuvent d'une part, renoncer à leur autonomie commerciale et se concerter pour déterminer la société la mieux placée pour répondre à l'appel d'offres. Dans cette hypothèse, elles ne pourront déposer qu'une seule offre. D'autre part, ces sociétés peuvent choisir de présenter chacune une offre à condition de ne pas s'être concertées pour établir ces offres. Dans cette dernière hypothèse, toute concertation ou tout échange d'informations avant la remise des offres est constitutif d'une entente anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce (décision de l'Autorité de la concurrence 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 suivants).

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

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a été informée d'anomalies lors de la passation, par des bailleurs sociaux martiniquais, d'un marché relatif à l'entretien de leurs espaces verts lancé en 2011. Elle a établi, le 31 janvier 2013, un rapport administratif d'enquête au sujet de ces pratiques et, par courrier du 14 octobre 2013, a proposé à cinq sociétés du groupe Fontaine, la SARL Groupe Fontaine, la SAS Madianet, la SCEA Les Bougainvillées, la SAS Mad'Inser Propreté et la SARL Insertis, une transaction permettant de sanctionner des pratiques contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Les sociétés visées ont refusé cette proposition.

2. Par lettre enregistrée le 3 décembre 2014, sous le numéro 14/0096 F, le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie a alors saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique. Une notification de griefs a été adressée à ces cinq sociétés du groupe Fontaine le 7 juillet 2017.

B. LES ENTREPRISES MISES EN CAUSE

3. Le groupe Fontaine est présent en Martinique, en Guyane et à La Réunion. Il est constitué d'une holding, la SARL Groupe Fontaine, et de plusieurs filiales, réalisant différentes activités, telles que le nettoyage, l'entretien d'espaces verts, la sécurité, la formation, la réparation et l'entretien de véhicules ou la conciergerie (cote 86). Dans le secteur de l'entretien des espaces verts, il détient notamment, 95 % des parts de la SAS Madianet qui contrôle elle-même la SAS Mad'Inser Propreté et la SCEA Les Bougainvillées, cette dernière détenant 100 % de la société Insertis.

C. LE MARCHÉ PUBLIC CONCERNÉ

4. Le marché public visé par la notification de griefs concerne l'entretien des espaces verts attachant aux immeubles de deux bailleurs sociaux martiniquais, la Société Martiniquaise de HLM (SMHLM) et la société OZANAM, constituées en groupement de commandes à l'occasion de ce marché public. Lancé au second semestre 2011, le marché couvrait une durée de trois ans et était alloté en 23 lots géographiques (cote 69). Son montant était d'environ 2 millions d'euros.

5. Le règlement de la consultation prévoyait qu'une même entreprise ne pouvait pas se voir attribuer plus de cinq lots. À défaut, si un candidat présentait l'offre la mieux classée mais avait déjà obtenu cinq lots, son offre devait être écartée au profit de l'offre classée en deuxième position (cotes 40 à 50).

6. En ce qui concerne les sociétés du groupe Fontaine, visées par la présente procédure, quatre entreprises ont présenté une candidature à titre individuel, la SAS Madianet, la SCEA Les Bougainvillées, la SAS Mad'Inser Propreté et la SARL Insertis. À l'issue de la consultation, deux d'entre elles ont été retenues : la société Madianet a remporté le lot n° 14 tandis que la société Mad'Inser Propreté s'est vue attribuer les lots n° 5 et 19.

7. Par ailleurs, pour plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a considéré que les offres respectives présentées par les quatre sociétés précitées et par une société n'appartenant pas au groupe Fontaine, la société Exinet, étaient anormalement basses. Ces offres ont alors été écartées.

D. LES COMPORTEMENTS RELEVÉS

1. UNE ABSENCE DE CONCURRENCE EN PRIX ENTRE LES SOCIÉTÉS DU GROUPE FONTAINE

8. Dans leur proposition financière, les soumissionnaires devaient indiquer le nombre d'heures d'intervention qu'ils prévoyaient sur chaque lot. L'analyse des dossiers de candidature déposés par les entreprises du groupe Fontaine révèle une grande homogénéité des propositions, à l'exception de certaines erreurs de calcul, le plus souvent dues à une mauvaise compilation des données ou à des erreurs de saisie.

9. Interrogé sur les similitudes constatées entre les volumes horaires proposés par les différentes sociétés de son groupe, M. X a déclaré, lors de son audition du 6 novembre 2012 : " Mme Y, l'ex-responsable du service marché du groupe et Mme Z, ex-responsable technique, ont évalué les heures d'intervention pour l'ensemble des lots et pour les quatre entreprises du groupe ".

10. L'analyse des offres tarifaires de ces entreprises montre que leurs propositions sont corrélées par des coefficients de majoration. Ainsi, lorsqu'une entreprise du groupe Fontaine propose la meilleure offre des entreprises du groupe sur un lot déterminé, les autres entreprises du groupe appliquent systématiquement un pourcentage de majoration donné afin de se positionner automatiquement à un prix plus élevé. Ainsi, Mad'Inser Propreté a appliqué un pourcentage de majoration de 3,9%, Insertis un pourcentage de 3,4%, Les Bougainvillées un pourcentage de 5,5% et Madianet un pourcentage de 4,5 %.

11. Pour justifier cette coordination des prix proposés, M. X a déclaré, lors de son audition du 6 novembre 2012 (cotes 1970 à 1973) : " Sur l'appel d'offre OZANAM/SMHLM, j'ai exceptionnellement fixé les prix pour les quatre entreprises du Groupe Fontaine (SCEA LES BOUGAINVILLEES, INSERTIS, MADIANET et MAD'INSER PROPRETE) (...) La Société Bougainvillées était en 2011 sous perfusion du groupe afin de maintenir les salaires. Face à la situation critique de mon entreprise et la limitation à 5 lots, j'ai souhaité multiplier les chances pour le groupe mais aussi pour la Société Bougainvillées plus particulièrement. La stratégie était la sauvegarde de l'entreprise Bougainvillées et le maintien de ses emplois (...)

Le but était de pouvoir sous-traiter les marchés remportés à l'entreprise les Bougainvillées ".

12. Ces propos ont été confirmés par ceux de M. A, directeur général de Madianet et de Mad'Inser Propreté, lors son audition du 8 novembre 2012 (cotes 1975 à 1977) : " Sur le marché SM HLM/OZANAM de 2011, personne de mon entreprise n'a participé à la réflexion et la mise en œuvre de ce marché. M. X m'avait informé de la particularité de ce marché et de l'enjeu important pour lui car il était le prestataire sortant de ce marché. Il ne voulait pas être limité à cinq lots pour son entreprise (LES BOUGAINVILLÉES). (...) J'étais d'accord sur ce principe."

2. DES ANALOGIES DE FORME ENTRE LES OFFRES DES SOCIÉTÉS DU GROUPE FONTAINE

13. Outre les éléments précédemment évoqués, les offres présentées par les entreprises du groupe Fontaine comportent de nombreuses analogies de forme, telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations, ou encore un chiffrage identique des moyens techniques et humains proposés.

14. Interrogé sur ces nombreuses similitudes entre les dossiers de candidature des différentes sociétés de son groupe, M. X a précisé, lors de son audition du 6 novembre 2012 : " La mise en œuvre de ces dossiers techniques a été faite au sein de la structure " marché " du Groupe Fontaine, ce qui explique la similitude du montage. Nous ne nous cachons pas car le nom Groupe Fontaine apparaît sur les dossiers, de plus ces entreprises sont bien connues du pouvoir adjudicateur. "

E. RAPPEL DU GRIEF NOTIFIÉ AUX PARTIES

15. Le 5 juillet 2017, le grief suivant a été notifié aux parties : " Il est fait grief aux personnes morales SARL GROUPE FONTAINE en tant qu'auteure et société-mère de SAS MADIANET, SAS MADIANET en tant qu'auteure et société-mère de SAS MAD'INSER PROPRETE, SAS MAD'INSER PROPRETE en tant qu'auteure, SCEA LES BOUGAINVILLÉES en tant qu'auteure et société-mère de SARL INSERTIS, et SARL INSERTIS en tant qu'auteure, d'avoir conçu leurs offres respectives de manière concertée, préalablement à la date de remise de ces dernières, en vue de la passation du marché d'entretien des espaces verts du groupement SMHLM/OZANAM du 22 juillet 2011, ayant pour objet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché, pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-1, notamment 2° et 4° du Code de commerce, prohibant les ententes anticoncurrentielles ".

II. Discussion

A. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

1. PRINCIPES APPLICABLES

16. Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent. Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique.

17. Une concertation anticoncurrentielle est établie sur de tels marchés instantanés dès lors que les entreprises ont coordonné leur comportement ou ont échangé entre elles des informations sur leur comportement futur antérieurement au dépôt de leurs offres.

18. Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres. Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

19. En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une concurrence entre elles. Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle. À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations (décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 " Gaz médicaux " paragraphes 123 et suivants ; arrêt de la Cour d'appel de Paris statuant sur cette décision du 9 novembre 2004).

2. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

20. Compte tenu de la nature même des pratiques, dont l'objet était de contourner une règle de limitation des lots attribués à une même entreprise, il convient de retenir comme marché pertinent le marché de l'entretien d'espaces verts en Martinique lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM au second semestre 2011, composé de vingt-trois lots, et d'examiner le comportement des mises en cause pour l'ensemble des lots concernés.

21. Plusieurs éléments du dossier démontrent que les sociétés du groupe Fontaine destinataires des griefs ont coordonné leurs offres avant de soumissionner au marché public lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM dans le but d'obtenir vingt lots sur vingt-trois. La coordination des niveaux de prix et la similitude du format de présentation des offres s'expliquent par le fait qu'elles ont été établies par les mêmes rédacteurs.

22. Les sociétés en cause ne le contestent pas et les dirigeants du groupe déclarent que cette coordination était nécessaire pour surmonter les difficultés financières de leur filiale " Les Bougainvillées " en lui permettant de bénéficier in fine de tous les lots gagnés par le groupe, grâce à un système de sous-traitance au sein du groupe. Les pratiques en cause avaient donc pour objectif assumé de contourner la limitation des lots attribués à une même société et de tromper le responsable du marché sur la réalité de la concurrence entre les filiales du groupe.

23. À cet égard, les sociétés ne peuvent utilement alléguer, pour contester leur mise en cause au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce, que la règle de limitation des lots posée par le pouvoir adjudicateur aurait été illégale. Il leur appartenait, en tout état de cause, de contester les modalités de passation de ce marché public, si elles s'y estimaient fondées, sans qu'une telle circonstance ne puisse les autoriser à mettre en œuvre une entente illicite.

24. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par les entreprises du groupe Fontaine contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

B. SUR L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES

25. Au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société-mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. Lorsque la société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de la filiale à qui est imputé, en tant qu'auteur, le comportement infractionnel, l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale est présumé jusqu'à preuve contraire.

26. Les offres présentées au groupement SMHLM/OZANAM dans le cadre du marché public concerné ont été déposées par les sociétés SAS Madianet, SAS Mad'Inser Propreté, SARL Insertis et SCEA Les Bougainvillées. La responsabilité de chacune de ces quatre sociétés doit donc être retenue en tant qu'auteurs des pratiques.

27. Par ailleurs, comme cela a été précédemment exposé, la SARL Groupe Fontaine, société mère du groupe et contrôlant les quatre sociétés visées ci-dessus, a participé à la mise en œuvre de la pratique en servant de plateforme de centralisation et de rédaction des offres coordonnées, elle doit donc également être recherchée en tant qu'auteur des pratiques.

III. Sur les sanctions

28. Le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit que " les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du Code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ".

29. L'article L. 464-5 du Code de commerce dispose, en outre, que " l'Autorité, lorsqu'elle statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2. Toutefois, la sanction pécuniaire ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées ".

30. Le point 7 du communiqué du 16 mai 2011 prévoit que l'Autorité peut s'écarter de la méthode de détermination des sanctions pécuniaires décrite dans ce communiqué pour des motifs liés aux circonstances particulières de l'espèce ou pour des raisons d'intérêt général.

31. En l'espèce, la pratique d'entente en cause présente la particularité d'avoir été mise en œuvre par des entreprises qui appartiennent à la même unité économique, le groupe Fontaine, tout en présentant une forte hétérogénéité. Il est donc difficile de déterminer par un raisonnement classique la responsabilité propre de chacune de ces filiales disparates dont certaines n'avaient même pas la capacité d'exécuter les lots auxquelles elles avaient soumissionné, étant promises par la direction du groupe à un rôle de relais pour une sous-traitance ultérieure, et dont d'autres réalisent un chiffre d'affaires très limité constitué pour l'essentiel de subventions publiques reçues au titre de leur activité d'insertion professionnelle.

32. Au vu des circonstances particulières de l'espèce rappelées ci-dessus, l'Autorité entend s'écarter de la méthode décrite dans le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions pécuniaires, pour y appliquer un mode de fixation forfaitaire.

A. SUR LA GRAVITÉ DES FAITS ET L'IMPORTANCE DU DOMMAGE À L'ÉCONOMIE

33. En vertu d'une jurisprudence constante, les pratiques d'ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont, par nature, particulièrement graves puisque seul le respect des règles de concurrence garantit la sincérité de l'appel d'offres (voir par exemple l'arrêt du 25 novembre 2007 de la Cour d'appel de Paris, statuant sur un recours formé contre la décision n° 06-D-13 relative à un marché public de travaux pour la reconstruction du stade de Furiani).

34. Toutefois, au cas d'espèce, si la pratique en cause est répréhensible du seul fait qu'elle ait été mise en œuvre plusieurs éléments sont de nature à relativiser la gravité des faits et l'importance du dommage à l'économie.

35. D'une part, l'infraction n'a pas eu d'incidence notable sur le résultat de la consultation. Ainsi, alors que quatre sociétés du groupe Fontaine ont été représentées lors de ce marché sur dix-huit sociétés ayant remis une candidature valide, seules deux d'entre elles ont effectivement été attributaires de trois lots sur les vingt-trois lots du marché.

36. D'autre part, l'objectif de la concertation en l'espèce n'était pas de fixer les offres des entreprises du groupe Fontaine à un niveau artificiellement élevé par rapport aux prix du marché, mais de contourner la limite de cinq lots attribués à une même entreprise en proposant des prix suffisamment attractifs pour remporter le plus de lots possibles.

B. SUR L'INDIVIDUALISATION DES SANCTIONS

37. La SARL Groupe Fontaine, la SAS Madianet et la SCEA Les Bougainvillées ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières de nature, selon elles, à limiter leur capacité contributive mais l'examen des éléments financiers et comptables qu'elles ont communiqués ne permet pas d'établir l'existence de difficultés financières affectant leur capacité à s'acquitter de la sanction que l'Autorité envisage de leur imposer.

38. Toutefois, il y a lieu de tenir compte des circonstances propres de l'espèce tenant au fait que les cinq entreprises en cause, qui appartiennent au même groupe, réalisent des chiffres d'affaires très différents et parfois très faibles, et ne se trouvent pas dans des situations comparables.

39. En l'espèce, la société Madianet est la filiale la plus importante du groupe et réalise un chiffre d'affaires et un résultat largement supérieur à celui des autres entreprises poursuivies. Au vu de sa situation individuelle, il y a lieu de prononcer, dans le respect du plafond légal, une sanction d'un montant de 60 000 euros.

40. Au regard de la situation individuelle de la SARL Groupe Fontaine et de la SCEA Les Bougainvillées, sociétés de plus petite taille au sein du groupe, il convient de leur imposer à chacune, dans le respect du plafond légal, une sanction d'un montant de 10 000 euros.

41. Par ailleurs, dans les circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de prononcer une sanction pécuniaire à l'égard des deux plus petites filiales du groupe Fontaine, les sociétés Insertis et Mad'Inser propreté, qui réalisent un très faible chiffre d'affaires, dont une grande part provient de subventions publiques versées au titre des missions d'insertion professionnelle exercées par ces deux sociétés.

DÉCISION

Article 1er : Il est établi que les sociétés SARL Groupe Fontaine, SAS Madianet, SCEA Les Bougainvillées, SAS Mad'Inser Propreté et SARL Insertis ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes au titre des pratiques visées à l'article 1er :

- à la société SAS Madianet, une sanction d'un montant de 60 000 euros ;
- à la société SARL Groupe Fontaine, une sanction d'un montant de 10 000 euros ;
- à la société SCEA Les Bougainvillées, une sanction d'un montant de 10 000 euros.

Délibéré sur le rapport oral de M. Jérôme Cazal, rapporteur, et de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par M. Thierry Dahan, vice-président, président de séance, Mme Laurence Idot, Mme Pierrette Pinot, M. Olivier d'Ormesson, membres.