



**PRÉFET
DES BOUCHES-
DU-RHÔNE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction départementale
de la protection des populations**

Le préfet des Bouches-du-Rhône

à

Mesdames et Messieurs les Maires du département,
Mesdames et Messieurs les Présidents des Etablissements
Publics de Coopération Intercommunale
Madame la Présidente du Conseil Départemental
Monsieur le Président du Conseil Régional
Monsieur le Directeur du Service Départemental d'Incen-
die et de Secours des Bouches-du-Rhône
(Madame et Messieurs les Sous-préfets, pour information)

Marseille, le

26 OCT. 2021

Affaire suivie par : Marie LAURENT

OBJET : Contrôle de l'indépendance des opérateurs économiques candidats à un marché public

REF. :

- décision n° 20-D-19, du 25 novembre 2020, de l'Autorité de la Concurrence
- arrêt du Conseil d'Etat du 8 décembre 2020, décision N° 436532
- arrêt de la CJUE du 17 mai 2018, affaire C-531/16,

La présente circulaire a pour objet d'informer les acheteurs publics de la nécessité de vérifier l'absence d'offres coordonnées, présentées par des entreprises liées entre elles, en réponse à une procédure de mise en concurrence (appel d'offres, concessions ...).

I. Evolutions jurisprudentielles récentes

Dans sa décision n° 20-D-19, en date du 25 novembre 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de fourniture de produits alimentaires de l'établissement public national France Agri-Mer, dite « AgriMer », l'Autorité de la concurrence a opéré un revirement de sa pratique décisionnelle qui interdisait aux filiales d'un même groupe de se coordonner en vue de répondre à des appels d'offres.

Jusqu'alors, l'Autorité de la Concurrence considérait que des sociétés entretenant des liens juridiques ou financiers étaient habilitées à agir comme des opérateurs indépendants et à déposer des offres distinctes, sous réserve qu'aucun échange d'information ou concertation entre ces sociétés n'ait eu lieu. En se présentant comme des entreprises indépendantes et concurrentes, les sociétés candidates étaient alors réputées manifester leur autonomie commerciale à l'égard de l'acheteur public¹ ; tout échange d'information ou concertation entre elles était donc constitutif d'une entente.

Cette position toutefois interférait avec le droit des traités fondateurs tel qu'interprété par la Cour de justice². Ainsi que l'a rappelé l'arrêt « Ecoservice Projektai » rendu en 2018, l'article 101 TFUE « ne s'applique pas lorsque les accords ou pratiques qu'il proscriit sont mis en œuvre par des entreprises formant une unité économique », étant précisé pour la première fois que cette inapplicabilité concerne également les « 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 ».

Afin de s'aligner sur l'interprétation de la Cour de justice, l'Autorité de la concurrence a choisi de « 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 ».

C'est ainsi qu'en l'espèce, dans sa décision « AgriMer » l'Autorité de la Concurrence a considéré que les trois filiales, détenues quasiment intégralement par la société mère au moment des faits, constituent une même unité économique, « nonobstant la remise séparée des réponses aux appels d'offres » et que, par tant, les articles 101 du TFUE et L.420-1 du code de commerce ne leur étaient pas applicables.

Cette nouvelle interprétation de l'Autorité impacte directement la passation des marchés puisque désormais des entreprises constituant une même unité économique devront être regardées comme un opérateur unique, y compris dans le cadre d'un appel d'offres initié par un acheteur public.

Or, et comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 8 décembre 2020, dit « Métropole Aix Marseille Provence », un même soumissionnaire ne peut présenter qu'une seule offre pour chaque lot³.

En conséquence, les sociétés qui composent une même unité économique ne pourront plus déposer des offres distinctes sans être écartées par l'acheteur public, notamment si leurs offres sont identiques ou comportent des similitudes.

En conclusion, si la participation, à un même appel d'offres, de sociétés liées entre elles, ne peut plus être sanctionnée au titre de la prohibition des ententes anticoncurrentielles par le droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins qu'une telle pratique peut être contraire au droit de la commande publique. De tels comportements peuvent en effet induire en erreur l'acheteur public et fausser les résultats de la commande publique.

II. Le rôle accru de l'acheteur public

L'article 2 de la directive 2004/18, dont les dispositions ont été transposées à l'article L3 code commande publique prévoit que :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

« S'agissant des obligations incombant, en vertu dudit article 2 de la directive 2004/18, aux pouvoirs adjudicateurs » la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) estime « qu'un rôle actif est attribué aux pou-

¹ En effet, « si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent ». v. Aut. conc., déc. n° 03-D-01, 14 janv. 2003, pt. 126 ; Aut. conc., déc. n° 18-D-02, préc., pt. 19.

² CJCE, 4 mai 1988, aff. 30/87, Bodson

³ Cf. Articles L 1220-1 à 1220-3 et R 2151-6 du code de la commande publique

voirs adjudicateurs dans l'application des principes de passation des marchés publics énoncés audit article »⁴.

Il apparaît en conséquence que l'interdiction qui est faite au même soumissionnaire de présenter plus d'une offre pour un même lot a pour pendant l'obligation, pour l'acheteur public, de vérifier que les offres reçues ne forment pas, en réalité, une offre unique émanant d'un même opérateur.

En cas de recours, s'il est constaté que plusieurs offres ont été reçues de la part d'entités qui auraient dues être considérées comme un seul et même soumissionnaire, la procédure et le contrat conclu par l'acheteur encourent la résiliation ou l'annulation par le juge.

Par ailleurs, les concurrents évincés et les tiers lésés dans une telle hypothèse peuvent, dans certaines circonstances, avant la conclusion définitive du contrat, former un recours en référé devant le juge administratif sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, pour obtenir que soient ordonnées des mesures de régularisation de la procédure.

L'attention des pouvoirs adjudicateurs est attirée sur le fait qu'il est possible d'instaurer une condition spécifique, dans les documents du dossier de consultation des entreprises, afin de contraindre les soumissionnaires liés, soumettant des offres séparées dans une même procédure, à déclarer, de leur propre initiative, leurs liens.

En l'absence de telles dispositions, l'acheteur sera tenu d'effectuer les vérifications nécessaires par tous moyens qu'il jugera appropriés.

En conséquence, il ressort de l'ensemble de ces dispositions que les acheteurs devront être particulièrement vigilants quant à l'existence de liens entre les soumissionnaires, pouvant induire *de facto* l'absence d'offres indépendantes.

III. La détermination de l'unité économique

Il y a unité économique entre deux entités lorsque l'une d'entre elles a une influence déterminante sur l'autre et/ou qu'elles n'ont pas d'autonomie commerciale entre elles.

La jurisprudence a posé le principe d'une présomption d'influence déterminante, lorsqu'une société détient la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une autre.

Très récemment, cette présomption a été étendue à la situation dans laquelle une société détient 100% des droits de vote associés aux actions de sa filiale⁵.

Ainsi, dans sa décision n° 20-D-19 dite AgriMer, l'autorité de la concurrence a rappelé que :

« 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 irréfragable, exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale et former avec elle une unité économique. »

Tel sera le cas, par exemple *« lorsque [...] 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 % »*.

L'Autorité de la concurrence précise que l'unité économique sera également constatée entre deux filiales du même groupe lorsqu'il s'agit de *« sociétés sœurs, c'est-à-dire des sociétés sur lesquelles la même société mère exerce une influence déterminante. [Ces sociétés] ne sont, par conséquent, pas considérées comme*

⁴ En ce sens, les arrêts du 12 mars 2015 « eVigilo » et du 17 mai 2018 « Ecoservice projektai ».

⁵ CJUE 27 janvier 2021 C-595-18, § 36

concurrentes même si elles opèrent toutes les deux sur les mêmes marchés de produits et les mêmes marchés géographiques en cause. »

En l'espèce, les sociétés mises en cause étaient des filiales détenues quasiment intégralement par la société tête de groupe à l'époque des faits, sans qu'il soit relevé d'éléments permettant de caractériser l'autonomie des sociétés, ce qui a amené l'Autorité de la Concurrence à considérer ces quatre sociétés (société mère et filiales du groupe) comme 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.

De plus, l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 décembre 2020 précité, a quant à lui précisé les cas dans lesquels l'absence d'autonomie commerciale peut être relevée.

Ainsi, d'après le Conseil d'Etat « *si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot. »*

En l'espèce, les offres litigieuses émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et étaient identiques, elles ne pouvaient être considérées comme des offres distinctes présentées par des opérateurs économiques manifestant leur autonomie commerciale.

Outre ces éléments jurisprudentiels, il n'existe pas de définition précise et absolue de l'unité économique.

Aussi, l'attention de l'acheteur est attirée sur le fait que ces critères ne sauraient être absolus et systématiques, si bien qu'aucun de ces éléments, pris isolément, ne suffit pour établir l'existence d'une influence d'une société sur une autre ou des sociétés entre elles, mais celle-ci peut être déduite d'un faisceau d'éléments concordants laissant supposer l'absence d'autonomie commerciale entre les soumissionnaires.

Aussi pour déterminer si les soumissionnaires sont autonomes ou non, l'acheteur pourra s'attacher à vérifier :

- L'appartenance à un même groupe ;
- L'existence de liens capitalistiques ;
- L'existence de liens organisationnels et juridiques, notamment d'organes de direction propres à la filiale et la possibilité pour les organes de celle-ci de déterminer et mettre en œuvre de manière autonome une stratégie industrielle, financière et commerciale ;
- L'existence d'associés et gestionnaires en commun, de conventions communes de gestion et de direction ;
- Les liens unissant les actionnaires ou les dirigeants de chacun des soumissionnaires ;
- L'utilisation de moyens communs ou l'absence de mise en œuvre de moyens distincts dans les conditions d'exécution du contrat ;
- La similarité ou l'identité des offres, la présence d'erreurs communes etc.

En tout état de cause, une analyse au cas par cas devra être effectuée par l'acheteur et en présence de doutes, il conviendra de demander aux soumissionnaires les informations et documents permettant des éclaircissements sur la réalité des liens qui les unissent, voire de solliciter desdites sociétés la preuve concrète de leur autonomie commerciale.

En ce sens, la CJUE, dans son arrêt « Ecoservice projektai » a indiqué que « *le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'éléments mettant en doute le caractère autonome et indépendant des offres présentées par certains soumissionnaires, est tenu de vérifier, le cas échéant en exigeant des informations supplémentaires de ces soumissionnaires, si leurs offres sont effectivement autonomes et indépendantes.* »

Par ailleurs, l'article L2141-11 du code de la commande publique prévoit que : « L'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente section doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».

Les soumissionnaires dont l'unité économique serait constatée pourront être écartés de la procédure, conformément à la jurisprudence de la CJUE précitée qui pose le principe selon lequel « S'il s'avère que ces offres ne sont pas autonomes et indépendantes, l'article 2 de la directive 2004/18 s'oppose à l'attribution du marché aux soumissionnaires ayant soumis une telle offre. »

A noter toutefois que l'absence d'autonomie entre les offres doit être basée sur des éléments « incontestables », comme le rappelle la CJUE dans son arrêt du 8 février 2018 « Lloyd's of London » : « Les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent des articles 49 et 56 TFUE et sont visés à l'article 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre [...] qui permet [...] de les exclure s'il apparaît, sur la base d'éléments incontestables, que leurs offres n'ont pas été formulées de manière indépendante. »

En cas de doute sur l'indépendance des offres des soumissionnaires, l'acheteur devra s'attacher à vérifier si les soumissionnaires constituent une unité économique unique. En l'absence de définition exhaustive, cette unité sera établie au travers d'un faisceau d'indices concordants démontrant l'absence d'autonomie commerciale entre les soumissionnaires.
Les offres dont il aura été établi qu'elles ne sont pas autonomes et indépendantes seront alors écartées.

Tels sont les éléments d'information que je souhaitais porter à votre connaissance. Mes services ont à votre disposition pour toute information qui nous serait utile.


Christophe MIRMAND