



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

FEVRIER 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N°2

**Entente entre sociétés d'un même groupe : l'Autorité de la concurrence condamne deux filiales d'un groupe de matériel médical pour avoir soumissionné séparément aux mêmes procédures d'appel d'offres.**

*Par Jean-Christophe Grall et Béatrice Velle-Limonaire*

Par une décision du 26 janvier 2010, l'Autorité de la concurrence est venue sanctionner sévèrement les pratiques de deux sociétés, fournisseurs de tables d'opération médicales, qui s'étaient entendues à l'occasion de plusieurs procédures d'appel d'offres. La configuration était particulière puisque les deux sociétés en question (ALM et Maquet) étaient en fait les filiales d'un même groupe (le groupe suédois Getinge). Dans sa décision, l'autorité française est venue rappeler que, si en principe deux sociétés d'un même groupe peuvent soumissionner séparément aux mêmes procédures d'appel d'offres, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, il s'avère que les deux entreprises ont rédigé leurs réponses en totale concertation et que, par conséquent, elles ne se sont pas comportées de façon indépendante. [Décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération]

Le groupe suédois Getinge est l'un des premiers fournisseurs mondiaux d'appareils médicaux. En l'espace de quelques mois (novembre 2000 – janvier 2001), le groupe a racheté la société allemande Maquet, leader mondial sur le marché des tables d'opération, puis la société

française ALM qui est leader sur le marché français. Le ministre de l'économie n'avait autorisé le rachat d'ALM qu'à la condition que l'activité « tables d'opération » de l'entreprise française soit revendue par Getinge dans un délai d'un an à un acquéreur indépendant agréé par le ministre<sup>1</sup>. Durant cette période de transition, le groupe suédois était par ailleurs tenu, au titre de ses engagements, de maintenir l'autonomie commerciale et l'indépendance de l'activité tables d'opération d'ALM.

C'est dans ce contexte un peu particulier, qu'en 2002, les sociétés Maquet et ALM ont décidé de répondre individuellement à une soixantaine de procédures d'appel d'offres lancées par des établissements hospitaliers français pour l'équipement de leurs blocs opératoires.

L'enquête réalisée par la DGCCRF a révélé que les sociétés Maquet et ALM avaient effectivement soumissionné de façon séparée aux différents appels d'offres (**demandes et dépôts de dossiers distincts, papiers entête différents,**

<sup>1</sup> Lettre du ministre de l'économie du 22 juin 2001 relative à une concentration dans le secteur de la fabrication de matériel médical et chirurgical. ECOC0100377Y

signatures des réponses différentes, etc.). Cependant, il est également apparu que l'autonomie des deux filiales était en réalité fictive. En effet, les services commerciaux de Maquet et d'ALM ont été fusionnés après l'opération de rachat, dès lors toutes les réponses aux appels d'offre ont été rédigées par le même commercial et leurs montants ont été fixés par le même dirigeant.

Au vu de ces circonstances, l'Autorité de la concurrence en a conclu que les sociétés Maquet et ALM « s'étaient entendues, en 2002, pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises. Ces pratiques ont faussé le jeu de la concurrence sur le marché des tables d'opération, en donnant aux acheteurs publics une appréciation erronée de l'état de cette concurrence. ». L'effet des pratiques est incontestable étant donné qu'à l'époque des faits, Maquet et ALM détenaient 85% du marché en cause. L'entente ayant été caractérisée, chacune des entreprises a été condamnée à **750 000 euros d'amende**<sup>2</sup>.

Cette décision de l'Autorité de la concurrence s'inscrit dans une pratique jurisprudentielle désormais bien établie puisque le cas de figure qui est traité dans cette affaire est devenu une problématique récurrente du droit de la concurrence. Les solutions dégagées au fil des années par l'autorité française ont parfaitement été résumées dans la décision « *Air Liquide* » du Conseil de la concurrence<sup>3</sup> qui est devenue la décision de référence en la matière. Les enseignements de l'affaire « *Air Liquide* » ont intégralement été repris dans la décision Maquet/ALM :

1. La prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est pas applicable aux accords passés entre des sociétés appartenant à un même groupe, dès lors que celles-ci ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché. En l'absence d'autonomie commerciale et financière, ces sociétés forment en effet **une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peu-**

**vent relever du droit des ententes**<sup>4</sup>. Ainsi, le Conseil de la concurrence a-t-il eu l'occasion de considérer que la qualification d'entente ne peut être retenue à l'encontre d'une société mère et de ses filiales lorsque ces dernières ne jouissent d'aucune indépendance économique vis-à-vis de la première :

« *Mais les sociétés Rossimoda et Marc Jacob's International sont des filiales du groupe LVMH (détenues respectivement à hauteur de 97 et 100 % du capital). Or, aucun élément de l'instruction, ni aucune pièce versée par les parties ne permettent d'établir que les sociétés Rossimoda et Marc Jacob's International aient disposé d'une autonomie suffisante par rapport au groupe LVMH, leur permettant d'être en mesure de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du groupe. Dès lors, il n'existe pas d'entente entre ces sociétés.* »<sup>5</sup>.

2. Cependant, s'agissant précisément du comportement que doivent adopter les entreprises appartenant à un même groupe lors de procédures de mises en concurrence, trois principes doivent être appliqués :

⇒ 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 ;

⇒ il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, **de renoncer à cette autonomie commerciale** 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

<sup>2</sup> L'amende infligée à chacune des sociétés est limitée par l'application de la procédure simplifiée de l'article L. 463-3 du code de commerce qui prévoit une sanction maximale de 750 000 euros.

<sup>3</sup> Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement des sociétés du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux.

<sup>4</sup> voir notamment CJCE - 24 octobre 1996, Viho/Commission, C-73/95 P, Rec. p. I-5457, point 51.

<sup>5</sup> Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-06 du 23 février 2005 relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France.

offre, à la condition de ne déposer **qu'une seule offre** ;

- ⇒ en revanche, il n'est pas envisageable pour de telles entreprises de déposer plusieurs offres, manifestant ainsi leur autonomie commerciale, dès lors que ces offres ont été établies de façon concertée, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, car ces offres ne sont plus indépendantes. En effet, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique doit, en conséquence, être considérée comme ayant un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel.

Enfin, un dernier principe est rappelé dans cette affaire en réponse à un argument plaidé par la société Maquet, à savoir que les centres hospitaliers qui avaient lancé les appels d'offres en cause étaient parfaitement informés que ces deux sociétés appartenaient au même groupe ; la société Maquet en déduit alors que la condamnation pour entente est impossible puisque les acheteurs publics étaient informés des conditions réelles de concurrence. L'Autorité rejette cet argument, en rappelant que la Cour d'appel de Paris considère que le défaut de vigilance de l'acheteur public ou le fait qu'il ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées ne peut pas légitimer des pratiques anticoncurrentielles « *dès lors que de tels liens n'impliquent pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations* »<sup>6</sup>. De plus, si l'acheteur public avait su et toléré de tels liens, « *sa compromission ne serait pas de nature à rendre régulière une pratique manifestement illicite* »<sup>7</sup>.

Voilà qui possède le mérite de la clarté !



### **Quelques informations :**

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

<sup>6</sup> CA Paris, 18 novembre 2003, « Signaux Laporte »

<sup>7</sup> CA Paris, 4 juillet 1994 « SCREG Est »

☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte, **Prix de vente conseillés ou maxima**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;

☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

☞ **Au contrôle des concentrations**

▫ Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**

▫ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009]** ;

☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**

☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et

L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;**
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008** : jeux - concours - loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale :** CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**