



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2021-PAC-02 du 4 novembre 2021

relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la saisine du 30 septembre 2019, enregistrée le 16 octobre 2019 sous le numéro 19-0035F, par laquelle le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après « le code de commerce »), relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment ses articles Lp. 421-2-1 et Lp. 464-6 ;

Vu la proposition de non-lieu émise par le service d'instruction le 19 juillet 2021 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et les représentants des services du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie entendus lors de la séance du 6 octobre 2021, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Le 20 février 2019, la Direction des achats, du patrimoine et des moyens de la Nouvelle-Calédonie (DAPM) a lancé un appel d'offres pour le nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie. Parmi les entreprises soumissionnaires, la DAPM a constaté que trois d'entre elles, les sociétés EGN Nettoyage, Net Eclair et Sprint Pacifique partageaient un gérant commun, laissant craindre un partage d'informations entre les candidats, dommageable à la procédure de sélection des offres.

Par courrier en date du 30 septembre 2019, le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a donc saisi l'Autorité de pratiques anticoncurrentielles intervenues dans le cadre de cet appel d'offres, en violation de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

Dans cette décision, l'Autorité rappelle tout d'abord le droit applicable en Nouvelle-Calédonie. Si le cadre juridique des marchés publics est aujourd'hui fixé par la délibération n° 424 du 20 mars 2019 et complété par un guide des marchés publics édité le 9 décembre 2019 qui prévoit que les filiales non-autonomes d'un même groupe ne peuvent plus présenter des offres individuelles, l'Autorité constate que seule la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 régissait la procédure d'appel d'offres du 20 février 2019. Or, cette délibération est silencieuse sur le statut de filiales d'un même groupe répondant à un appel d'offres, de même que le règlement particulier de l'appel d'offres.

L'Autorité rappelle ensuite que le droit de la concurrence n'interdit pas *per se* le dépôt d'offres distinctes en réponse à un même appel d'offres par des sociétés appartenant à un même groupe mais que la remise coordonnée d'offres distinctes par des sociétés appartenant ou non à la même unité économique est sanctionnée sur le fondement du droit des ententes.

L'Autorité observe sur ce point que le revirement de jurisprudence de l'Autorité de la concurrence métropolitaine qui considère désormais, sous l'impulsion de la Cour de justice européenne, que les sociétés-mères et leurs filiales non-autonomes doivent être regardées comme une seule unité économique ne pouvant être sanctionnées au titre du droit des ententes, quand bien même elles auraient soumissionné à un appel d'offres de façon séparée ne trouve pas à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie. En premier lieu, la Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise au droit de l'Union à l'origine ce revirement jurisprudentiel. En deuxième lieu, la Nouvelle-Calédonie est marquée par un contexte insulaire susceptible d'aggraver les effets anticoncurrentiels d'une entente dans le cadre d'un marché public si bien que le droit de la concurrence doit être un recours effectif pour les décideurs publics calédoniens confrontés à de telles pratiques. En troisième lieu, compte tenu des directives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie posées dans le guide des marchés publics, il convient de considérer que les soumissions coordonnées d'entités appartenant à un même groupe - autonomes et *a fortiori* non autonomes - ont vocation à être appréhendées sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif au droit des ententes.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que les craintes du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sur l'absence d'autonomie des sociétés mises en cause, en raison de l'existence d'un gérant commun n'étaient pas fondées. L'instruction a en effet démontré que les trois sociétés, bien qu'appartenant à un même groupe étaient autonomes les unes par rapport aux autres. L'Autorité estime en outre qu'il eût certes été préférable que les sociétés mises en cause informassent la DAPM de leurs liens capitalistiques mais que, d'une part, l'obligation d'information sur ce point n'était pas prévue par la réglementation alors applicable et, d'autre part, que cette seule omission ne saurait suffire à caractériser une dissimulation blâmable et *in fine* l'intention des trois sociétés de tromper l'acheteur public sur la réalité de la concurrence entre elles.

Par ailleurs, l'analyse des offres présentées par les sociétés mises en cause, tant par le service d'instruction de l'Autorité que par la DAPM, démontre que les propositions tarifaires des sociétés mises en cause, bien que proches, n'étaient pas fixées à un niveau identique ou similaire, les dissemblances entre les offres permettant de déterminer que les actes d'engagement avaient été élaborés par des personnes distinctes et de manière indépendante les unes des autres.

Enfin, l'Autorité constate que les pratiques présumées n'ont pas concouru à renchérir les prix sur le marché des services de nettoyage de locaux professionnels, les trois sociétés mises en cause ayant proposé des prix plus bas que trois de leurs concurrentes. Ainsi, la concertation anticoncurrentielle suspectée par la DAPM

entre les trois sociétés mises en cause aurait surtout eu pour effet de contourner les modalités d'allotissement décidées par le pouvoir adjudicateur, et notamment la limitation du nombre maximal de macro-lots attribués à une même entreprise. Cependant, l'Autorité souligne que la taille des macro-lots limitait, par elle-même, le nombre de sociétés susceptibles de soumissionner. Aussi, le choix de la DAPM d'organiser son appel d'offres en seulement cinq macro-lots a inéluctablement contribué à la fois à affecter l'intégrité concurrentielle du marché et à obérer le principe de liberté d'accès à la commande publique, dès lors que cet allotissement privilégiait les sociétés de taille supérieure.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité a considéré que les pratiques anticoncurrentielles lors de l'appel d'offres lancé le 20 février 2019, telles que présumées par la DAPM à l'encontre des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique, n'étaient pas établies et qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure, conformément aux dispositions de l'article Lp. 464-6 du code de commerce relatif au non-lieu.

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

Sommaire

I. Constatations	5
A. Rappel des faits et de la procédure	5
B. Les sociétés mises en cause dans la plainte	5
1. La société Net Eclair.....	5
2. La société EGN Nettoyage.....	6
3. La société Sprint Pacifique	6
4. Synthèse des liens entre les trois sociétés mises en cause dans la saisine	7
C. Le marché concerné	8
1. Le marché des services de nettoyage de locaux professionnels	8
2. L'appel d'offres du 20 février 2019.....	8
II. Discussion	10
A. Le droit applicable en Nouvelle-Calédonie	10
B. Analyse de la pratique d'entente présumée	12
1. Sur l'autonomie commerciale des trois sociétés mises en cause.....	12
2. Sur l'absence d'information expresse concernant les liens unissant les sociétés mises en cause	14
3. Sur l'analyse des offres présentées par les sociétés mises en cause	15
4. Sur les incidences des pratiques présumées	16
DÉCISION	17

I. Constatations

A. Rappel des faits et de la procédure

1. Par courrier en date du 30 septembre 2019¹, le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi l'Autorité de pratiques anticoncurrentielles intervenues dans le cadre de la réponse à un appel d'offres en date du 20 février 2019, dans le secteur du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie.
2. Cet appel d'offres, organisé en cinq macro-lots avait été publié par le service des achats et des marchés de la Direction des achats du patrimoine et des moyens (ci-après « la DAPM »)².
3. Les sociétés EGN Nettoyage, Net Eclair et Sprint Pacifique avaient, toutes les trois, soumissionné sur les trois premiers macro-lots et deux d'entre elles (Net Eclair et Sprint Pacifique) avaient soumissionné sur le quatrième.
4. La DAPM, après avoir constaté que ces « *trois sociétés soumissionnaires partageaient un gérant commun* »³, a demandé une vérification à la Direction des services fiscaux (DSF) le 29 juillet 2019. Le courrier de saisine précise : « *Il ressort des investigations menées par les services de la DSF et de l'analyse par le service d'instruction des données disponibles au registre du commerce et des sociétés [...] :*
- *que la société EGN Nettoyage est une filiale de la société NET ECLAIR ;*
- *qu'il existe des liens capitalistiques entre ces sociétés, au regard des procès-verbaux des assemblées des associés* »⁴.
5. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a indiqué, dans son courrier du 30 septembre 2019, que « *Ces entreprises ayant répondu séparément à cette procédure [d'appel d'offres] cela pouvait présumer d'une pratique d'entente anticoncurrentielle* »⁵. Il a donc déposé plainte auprès de l'Autorité, par courrier du 30 septembre 2019 précité, pour violation de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.
6. Par la suite, la DAPM a fait savoir à l'Autorité qu'il n'avait pas été donné suite au premier appel d'offres, mais qu'un second appel d'offres avait été lancé concernant 11 lots. La DAPM a précisé que cet appel d'offres avait donné lieu à l'attribution de deux lots à Sprint Pacifique et un lot à Net Eclair et à EGN Nettoyage. Elle n'a pas fait mention d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de ce second appel d'offres⁶.

B. Les sociétés mises en cause dans la plainte

1. La société Net Eclair

7. La société Net Eclair est une société à responsabilité limitée, immatriculée au RCS de Nouméa (863 316) depuis le 23 août 2007, sise 12 rue Lamartine – Baie de l'Orphelinat BP 4452 98847 à Nouméa.

¹ Lettre de saisine du Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 30 septembre 2019 (annexe 1, cotes 1-3).

² Annexe 20, cotes 830-833.

³ Annexe 1, cotes 1-3.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Annexe 19, cotes 826-829, annexe 24, cotes 840-844 et annexe 34, cotes 1915-1920.

8. Elle est active principalement dans le « *nettoyage de locaux – création et entretien de tous jardins et espaces verts* »⁷.
9. Ses co-gérants sont M. A et Mme A⁸. M. B assure la gestion administrative et financière de la société Net Eclair⁹. Mme C. en assure la gestion opérationnelle¹⁰.
10. Le capital social de la société Net Eclair s'élève à 200 000 F. CFP et est détenu à hauteur de [< 50] % par M. A, [<50] % par Mme A et [<50] % par leur fille¹¹.
11. La société Net Eclair n'a pas de site internet mais dispose d'une page Facebook depuis le 17 octobre 2018¹².

2. La société EGN Nettoyage

12. La société EGN Nettoyage est une société à responsabilité limitée, immatriculée au RCS de Nouméa (070 359) depuis le 10 septembre 1979, sise 88 bis Route de l'Anse Vata, Trianon BP 8753 98807 à Nouméa.
13. Elle est active dans « *l'entretien et le nettoyage de bâtiments et jardins, le commerce de produits d'entretien et de droguerie, la location de matériels d'entretien et de nettoyage* »¹³.
14. Ses co-gérants sont M. A, Mme A et M. D. assure la gestion opérationnelle de la société EGN Nettoyage¹⁴.
15. Le capital social de la société EGN Nettoyage s'élève à 5 000 000 F. CFP et est détenu à hauteur de [> 50] % par la société Net Eclair, à [< 50] % par M. D et à [< 50] % par M. A¹⁵.
16. La société EGN Nettoyage ne dispose ni d'un site internet ni d'une page Facebook.

3. La société Sprint Pacifique

17. La société Sprint Pacifique est une société à responsabilité limitée, immatriculée, depuis le 3 mai 2010, au RCS de Nouméa (1 005 966) et sise 140 Auguste Bénébig – Magenta BP 18083 98857 à Nouméa¹⁶.
18. Elle est active dans les « *opérations concernant l'entretien, le nettoyage, la réparation et la signalisation en zone urbaine et rurale* »¹⁷.
19. Ses co-gérants sont MM. A et E.
20. Le capital social de la société Sprint Pacifique s'élève à 500 000 F. CFP et est détenu à hauteur de [> 50] % par M. A, à [< 50] % par M. E et à [< 50] % par Mme A¹⁸.

⁷ Voir l'extrait Kbis de la société Net Eclair, annexe 3, cotes 6-12.

⁸ *Idem.*

⁹ Annexe 95, cotes 2331-2332.

¹⁰ Voir le procès-verbal d'audition de la société Net Eclair, annexe 121, cotes 2415.

¹¹ Annexe 3, cote 11 et annexe 5, cotes 16-17.

¹² Voir la page Facebook : <https://www.facebook.com/NetEclairNoumea/>

¹³ Voir l'extrait Kbis de la société EGN Nettoyage, annexe 3, cotes 6-12.

¹⁴ Procès-verbal d'audition de la société EGN Nettoyage - Annexe 141, cotes 2670-2683 (VC) et annexe 143, cotes 2755-2768 (VNC).

¹⁵ Annexe 3, cotes 9-10, annexe 5, cotes 16-17 et annexe 136, cote 2659.

¹⁶ Jusqu'au 4 octobre 2012, le siège social de la société était au 12 rue Lamartine à Nouméa : cette adresse est également l'adresse de la société Net Eclair et celle de M. et Mme A.

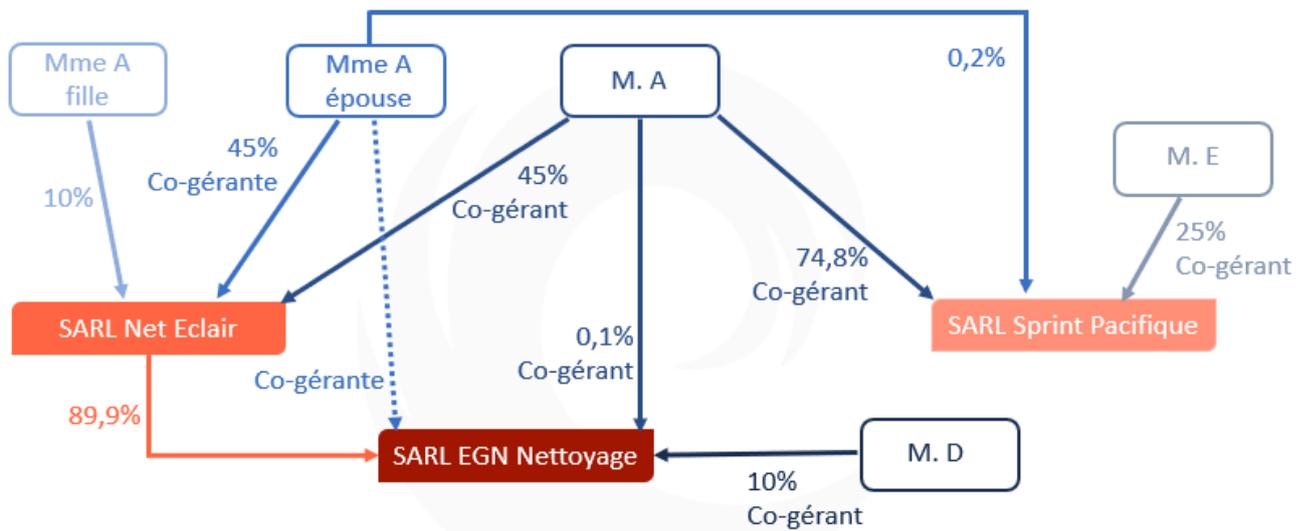
¹⁷ Voir l'extrait Kbis de la société Sprint Pacifique, annexe 3, cotes 6-12.

¹⁸ Annexe 3, cotes 7-8, annexe 5, cotes 16-17. Voir également l'organigramme de la société Sprint Pacifique, annexe 136, cote 2660.

21. La société Sprint Pacifique dispose d'un site internet¹⁹. Elle dispose également d'une page Facebook depuis le 11 août 2014. Il y a en moyenne une publication par semaine, dont deux vidéos dans lesquelles M. E présente les prestations de nettoyage de fauteuils et de vitres proposées par la société Sprint Pacifique²⁰.
22. Les marchés de la DAPM ont représenté en 2019 et en 2020 respectivement [confidentiel] % et [confidentiel] % du chiffre d'affaires réalisé par la société Sprint Pacifique²¹.

4. Synthèse des liens entre les trois sociétés mises en cause dans la saisine

23. L'organigramme ci-dessous présente les associés des trois sociétés et leurs liens capitalistiques²² :



Source : ACNC

24. Il ressort de l'analyse des données disponibles au registre du commerce et des sociétés que :
- M. A et Mme A²³ ont tous les deux, directement ou indirectement des parts dans les trois sociétés²⁴ ;
 - M. A apparaît comme gérant et associé aux K-bis des trois sociétés²⁵ ;
 - La société EGN Nettoyage est une filiale à 89,9% de la société Net Eclair ;
 - Des conventions existent entre les sociétés EGN Nettoyage et Net Eclair²⁶.
25. Dans une note afférente à la présentation de la gouvernance des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique²⁷, le conseil de M. A a présenté l'organisation des sociétés comme suit :

¹⁹ Voir <https://www.nettoyagehauteperformance.com/>

²⁰ Voir la page Facebook de la société Sprint Pacifique : <https://fr-fr.facebook.com/SprintPacifique/>

²¹ Annexe 133, cotes 64-65.

²² Voir annexe 5, cotes 16-17.

²³ L'épouse de M. A.

²⁴ Mme A n'a qu'une participation indirecte dans la société EGN Nettoyage, via ses parts dans la société Net Eclair.

²⁵ Annexe 3, cotes 6-12.

²⁶ Voir l'avenant n°2019/01 à la Convention n°2014/08, annexe 91, cotes 2320-2321.

²⁷ Annexe 95, cote 2332.

Sociétés	Gérant « de droit »	Personnes assumant en pratique les fonctions de direction dans les sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique
Net Eclair	M. A, Mme A et fille A	M. B ²⁸
EGN Nettoyage	M. D et M. A	M. D ²⁹
Sprint Pacifique	M. A et M. E	M. E ³⁰

Source : traitement de données ACNC

26. Dans cette même note, il est indiqué que « M. A n'assume plus depuis 2017 les fonctions opérationnelles et commerciales dans ces sociétés (...). M. A a essentiellement un rôle d'associé majoritaire, et peut très exceptionnellement intervenir pour suppléer une absence ou un empêchement d'un des gérants »³¹ (gras et soulignement non-ajoutés).

C. Le marché concerné

1. Le marché des services de nettoyage de locaux professionnels

27. Selon une jurisprudence constante, dans le cadre de la passation d'un marché public, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent³².
28. En l'espèce, le marché pertinent est donc celui du nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie, lancé le 20 février 2019 par le service des achats et des marchés de la DAPM. Ce marché comprend également la fourniture de produits d'entretien et l'approvisionnement en produits consommables destinés aux sanitaires et espaces détente.

2. L'appel d'offres du 20 février 2019

29. L'appel d'offres lancé par la DAPM le 20 février 2019 était organisé en cinq macro-lots, répartis par zones géographiques et situés à Nouméa, dans le Grand Nouméa et en province Nord (Koné et Koumac) avec une durée fixée à un an³³.

²⁸ Depuis 2017. Par ailleurs, il a été précisé que c'est Mme C. qui en assure la direction opérationnelle. Procès-verbal d'audition de la société Net Eclair - Annexe 121, cote 2415 : « C'est Mme [C]. Elle a été recrutée quand j'étais d'active et elle s'occupe en totalité de la commercialisation et de la logistique. Elle s'occupe de tout ce qui est commercial. Elle fait cela en toute liberté. Dans le cadre de mon remplacement ».

²⁹ Depuis 2000. Voir également annexe 12, cote 153.

³⁰ Depuis 2012.

³¹ Note relative à la présentation de la gouvernance des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique, annexe 95, cotes 2331-2332.

³² Voir notamment Autorité de la concurrence métropolitaine (Adlc), décision 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 §16.

³³ Annexe 20, cotes 830-833. Le macro-lot n°1 concerne les structures de plus de deux étages (trois immeubles à Nouméa), le n°2, Nouméa Sud, le n°3 Nouméa Nord, le n°4, les infrastructures sportives et le n°5 la province Nord.

30. Le règlement particulier d'appel d'offres (ci-après également « le RPAO ») prévoyait que :
- « L'examen comparatif des offres donne lieu à une notation de chaque offre ;
 - L'offre économiquement la plus avantageuse pour chaque macro-lot est déterminée sur la base des critères présentés dans le tableau ci-dessous et selon les coefficients et formules indiqués
 - Le candidat doit soumissionner sur l'ensemble du macro-lot. La sous-traitance de la totalité du marché est interdite. Le candidat peut sous-traiter jusqu'à hauteur de 50 % du montant total HT du macro-lot, ou il peut décider de ne pas sous-traiter.
 - Si le candidat soumissionne sur un seul lot, son offre sera rejetée.
 - Si le même candidat, obtient la première place sur plusieurs macro-lots, lors de l'analyse, la maîtrise d'œuvre lui laisse le choix d'un macro-lot, et suivra l'ordre croissant du classement.
 - Les critères de jugement sont les suivants : »³⁴

Temps passé par semaine	Management de la qualité	Démarche environnementale	Montant des prestations récurrentes	Montant des prestations ponctuelles	Coefficient sur la fourniture des consommables	TOTAL
20 points	20 points	10 points	30 points	15 points	5 points	100 points

31. Huit sociétés ont candidaté en réponse à l'appel d'offres du 20 février 2019, dont sept pour les quatre macro-lots concernant Nouméa ou le Grand Nouméa, une seule société ayant candidaté pour le macro-lot n°5 concernant des sites en province Nord.
32. L'analyse des offres conduite par la DAPM aboutissait, en fonction des critères de sélection et des offres déposées, à l'attribution d'un macro-lot à chacune des trois sociétés mises en causes.
33. Par ailleurs, même si la plainte du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'en fait pas état, il convient de relever que la société Bio Qualité Services (BQS), qui a déposé une offre concernant le macro-lot n°1, est également mentionnée dans le procès-verbal de la commission technique de dépouillement des offres comme étant la sous-traitante de la société Passe l'éponge pour une partie du macro-lot n°2, la sous-traitante de la société AGP pour le lot n°3³⁵ et comme la sous-traitante de la société OROP, probablement pour le macro-lot n°4³⁶.

³⁴ Annexe 149, cote 2735.

³⁵ Etant précisé que la société AGP a soumissionné sur les macro-lots 1 et 3.

³⁶ Annexe 15, cotes 791-801. Dans le procès-verbal de la commission technique de dépouillement, il est indiqué que la société OROP aurait soumissionné sur les macro-lots n°1, 2, 3 et 4, et que la société BQS serait sous-traitante, mais sans préciser sur quelle(s) partie(s) de ces macro-lots aurait eu lieu la sous-traitance. Cependant, la société OROP n'est mentionnée que pour le macro-lot n°4 dans le rapport d'analyse des offres (annexe 147, cotes 2700-2713).

II. Discussion

34. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie estime que le comportement des sociétés Sprint Pacifique, Net Eclair et EGN Nettoyage, dans le cadre de leur réponse à l'appel d'offres est susceptible de constituer des pratiques sanctionnables dans le cadre des dispositions de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, qui dispose que :
- « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à :*
- 1° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
 - 2° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
 - 3° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
 - 4° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique »³⁷.*
35. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a pas apporté d'autres éléments probants à l'appui sa plainte, hormis l'existence d'un gérant associé commun aux trois sociétés et celle de liens capitalistiques entre deux des trois sociétés. En séance, le représentant de la DAPM a d'ailleurs indiqué que la plainte déposée auprès de l'Autorité visait avant tout à vérifier l'hypothèse d'une entente.
36. Il y a donc lieu de rappeler le droit applicable en Nouvelle-Calédonie (A) avant d'analyser la pratique d'entente présumée par la partie plaignante (B).

A. Le droit applicable en Nouvelle-Calédonie

37. Le cadre juridique des marchés publics en Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui fixé par la délibération n° 424 du 20 mars 2019 sur la réglementation des marchés publics³⁸ qui a remplacé au 1^{er} janvier 2020 la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967³⁹.
38. Cette délibération a été complétée par la parution d'un guide des marchés publics, le 9 décembre 2019, mis à jour le 2 juin 2020⁴⁰. Ce guide précise en particulier, dans la section 3.3 les « Conditions de la consultation », au point 3.3.1, les « *Clauses relatives au respect des règles relatives à la concurrence* » et prévoit que des filiales non autonomes d'un même groupe ne peuvent plus présenter des offres individuelles.
39. Cependant, l'Autorité constate que la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics régit, en l'espèce, les modalités de passation de l'appel d'offres initial de la DAPM paru en février 2019⁴¹. Or, la délibération n° 136/CP est silencieuse sur le statut de filiales d'un même groupe répondant à un appel d'offres.

³⁷ Voir l'article Lp. 421-1 du code de commerce.

³⁸ <https://juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2019&page=5383>

³⁹ Accessible [ici](#).

⁴⁰ Disponible [ici](#).

⁴¹ Annexe 20, cotes 830-833.

40. De plus, les conditions pour répondre à l'appel d'offres initial de la DAPM ont été fixées dans un règlement particulier d'appel d'offres (RPAO)⁴² qui n'imposait pas que les entreprises soumissionnaires fassent connaître leurs éventuels liens capitalistiques.
41. L'Autorité rappelle tout d'abord que le droit de la concurrence n'interdit pas *per se* le dépôt d'offres distinctes en réponse à un même appel d'offres par des sociétés appartenant à un même groupe⁴³.
42. Ainsi, dans son avis n° 03-A-02, le Conseil de la concurrence a indiqué : « *Les liens entre entreprises candidates à un même appel d'offres peuvent être de nature commerciale (relations de client à fournisseur, sous-traitance ou subdélégation, constitution d'un groupement pour répondre à un appel d'offres) ou de nature juridique et capitalistique (société mère et ses filiales, filiale commune à deux ou plusieurs sociétés). Ces liens peuvent être source de difficultés vis-à-vis des règles du droit de la concurrence, car les habitudes d'échanges d'informations et de concertation qui s'ensuivent doivent impérativement s'interrompre dès le moment où les entreprises concernées se retrouvent en concurrence pour un même appel d'offres. (...) Une interdiction sans nuance de tous liens entre entreprises candidates à un même marché n'est pas pour autant concevable ; il convient donc d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si les principes précédemment évoqués ont été respectés : préservation de l'indépendance de chaque opérateur, particulièrement dans ses propositions de prix, maintien de l'incertitude quant aux stratégies des candidats concurrents, et libre accès au marché* » (soulignement ajouté).
43. En revanche, la remise coordonnée d'offres distinctes par des sociétés appartenant ou non à la même unité économique est sanctionnée sur le fondement du droit des ententes. A cet égard, il y a lieu de souligner que le simple fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres, notamment sur les prix suffit à caractériser un accord de volontés des entreprises ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles⁴⁴.
44. S'agissant plus spécifiquement des entreprises soumissionnaires appartenant au même groupe, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a récemment fait évoluer sa pratique décisionnelle en considérant, sous l'impulsion de la Cour de justice européenne⁴⁵, que les sociétés-mères et leurs filiales non-autonomes devaient être regardées comme une seule unité économique dès lors que les filiales ne sont pas autonomes, nonobstant la remise séparée des offres en réponse à un appel d'offres⁴⁶. Dès lors, de telles pratiques ne se verraient pas appliquer le droit des ententes anticoncurrentielles mais tomberaient sous le coup du droit des marchés publics.
45. Cette nouvelle pratique décisionnelle de l'autorité métropolitaine ne trouve cependant pas à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie. L'Autorité relève en premier lieu que la Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise au droit de l'Union à l'origine de ce revirement jurisprudentiel. En deuxième lieu, la Nouvelle-Calédonie est marquée par un contexte insulaire susceptible d'aggraver les effets anticoncurrentiels d'une entente dans le cadre d'un marché public, si bien que le droit de la concurrence doit être un recours effectif pour les décideurs publics calédoniens confrontés à de telles pratiques. En troisième lieu, compte tenu des directives du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie posées dans le guide des marchés publics⁴⁷, il convient de considérer que les soumissions coordonnées d'entités appartenant à un même groupe - autonomes et *a fortiori*

⁴² Annexe 149, cotes 2722-2749.

⁴³ [Conseil de la concurrence, avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003](#) relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public §12 et §13.

⁴⁴ Voir notamment [Adlc, Décision n° 10-D-10 du 10 mars 2010](#) §35.

⁴⁵ Cour de justice de l'Union européenne, 17 mai 2018, « *Ecoservice projektai* » UAB, C-531/16 – 88.

⁴⁶ Adlc, Décision n° 20-D-19 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 AgriMer.

⁴⁷ Disponible via le lien suivant : <https://marchespublics.nc/documentation>

non autonomes - ont vocation à être appréhendées sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce relatif au droit des ententes.

46. L'Autorité rappelle en effet qu'en matière d'appels d'offres public, le mécanisme de formation des prix recherché présuppose l'indépendance des offreurs et l'incertitude quant aux offres qui seront déposées. En vertu de la théorie des apparences, la société qui dépose une offre est donc *ipso facto* réputée autonome commercialement et les sociétés appartenant à un même groupe qui déposent des offres distinctes se présentent en effet comme des entreprises indépendantes et concurrentes⁴⁸. Le manque de transparence sur les liens d'interdépendance et l'absence d'autonomie commerciale entre opérateurs peut avoir pour effet d'induire en erreur l'acheteur public et ainsi fausser les résultats de la commande publique⁴⁹.
47. Comme elle l'expose dans son guide à l'attention des acheteurs publics et des entreprises soumissionnaires⁵⁰, l'Autorité a recours au faisceau d'indices pour déterminer l'existence d'une entente. Elle vérifie notamment si les entreprises soumissionnaires sont effectivement autonomes les unes par rapport aux autres, si les offres paraissent ou non coordonnées, s'il existe, par exemple, une « *homogénéité des propositions* »⁵¹ et si les offres présentent des similitudes ou des « *nombreuses analogies de forme* »⁵² tendant à prouver que les offres ont été élaborées directement au niveau du groupe selon un processus centralisé et non individuellement par chacun des soumissionnaires⁵³.

B. Analyse de la pratique d'entente présumée

48. L'Autorité a successivement examiné l'autonomie commerciale des trois sociétés mises en cause les unes par rapport aux autres (1), l'absence de mention expresse des liens unissant les sociétés mises en cause (2), le contenu des offres présentées par ces dernières lors de l'appel d'offres lancé par la DAPM en février 2019 (3) mais aussi les incidences des pratiques présumées sur le marché des services de nettoyage de locaux professionnels (4).

1. Sur l'autonomie commerciale des trois sociétés mises en cause

49. Comme exposé *supra*, M. A est le gérant associé commun aux sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique. Par ailleurs, la société EGN Nettoyage est une filiale à 89,9 % de la société Net Eclair.
50. Au cours de l'instruction, il a été constaté que les sociétés Sprint Pacifique, Net Eclair et EGN Nettoyage disposaient de services mutualisés, notamment la comptabilité et la gestion de la paie, installés dans des locaux communs, au sein de la société EGN Nettoyage⁵⁴. Une formation commune au profit de certains salariés de la société EGN Nettoyage, Net Eclair et Sprint Pacifique a de plus été organisée à l'initiative du co-gérant de la société EGN Nettoyage⁵⁵.

⁴⁸ Voir notamment [Conseil de la concurrence, décision 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 §120 et §121.

⁴⁹ Voir le [communiqué de presse de l'Adlc](#).

⁵⁰ Disponible sur le [site de l'Autorité](#).

⁵¹ Adlc, Décision n° 18-D-02 du 19 février 2018 précitée, §8. Voir également [Conseil de la concurrence, décision n°04-D-08 du 30 mars 2004](#) §21-23 et §52.

⁵² Adlc, décision n° 18-D-02 précitée, §13.

⁵³ *Ibid.* §14

⁵⁴ Voir annexe 120, cotes 2430-2442, annexe 121, cotes 2413-2429, annexe 141, cotes 2670-2683 (VC) et annexe 143, cotes 2755-2768 (VNC).

⁵⁵ Les conventions de formation avec la société Assets ont toutefois été signées distinctement par chacune des trois sociétés (voir annexe 107, cotes 2446-2452, annexe 111, cotes 2474-2486, annexe 124, cotes 36-41 et annexe 125, cotes 42-48).

51. Il apparaît par ailleurs, dans la section Services du comité exécutif du Medef-NC⁵⁶, que M. A y représente le « *groupe : Net Eclair + EGN + Sprint Pacifique* » au sein des « *membres de droit (+ 200 salariés)* »⁵⁷.
52. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que les sociétés Sprint Pacifique, Net Eclair et EGN Nettoyage appartiennent à un même groupe.
53. Pour autant, l'autonomie d'action sur le marché et notamment la capacité à répondre de façon autonome aux appels d'offres, s'apprécie au regard des conditions réelles de fonctionnement, des ressources et du processus décisionnel des entreprises concernées⁵⁸.
54. En l'espèce, il ressort de l'instruction que, en premier lieu, les décisions stratégiques et commerciales sont prises pour la société Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique par trois personnes distinctes à savoir respectivement Mme C, M. D et M. E, qui sont les gérants opérationnels de chacune des trois sociétés susvisées.
55. En outre, M. D et M. E sont intéressés aux résultats respectivement de la société EGN Nettoyage et de la société Sprint Pacifique mais pas aux résultats des filiales concurrentes ou, plus généralement du « *groupe Sarran* »⁵⁹.
56. En deuxième lieu, les sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique ont également déclaré, lors de leurs auditions respectives, qu'elles se considéraient comme des sociétés concurrentes, le co-gérant de la société EGN Nettoyage ayant spontanément cité les sociétés Sprint Pacifique et Net Eclair parmi ses concurrents⁶⁰, et le co-gérant de la société Sprint Pacifique ayant fait état des sociétés EGN Nettoyage et Net Eclair comme « *des concurrents au même titre que les autres sociétés de nettoyage* »⁶¹.
57. En troisième lieu, chacune des sociétés dispose de moyens propres en termes de personnel et de matériel puisqu'elles ont leur propre flotte de véhicules et n'utilisent pas les mêmes produits ni les mêmes matériels⁶². Elles ne procèdent pas à des achats groupés auprès des fournisseurs⁶³.

⁵⁶ Mandat 2020-2022.

⁵⁷ https://www.medef.nc/sites/default/files/groupe_de_travail/comex/2020-06-17compositionducomexdumedef-nc2020-2022.pdf

⁵⁸ Adlc, Décision n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal §52 et §53.

⁵⁹ Procès-verbal d'audition de la société Net Eclair : « *Je vois mes associés au moment du bilan. On fait le point tous les ans. Il y a une répartition des dividendes qui correspond aux parts* ». (Annexe 121, cote 2418). Voir également annexe 65, cotes 2139-2143, annexe 66, cotes 2144-2152 et annexe 67, cotes 2153-2156.

⁶⁰ M. D a cité les sociétés suivantes : « *Il y a Bio-Qualité Service (BQS), Sprint Pacifique, PBN (Pro Bio Net), Net Eclair, NETO VITE, SOLNET, OROP, AGP, BMS, Passe l'Eponge, Domicile Service, Nord-Sud Nettoyage et il y a aussi beaucoup de patentés* » (Procès-verbal d'audition de la société EGN Nettoyage - Annexe 141, cote 2673- VC et annexe 143, cote 2758 - VNC).

⁶¹ Procès-verbal d'audition de la société Sprint Pacifique – Annexe 120, cote 2434. Voir également Procès-verbal d'audition de la société Net Eclair - Annexe 121, cote 2423.

⁶² Annexe 12, cotes 68-280, Annexe 13, cotes 281-476, Annexe 14, cotes 477-790.

⁶³ Procès-verbal d'audition de la société Sprint Pacifique - Annexe 120, cote 2435, procès-verbal d'audition de la société Net Eclair – Annexe 121, cote 2421, procès-verbal d'audition de la société EGN Nettoyage - Annexe 141, cote 2675 (VC) et annexe 143, cote 2760 (VNC). Voir également annexe 47, cotes 2021-2023 (Balance des tiers fournisseurs EGN Nettoyage 2017), annexe 48, cotes 2024-2027 (Balance des tiers fournisseurs EGN Nettoyage 2018), annexe 49, cotes 2028-2031 (Balance des tiers fournisseurs EGN Nettoyage 2019), annexe 86, cotes 2302-2305 (Balance des tiers fournisseurs EGN Nettoyage 2020), annexe 53, cotes 2042-2045 (Balance des tiers fournisseurs Sprint Pacifique 2017), annexe 54, cotes 2046-2049 (Balance des tiers fournisseurs Sprint Pacifique 2018), annexe 55, cotes 2050-2053 (Balance des tiers fournisseurs Sprint Pacifique 2019), annexe 90, cotes 2316-2319 (Balance des tiers fournisseurs Sprint Pacifique 2020), annexe 50, cotes 2032-2034 (Balance des tiers fournisseurs Net Eclair 2017), annexe 99, cotes 2343-2344 (Balance des tiers fournisseurs Net Eclair 2018), annexe 100, cotes 2345-2346 (Balance des tiers fournisseurs Net Eclair 2019), annexe 89, cotes 2313-2315 (Balance des tiers fournisseurs Net Eclair 2020).

58. En quatrième lieu, chaque société a indiqué avoir élaboré de manière autonome et indépendante, les offres en réponse aux appels d'offres successifs lancés par la DAPM en 2019 et en 2020. De fait, les actes d'engagement en réponse à l'appel d'offres lancé par la DAPM en février 2019 des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique ont été signés respectivement par M. A, M. D et M. E⁶⁴ étant précisé que l'acte d'engagement de la société Net Eclair mentionne Mme C comme la responsable d'exploitation laquelle « *établit la proposition commerciale en relation avec le client* »⁶⁵.
59. Ce constat est confirmé par la DAPM qui indique que les trois offres « *ne présentaient pas de similarités* » et qu'elles « *n'étaient pas présentées de la même manière et par ailleurs le prix n'était pas le même* »⁶⁶.
60. De manière générale, en ce qui concerne les candidatures aux appels d'offres, chaque société a indiqué qu'elle n'avait pas connaissance de l'intention des autres sociétés de soumissionner ou non à l'appel d'offres⁶⁷ et n'avoir jamais réalisé des prestations de sous-traitance de l'une ou l'autre des trois sociétés du « groupe Sarran » dans le cadre de l'exécution d'appels d'offres⁶⁸.
61. Au regard de ces différents éléments, l'Autorité constate que les trois sociétés mises en cause, bien qu'appartenant à un même groupe disposent chacune d'une autonomie commerciale leur permettant notamment de présenter des offres distinctes en faisant appel à des moyens propres pour élaborer, décider et exécuter la proposition au cas où celle-ci serait retenue.

2. Sur l'absence d'information expresse concernant les liens unissant les sociétés mises en cause

62. L'existence de liens capitalistiques entre des soumissionnaires concurrents est une information primordiale pour permettre à l'acheteur public d'apprécier l'indépendance réelle des offres remises et exercer, en toute transparence, un choix éclairé⁶⁹. Le guide des marchés publics précité prévoit désormais expressément que : « *Les entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers entre elles, qui souhaitent soumissionner, doivent en informer l'acheteur public dans la présentation de leur offre* » (soulignement ajouté)⁷⁰.
63. Or, les sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique ont soumissionné séparément à l'appel d'offres de février 2019, sans mentionner dans le dossier de candidature l'existence d'un gérant commun⁷¹. Les sociétés EGN Nettoyage et Net Eclair n'ont pas non plus précisé les liens capitalistiques entre elles.

⁶⁴ Annexe 12, cotes 68-280, Annexe 13, cotes 281-476, Annexe 14, cotes 477-790.

⁶⁵ Acte d'engagement de la société Net Eclair (annexe 28, cote 1247). Voir également annexe 13, cote 365.

⁶⁶ Procès-verbal d'audition de la DAPM – Annexe 119, cote 2638.

⁶⁷ Les visites communes sur les sites ont néanmoins permis aux sociétés de supposer que les différents participants avaient la volonté de soumissionner. Voir les procès-verbaux d'audition des sociétés mises en cause (Annexe 120, cotes 2430-2442, annexe 121, cotes 2413-2429, annexe 141, cotes 2670-2683 – VC et annexe 143, cotes 2755-2768 - VNC). A ce titre, il convient de noter qu'il est désormais stipulé à l'article 3.3.10 du guide des marchés publics précité : « *Privilégier un scénario à plusieurs visites, pour éviter les ententes ultérieures entre candidats présents* ». Procès-verbal d'audition de la société Net Eclair : « *Les sociétés sont convoquées ensemble. Chacun travaille de son côté* » (annexe 121, cotes 2413-2429).

⁶⁸ Procès-verbal d'audition de la société Sprint Pacifique - Annexe 120, cotes 2430-2442, procès-verbal d'audition de la société Net Eclair – Annexe 121, cotes 2413-2429, procès-verbal d'audition de la société EGN Nettoyage - Annexe 141, cotes 2670-2683 (VC) et annexe 143, cotes 2755-2768 (VNC).

⁶⁹ Voir notamment Conseil de la concurrence, Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public §27.

⁷⁰ Disponible [ici](#).

⁷¹ Annexe 3, cotes 6-12.

64. Toutefois, il convient de relever, d'une part, que l'obligation d'information n'était pas formellement prévue par la réglementation applicable lors du 1^{er} appel d'offres lancé par la DAPM en février 2019 et, d'autre part, qu'aucun élément ne permet de démontrer une volonté de dissimulation de la part des sociétés mises en cause puisque le nom de M. A figure dans les extraits K-bis fournis à l'appui des offres. Cette information était donc accessible au pouvoir adjudicateur.
65. En définitive, l'Autorité estime que, s'il eut été préférable que les sociétés mises en cause informassent expressément la DAPM des liens capitalistiques les unissant et de l'existence de gérants en commun, cette seule omission ne saurait suffire à caractériser une dissimulation blâmable et *in fine* l'intention des trois sociétés de tromper l'acheteur public sur la réalité de la concurrence entre elles.
66. En tout état de cause, l'Autorité rappelle que, quels que soient les liens capitalistiques ou commerciaux existant entre les sociétés d'un même groupe et le degré d'information de l'acheteur public sur ce point, les soumissionnaires à un appel d'offres doivent s'interdire toute pratique de concertation ou d'échanges d'informations sur les conditions du marché et leurs offres respectives⁷².

3. Sur l'analyse des offres présentées par les sociétés mises en cause

67. L'analyse comparée des offres tant par la DAPM que par le service d'instruction démontre que si les propositions tarifaires des sociétés mises en cause – que ce soit pour les prestations récurrentes ou ponctuelles – sont comprises dans un intervalle relativement proche, elles ne sont pas pour autant fixées à un niveau identique ou similaire⁷³. Il existe en effet des dissemblances au niveau des tarifs et des volumes horaires susceptibles de refléter le fait que, comme le soutiennent les trois sociétés mises en cause, les actes d'engagement ont été élaborés par des personnes distinctes et de manière indépendante les unes des autres.
68. En outre, aucune anomalie consubstantielle à un processus de centralisation des réponses, telle qu'une analogie formelle de vocabulaire ou de graphie n'a été mise en évidence⁷⁴ et aucun système de sous-traitance des lots remportés n'a été mis en place à l'échelle du « groupe Sarran » au profit d'une ou plusieurs des sociétés mises en cause⁷⁵.

⁷² Conseil de la concurrence, avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public §26.

⁷³ Voir *a contrario* : Adlc, décision n° 10-D-10 du 10 mars 2010 relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier §42 : « *L'identité des prix TTC et des montants de TVA des offres de Provence jardins et de NSC telle qu'elle est intervenue dans les circonstances de l'espèce montre à elle seule que les échanges effectués à l'occasion de la tentative de groupement alléguée ont altéré l'indépendance des offres présentées* ».

⁷⁴ Les anomalies inhérentes à un processus de centralisation des offres sont généralement matérialisées par des erreurs formelles qui trahissent les soumissionnaires liés. Voir notamment Conseil de la concurrence, Décision 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 §82 et §83 : *Grâce à la répétition des procédés d'un marché public à l'autre, un certain nombre d'anomalies peuvent être mises en évidence dans la simulation formelle de la concurrence entre les deux sociétés. Elles affectent en particulier les conditions de représentation des deux sociétés dans le cadre de la signature des actes de soumission aux marchés. Les situations suivantes ont été observées : • La signature de M. Y..., directeur de Girod, dépourvu de toute fonction dans SMAB est apposée sur le tampon intitulé : « SMAB, le Président directeur général » ; (...). Ces anomalies montrent, au travers d'une confusion formelle des actes de soumission, la difficulté qu'il peut y avoir à simuler la concurrence dans le cadre du processus centralisé de réponse aux appels d'offres* (soulignement ajouté).

⁷⁵ A l'instar des faits ayant donné lieu à la décision 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 (voir notamment Décision n° 18-D-02 précitée §22).

69. Ces deux points sont confirmés par la DAPM qui a reconnu lors de son audition qu'« *il n'y avait pas de prix anormalement bas ou qui ne correspondaient pas* »⁷⁶ et « *qu'il n'y avait pas d'analogies de forme entre les offres. On a vérifié* »⁷⁷.
70. Ainsi, les éléments dont dispose l'Autorité ne lui permettent pas de conclure qu'il existe un faisceau d'indices suffisant pour constater une coordination des prix et des offres préalablement au dépôt de celles-ci par les trois entreprises visées par la plainte.

4. Sur les incidences des pratiques présumées

71. Indépendamment de la qualification des pratiques et d'un point de vue purement macroéconomique, il est à noter que les pratiques présumées par la DAPM n'ont pas concouru à renchérir les prix sur le marché des services de nettoyage de locaux professionnels. En effet, les sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique ont proposé des prix plus bas que trois de leurs concurrentes⁷⁸.
72. La concertation anticoncurrentielle suspectée par la DAPM entre les trois sociétés mises en cause aurait ainsi surtout eu pour effet de contourner les modalités d'allotissement décidées par le pouvoir adjudicateur, et notamment la limitation du nombre maximal de macro-lots attribués à une même entreprise, puisque les trois sociétés ont en effet remporté trois macro-lots distincts, alors que, si elles avaient été assimilées à une seule et même entreprise au sens du droit de la concurrence, elles n'auraient pu présenter qu'une seule offre et, le cas échéant, ne remporter qu'un seul macro-lot.
73. Cependant, l'Autorité relève que, s'il avait été estimé que les sociétés ayant un gérant en commun devaient, par principe, déposer des offres groupées, les sociétés AGP et Servinord n'auraient pas pu soumissionner séparément⁷⁹.
74. En définitive, l'Autorité constate que la taille des macro-lots limitait, par elle-même, le nombre de sociétés susceptibles de soumissionner. Ainsi, le choix de la DAPM d'organiser son premier appel d'offres en seulement cinq macro-lots a inéluctablement contribué à la fois à affecter l'intégrité concurrentielle du marché et à obérer le principe de liberté d'accès à la commande publique, dès lors que cet allotissement privilégiait les sociétés de taille supérieure. En audition comme en séance, le représentant de la DAPM a d'ailleurs admis que le recours aux macro-lots pour ce type de prestation avait montré ses limites et que, pour cette raison, la logique du deuxième appel d'offres lancé en décembre 2019 était différente⁸⁰.
75. En définitive, s'il existe une certaine proximité tarifaire entre les offres déposées par les sociétés du « groupe Sarran », l'examen du déroulé du premier appel d'offres et du second appel d'offres

⁷⁶ Procès-verbal d'audition de la DAPM - Annexe 119, cote 2638.

⁷⁷ Procès-verbal d'audition de la DAPM - Annexe 119, cote 2638.

⁷⁸ Il convient de noter que dans la décision n°18-D-02, l'Autorité de la concurrence métropolitaine a reconnu comme de nature à relativiser la gravité des faits, le fait que l'objectif de la concertation « *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* » (§36).

⁷⁹ En effet, le gérant de la société Agence Générale de Propreté (ci-après « AGP »), M. F, est également gérant-associé de la société Servinord (voir annexe 150, cotes 2750-2751 et annexe 151, cotes 2752-2754). Ces deux sociétés n'ont cependant pas soumissionné sur les mêmes macro-lots, mais ne semblent pas avoir signalé le lien existant entre elles. La DAPM n'a pas mentionné cette situation dans sa plainte.

⁸⁰ La DAPM a reconnu que : « *le dimensionnement des macros-lots était trop important. Seules les grosses entreprises pouvaient répondre et les entreprises faisaient des montages qui n'étaient pas garantis* » (procès-verbal d'audition de la DAPM - annexe 119, cote 2639).

ne met en exergue aucun élément susceptible de révéler une entente anticoncurrentielle au sens de l'article Lp. 421-1 du code de commerce.

76. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité décide que :

- L'existence de pratiques anticoncurrentielles lors de l'appel d'offres lancé le 20 février 2019, telles que présumées par la DAPM à l'encontre des sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique n'est pas établie ;
- Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, conformément aux dispositions de l'article Lp. 464-6 du code de commerce relatif au non-lieu.

DÉCISION

Article unique : L'Autorité considère, sur la base des informations dont elle dispose, que l'existence d'une pratique d'entente, visée à l'article Lp. 421-1 du code de commerce, entre les sociétés Net Eclair, EGN Nettoyage et Sprint Pacifique dans le cadre de l'appel d'offres lancé le 20 février 2019 par la Direction des achats du patrimoine et des moyens (DAPM) pour le nettoyage des bureaux et des annexes de directions ainsi que des infrastructures sportives de la Nouvelle-Calédonie n'est pas établie. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Clément Echard, rapporteur, et l'intervention de Mme Sylvanie Fournier, rapporteure générale adjointe, par M. Jean-Michel Stoltz, vice-président, M. Robin Simpson et Mme Nadège Meyer, membres.

La secrétaire de séance

Le Président de séance

Marie-Christine Marzin



Jean-Michel Stoltz