

COUR DE CASSATION

Audience publique du **21 octobre 2014**

Rejet et Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 934 FS-P+B

Pourvois n° Q 13-16.602
S 13-16.696
U 13-16.905

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° Q 13-16.602 formé par :

- la société Inéo réseaux Sud-Ouest, société en nom collectif,
dont le siège est 15 chemin de la Chasse, ZI En Jacca, BP 22, 31771
Colomiers cedex,

contre l'arrêt rendu le 28 mars 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue
de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ à la société Allez et compagnie, société par actions
simplifiée, dont le siège est 27 rue Danielle Casanova, 75001 Paris,

3°/ à la société Spie Sud-Ouest, société par actions simplifiée, dont le siège est 70 chemin de Payssal, ZI Montaudran, BP 34056, 31029 Toulouse cedex 4,

4°/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, domicilié DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° S 13-16.696 formé par :

- la société Spie Sud-Ouest, société par actions simplifiée, contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur,

3°/ à la société Allez et compagnie, société par actions simplifiée,

4°/ à la société Inéo réseaux Sud-Ouest, société en nom collectif,

défendeurs à la cassation ;

III - Statuant sur le pourvoi n° U 13-16.905 formé par :

- la société Allez et compagnie, société par actions simplifiée, contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur,

2°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

3°/ à la société Spie Sud-Ouest, société par actions simplifiée,

4°/ à la société Inéo réseaux Sud-Ouest, société en nom collectif,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse au pourvoi n° Q 13-16.602 invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation et le moyen d'annulation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° S 13-16.696 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° U 13-16.905 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 16 septembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mmes Laporte, Bregeon, MM. Le Dauphin, Grass, Fédou, Mmes Darbois, Provost-Lopin, Orsini, conseillers, M. Delbano, Mme Le Bras, M. Gauthier, conseillers référendaires, M. Mollard, avocat général référendaire, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Inéo réseaux Sud-Ouest, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Spie Sud-Ouest, de Me Brouchet, avocat de la société Allez et compagnie, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° Q 13-16.602, S 13-16.696 et U 13-16.905 qui attaquent le même arrêt ;

Donne acte aux sociétés Spie Sud-Ouest (la société Spie), Inéo réseaux Sud-Ouest (la société Inéo) et Allez et compagnie (la société Allez) du désistement partiel de leur pourvoi respectif, lequel n'est maintenu qu'à l'égard du président de l'Autorité de la concurrence et du ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à l'issue d'une enquête ayant donné lieu à des visites et saisies de documents intervenues en octobre 2005, portant sur des pratiques observées dans certaines régions lors d'appels d'offres passés entre 2003 et 2005 concernant des marchés publics ou privés relatifs à des travaux d'électrification, l'Autorité de la

concurrence (l'Autorité), par décision n° 11-D-13 du 5 octobre 2011, a notamment dit établi que les sociétés Spie, Inéo et Allez avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et leur a infligé des sanctions pécuniaires ; que ces sociétés ont formé un recours contre cette décision ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° Q 13-16.602 et le deuxième moyen du pourvoi n° U 13-16.905, réunis :

Attendu que les sociétés Inéo et Allez font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours en annulation alors, selon le moyen :

1°/ que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats ; qu' en l'absence de décision revêtue de l'autorité de chose jugée ayant tranché l'origine licite de la preuve proposée ou de dispositions légales particulières, il entre dans l'office du juge d'examiner, lorsqu'elle est contestée, la licéité de l'élément de preuve qu'il entend retenir au soutien de sa décision ; qu'en refusant d'examiner la licéité, contestée, de la pièce retenue comme seule preuve des pratiques imputées à la société Inéo, motif pris de ce que cette dernière n'avait pas introduit de recours pour élever cette contestation devant le premier président de la cour d'appel dans le délai de dix jours courant à compter de la notification des griefs qui lui avait été faite, quand rien dans la loi ne confère au premier président de la cour d'appel une compétence exclusive pour connaître des contestations de cette nature, de sorte qu'aucun effet de purge des vices dont les preuves sont atteintes ne peut être déduit de l'existence de cette voie de recours, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation des articles L. 450-4 et L. 464-8 du code de commerce, ensemble l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que l'absence de mention dans une notification de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours ; qu'en énonçant, pour refuser à la société Inéo le droit de contester la licéité d'un élément de preuve issu d'une opération de visite et saisie, qu'elle n'avait pas introduit de recours devant le premier président de la cour d'appel de Montpellier pour contester le déroulement de cette opération dans le délai de dix jours à compter de la notification des griefs, sans constater que l'acte par lequel les griefs lui avaient été notifiés mentionnait bien la voie de recours appropriée et le délai dans lequel elle pouvait être exercé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du code de commerce, ensemble l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que seule l'ordonnance d'autorisation circonscrit le périmètre des pièces qui peuvent être régulièrement saisies à l'occasion des visites domiciliaires ainsi judiciairement autorisées ; qu'en retenant, pour juger régulière la saisie de pièces relatives à un marché d'EDF dans le département de la Dordogne (région Aquitaine), que la lettre de saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 visait les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, lorsque l'ordonnance d'autorisation visait exclusivement, pour sa part, les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon et Auvergne, ce qui excluait qu'un département de la région Aquitaine pût ressortir au champ de l'autorisation judiciaire, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 450-4 du code de commerce, ensemble les articles 6, paragraphe 1, et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que les ordonnances rendues par les juge des libertés et de la détention sur demande du ministère de l'économie ou des autorités de la concurrence déterminent strictement le champ des visites et saisies opérées en exécution et conditionnent l'utilisation des documents saisis ; qu'à l'appui de son moyen tiré de la nullité de la procédure de saisie, la société Allez, à l'instar des autres requérantes, avait fait valoir que l'ordonnance du 7 octobre 2005 rendue par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez n'avait autorisé, sur demande d'enquête faite le 5 septembre précédent, une recherche de preuves par voie de visites et saisies dans les locaux des entreprises visées qu'afin de « rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevés dans le secteur de l'électrification rurale dans les régions Midi-Pyrénées, Auvergne et Languedoc-Roussillon, ainsi que toute manifestation de cette concertation prohibée » suite à deux marchés publics sur appels d'offres passés par le Syndicat interdépartemental d'électricité du département de l'Aveyron ; qu'en déclarant régulière la saisie de documents opérée relativement à des marchés conclus en Dordogne, département ressortissant de la région Aquitaine, pour retenir à l'encontre de la société Allez des faits d'entente à raison de documents saisis relativement à des marchés en Dordogne, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et observations impliquant l'impossibilité de prise en considération des marchés conclus dans une région non expressément incluse dans celles visées par l'ordonnance du 7 octobre 2005, au regard des articles L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce qu'elle a ainsi violés ;

5°/ que l'ordonnance du 7 octobre 2005 rendue par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez avait limité la recherche des preuves des agissements entrant dans le champ des pratiques prohibées « dans le secteur de l'électrification rurale » de trois régions ; qu'en incluant dans le champ de ces marchés ceux conclus par

EDF-GDF services ne ressortissant pourtant pas du champ du secteur de l'électrification rurale, la cour d'appel a dénaturé par adjonction ladite ordonnance, violant ainsi l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé qu'une voie de recours spécifique était prévue par l'article L. 450-4 du code de commerce pour contester le déroulement des opérations de visite et saisie, la cour d'appel en a justement déduit que l'appréciation de la régularité des saisies opérées sur autorisation judiciaire ne relevait pas des attributions de l'Autorité, ni de celles de la cour d'appel saisie en application de l'article L. 464-8 du code de commerce ;

Et attendu, en second lieu, que la constatation que la deuxième branche du moyen reproche à la cour d'appel de ne pas avoir effectuée est sans incidence sur les règles d'attribution du contentieux du déroulement des opérations, qu'elle a justement énoncées ;

D'où il suit que le moyen, qui est inopérant en sa deuxième branche et critique des motifs surabondants en ses troisième à cinquième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° S 13-16.696, pris en ses première à quatrième branches, et septième et huitième branches :

Attendu que la société Spie fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'elle est visée par une ordonnance d'autorisation de visite et saisie, une entreprise devait, à peine de forclusion sous l'empire de l'article L. 450-4 du code de commerce alors applicable, exercer son recours contre le déroulement de l'ensemble des opérations menées sur la base de la même ordonnance dans ses locaux et ceux d'entreprises tierces dans un délai de deux mois courant non pas à compter du jour où elle a connaissance du contenu des pièces saisies dans d'autres entreprises qui lui sont opposées mais à compter du jour de la notification de l'ordonnance d'autorisation, soit le jour de la visite dans ses propres locaux ; que si les dispositions transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008 ont institué de nouvelles possibilités de recours contre les ordonnance d'autorisation de visite, elle n'a conféré aucune voie de recours nouvelle aux entreprises visitées et forcloses à contester le déroulement des opérations de visite et saisie réalisées dans les locaux d'entreprises tierces ; qu'en affirmant que les « entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 ou à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au

plus tard de la notification des griefs pour celles n'ayant pas fait l'objet d'une visite mais mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies », quand la société Spie était forclosée à contester utilement, lorsqu'elle a eu connaissance du contenu des pièces qui lui ont été opposées seulement après la notification des griefs, le déroulement des opérations réalisées dans d'autres entreprises sur la base de la même ordonnance du juge des libertés et de la détention, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ensemble l'article L. 450-4 ancien du code de commerce ;

2^o que le juge qui tranche une contestation portant sur le déroulement d'une opération de visite et saisie vérifie la régularité de ces opérations en se référant au procès-verbal, à l'inventaire et aux réserves effectuées par l'occupant des lieux ; qu'en se bornant à affirmer que les « entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 », quand ce recours ne permettait pas à la société Spie de contester utilement le déroulement des opérations réalisées chez une autre entreprise visitée sur la base de la même ordonnance du juge des libertés et de la détention dans la mesure où elle n'avait pas accès aux procès-verbaux et inventaires des pièces saisies chez cette dernière pendant le délai pendant lequel elle pouvait théoriquement introduire ce recours, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir que la société Spie avait bénéficié d'un recours effectif contre les saisies de pièces pratiquées chez ses concurrents Engelvin et Larren, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 8 de la CEDH ;

3^o que ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité du tribunal le recours contestant le déroulement d'une mesure exercée devant le même juge que celui qui l'a autorisée ; qu'en se bornant à affirmer que les entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si ce recours, alors en vigueur, contre le déroulement des opérations de visite et saisie devant le juge ayant autorisé la mesure présentait des garanties d'impartialité suffisantes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 8 de la CEDH ;

4^o que seules les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause au moyen de pièces saisies chez des tiers peuvent, aux termes de l'article L. 450-4 du code de commerce modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et la loi du 12 mai 2009, former un recours contre le déroulement de ces opérations par déclaration au greffe du

tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard, à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2 du code de commerce ; qu'en reprochant à la société Spie de ne pas avoir introduit un recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie pratiquées dans les locaux des sociétés Engelvin et Larren dans un délai de dix jours suivant la notification des griefs du 5 août 2009, quand la société Spie avait, elle aussi, été visitée en vertu de la même ordonnance d'autorisation de visite et saisie du 7 octobre 2005, la cour d'appel a violé l'article L. 450-4 du code de commerce nouveau, ensemble les articles 6 et 8 de la CEDH ;

5^o/ que la production d'un élément de preuve déloyal ou illicite est irrecevable pour démontrer l'existence d'une entente ; qu'il en résulte que l'existence de recours parallèles permettant de contester la validité de visites domiciliaires ne dispense pas le juge du fond de vérifier, lorsqu'elle est contestée, la recevabilité des preuves justifiant une décision de condamnation ; qu'en affirmant au contraire que l'appréciation de la loyauté des pièces saisies au cours d'une visite domiciliaire et versées devant l'Autorité de la concurrence relève du seul contentieux du déroulement des opérations de visite et de saisie et n'entre pas dans les attributions de l'Autorité de la concurrence, ni a fortiori de celles de la cour d'appel de Paris statuant dans le cadre de l'examen d'un recours au fond contre une décision de l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce, ensemble les articles 9 du code de procédure civile, 6 de la CEDH et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

6^o/ que la modification de l'objet de l'enquête après les visites et saisies et l'utilisation des pièces saisies à des fins différentes de celles pour lesquelles la visite avait été autorisée par le juge des libertés et de la détention constitue un procédé déloyal rendant les pièces saisies irrecevables à titre de preuve, si bien qu'en s'abstenant de vérifier, comme elle y avait été invitée, si l'Autorité de la concurrence n'avait pas utilisé des pièces saisies à des fins différentes de celles ayant justifié la visite, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 6 et 8 de la CEDH ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé, par motifs adoptés, que la notification de griefs du 5 août 2009 se fondait, notamment, sur des éléments recueillis dans le cadre d'opérations de visite et saisies effectuées le 20 octobre 2005, autorisées par une ordonnance du 7 octobre 2005 visant plusieurs entreprises, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les trois premières branches, a retenu à bon droit que les sociétés requérantes, mises en cause au moyen des pièces saisies en 2005 chez des tiers, n'ayant pas fait l'objet des opérations

de visite et saisies dont s'agit, pouvaient introduire un recours devant le premier président de la cour d'appel, dans les conditions de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et par la loi du 12 mai 2009, répondant aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que la contestation de la recevabilité des pièces saisies se fondait sur le postulat que celles-ci se trouvaient en dehors du champ de l'ordonnance d'autorisation du juge des libertés et de la détention et retenu qu'une telle contestation relevait exclusivement du contentieux du déroulement des opérations de visite et saisies soumis à une voie de recours spécifique, la cour d'appel en a justement déduit, sans méconnaître l'étendue de ses pouvoirs, que seule la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre de ces opérations pouvait être discutée devant elle ;

D'où il suit que le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi n° S 13-16.696, réunis :

Attendu que la société Spie fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o qu'en reprochant à la société Spie d'avoir méconnu les règles applicables aux marchés publics interdisant de se concerter avec les autres entreprises soumissionnaires avant le dépôt des offres, après avoir constaté que le marché du 7 novembre 2003 répond à une procédure particulière à bons de commande permettant à EDF qui dispose d'un véritable pouvoir de négociation, d'obtenir des soumissionnaires après le dépôt des offres un prix conforme à ses souhaits, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2^o qu'en affirmant que le pouvoir de négociation de EDF ne rend pas en soi matériellement impossible ou à tout le moins ne prive pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots tout en constatant par ailleurs que les pratiques en cause n'avaient eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés que pour ceux visés par le grief n° 4, admettant ainsi que la procédure à bons de commande visée au grief n° 1 empêchait toute répartition à l'avance des marchés, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3^o qu'en reprochant à la société Spie de s'être concertée avec d'autres entreprises avant le dépôt des offres du marché EDF à bons de commande du 7 novembre 2003 en participant à une réunion qui se serait tenue le 5 novembre 2003 à 14 heures 30, soit le jour même de la réception des offres de la société Spie par EDF, ce dont il résulte que la société Spie a établi ses offres en toute indépendance et non en fonction de celles de ses concurrentes dont elle ne connaissait pas le contenu, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4^o que la participation passive d'une entreprise à une réunion dont l'objet se révélerait anticoncurrentiel est insuffisante à établir son adhésion à une entente ; que l'entente n'est caractérisée qu'à la condition de démontrer que l'entreprise a ensuite adhéré à l'action collective en appliquant concrètement les mesures décidées lors de ladite réunion ; qu'en affirmant au contraire qu'au regard de l'antériorité des notes saisies chez la société Larren révélant l'existence d'une réunion de concertation à laquelle diverses entreprises dont la société Spie auraient participé en vue de se répartir différents marchés publics et privés, il importe peu que les montants figurant sur les documents en question ne correspondent pas précisément aux montants des offres formulées ou du volume d'affaires, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, que la procédure suivie pour les appels d'offres en cause correspondait à celle des marchés à bons de commande et n'était pas soumise, au regard du montant des travaux escomptés, aux exigences de publicité et mise en concurrence préalable et que la sélection des fournisseurs et prestataires était librement opérée par la société EDF à l'issue d'une négociation engagée sur la base des offres remises par les soumissionnaires, la cour d'appel en a justement déduit qu'en procédant à un échange d'informations sur les prix, préalablement à la passation des marchés, les sociétés mises en cause n'avaient pas respecté les règles de concurrence applicables au déroulement de ces appels d'offres ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant retenu que, même si elles n'avaient pas désigné à l'avance les attributaires des marchés concernés, les entreprises, qui s'étaient entendues sur leurs prix préalablement à la passation des marchés groupés aéro-souterrains, avaient obtenu l'attribution des lots en éliminant toute concurrence entre elles, la cour d'appel en a justement déduit que le pouvoir de négociation de la société EDF, qui intervenait après la remise des offres, ne rendait pas en lui-même toute concertation impossible entre les entreprises ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant déduit d'un faisceau d'indices, qu'elle a souverainement apprécié, que plusieurs éléments datés du 5 novembre 2003 établissaient un échange d'informations sur les prix

entre les soumissionnaires avant la date limite de remise des offres et constaté qu'une note, détenue par la société ETPR, faisait notamment état, à un millième près, des prix moyens pondérés effectifs de la société Spie constatés au premier tour de l'appel d'offres et que ces indications, qui ne pouvaient avoir été inspirées des marchés précédents fondés sur des coefficients différents, ne pouvaient s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation, la cour d'appel, qui a fait ressortir une participation nécessairement active de la société Spie dans l'échange d'informations litigieux, a pu retenir que cette société s'était concertée avec d'autres sur les offres de prix déposées et la stratégie à suivre au cours des deux tours de la négociation ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° U 13-16.905 :

Attendu que la société Allez fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours alors, selon le moyen :

1°/ que ne peuvent être déclarées coupables d'entente prohibée que les parties ayant eu l'intention certaine de participer à une action concertée en vue de limiter l'accès au marché pertinent ou à la libre concurrence, cette concertation devant ressortir soit de preuves matérielles directes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants faisant apparaître avec certitude un échange d'informations destinées à fausser le jeu de la concurrence ; que tout en constatant le caractère inexact des indices portés dans la note 3232 établie par le directeur général de la société ETPR servant de fondement au grief n° 1 retenu à l'encontre de la société Allez, ce qui avait conduit à la mise hors de cause de la société ETDE, la cour d'appel, qui a cependant jugé suffisamment probante cette note pour déclarer la société Allez coupable d'entente prohibée, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et observations relativement au caractère inexact de ces indices impliquant sa mise hors de cause également, au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce qu'elle a ainsi violé ;

2°/ que l'entente doit être caractérisée à défaut de preuves directes d'une concertation entre les parties concernées par un faisceau d'indice graves, précis et concordants ; que dans son mémoire en réplique, la société Allez avait souligné le caractère non daté de la note 3235 pour en déduire l'impossibilité de déterminer avec certitude le moment de son établissement et par voie de conséquence son absence de caractère probant ; que tout en constatant le caractère non daté de ce document, la cour d'appel, qui l'a cependant retenu à l'appui de sa décision de déclarer caractérisée une entente entre la société Allez et les autres entreprises

visées, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et observations, au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce qu'elle a ainsi violé ;

3°/ que les documents servant de fondement aux poursuites pour faits d'entente doivent viser précisément les entreprises concernées ; qu'en se fondant sur la note 3232 ne portant pas le nom de la société Allez, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ qu'une entente ne peut être constituée qu'en cas de réunion effective ayant un objet anti-concurrentiel entre les entreprises concernées ; que pour déclarer justifié le grief n° 1 d'entente contre la société Allez, la cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'une réunion aurait été anticipée dès le 16 octobre 2003 entre les parties concernées ; qu'en se fondant ainsi sur l'anticipation d'une réunion sans constater la tenue effective de cette réunion, ainsi uniquement envisagée, ce que contestait expressément la société Allez, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que ne constitue pas une entente le fait pour diverses entreprises soumissionnaires de soumettre des prix moyens pondérés ou des coefficients quasi similaires ou proches à l'appui de leurs offres ; qu'en se fondant sur le fait que les deux notes établies par le dirigeant d'une société poursuivie feraient ressortir la très grande proximité des prix moyens pondérés proposés par les parties à l'appui de leurs offres respectives, la cour d'appel, qui s'est prononcée à partir de considérations sinon inopérantes tout au moins insuffisantes, n'a pas légalement justifié son arrêt au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

6°/ que dans son mémoire en réplique, la société Allez avait fait valoir que le processus de déroulement des appels d'offre excluait toute possibilité d'entente entre les parties soumissionnaires en ce que celles-ci devaient présenter leurs offres respectives en quelques heures, ce qui excluait toute possibilité de concertation ; qu'en laissant sans réponse ce moyen pertinent de nature à exclure tout fait d'entente, la cour d'appel a violé les articles 455 du code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

7°/ que l'échange d'informations entre entreprises ne peut être retenu comme constitutif d'une entente que s'il a eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le

marché concerné ; qu'en se bornant à faire état d'un échange d'informations qui résulterait de deux seules notes, soit inexacte soit non datée, la cour d'appel, qui n'a pas procédé aux recherches requises, a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

8°/ qu'en se fondant uniquement sur les mentions inexactes d'indices figurant dans la note 3232 et sur celles de la note 3235 non datée et ne portant pas le nom de la société Allez, insusceptibles de caractériser l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision de la déclarer coupable d'entente prohibée au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que sans se fonder sur la seule anticipation d'une réunion ayant un objet anticoncurrentiel, l'arrêt retient que les différents documents saisis, qu'il décrit et analyse, constituent un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant un échange d'informations entre les sociétés ETPR, Allez, Inéo et Spie antérieur à la date de remise des offres ; qu'il relève, outre l'indication d'une réunion arrêtée au 5 novembre 2003 ayant pour objet de déterminer le niveau de prix des travaux groupés EDF en Dordogne, que la société ETPR détenait à cette même date les prix moyens pondérés de ses concurrents, s'approchant à un millième près de ceux remis par la société Allez pour le premier tour de l'appel d'offres et au millième arrondi pour le second tour ; que la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur les indices dont elle a admis le caractère inexact, correspondant à la note 3232, mais sur les indications, qu'elle comporte, qu'elle a jugées corroborées par les résultats de l'appel d'offres, et qui a souverainement apprécié la portée des différents éléments de preuve, a pu retenir que la détention de telles données par la société ETPR, au 5 novembre 2003, ne pouvait s'expliquer, au regard de la concordance de chiffres constatée à l'égard des quatre sociétés impliquées, que comme étant le résultat d'un échange d'informations sur les prix ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant jugé établie, au moyen d'un faisceau d'indices, l'existence d'un échange d'informations impliquant des données propres à la société Allez, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée au regard d'un parallélisme de comportements et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a caractérisé l'implication de cette société dans cette concertation ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant constaté que l'échange d'informations était intervenu avant la date limite de remise des offres et que les prix en possession de la société ETPR étaient presque identiques à ceux auxquels les lots ont été attribués à ces sociétés, l'arrêt a fait ressortir que les soumissionnaires avaient ainsi éliminé par avance l'incertitude relative au comportement futur de leurs concurrents lors de cet appel d'offres et des deux tours prévus pour sa négociation ; qu'en l'état de ces constatations et

appréciations, dont il résulte que la concertation avait pour objet ou pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en sa quatrième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° S 13-16.696, pris en ses quatrième, sixième et septième branches :

Attendu que la société Spie fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours alors, selon le moyen :

1°/ que le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en mesurer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence peut procéder à une appréciation globale du dommage causé à l'économie par chaque pratique ou encore qu'elle n'est pas tenue de chiffrer précisément ce dommage, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que les sanctions pécuniaires sont notamment proportionnées à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause ; que le dommage à l'économie doit être évalué concrètement ; qu'en se bornant à affirmer que l'Autorité de la concurrence avait pris en compte le montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques sans pour autant tenir compte de la modicité des montants en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que ces différents critères sont distincts et cumulatifs ; qu'en se fondant sur les mêmes éléments pour caractériser le dommage à l'économie, puis les facteurs d'individualisation de la sanction, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir justement relevé que l'importance du dommage causé à l'économie par les différentes pratiques pouvait être appréciée de manière globale, l'arrêt retient que l'importance de ce dommage ne peut être atténuée, en l'espèce, ni par la dimension locale de ces marchés, ni par le pouvoir de négociation dont

disposait la société EDF-GDF dans le cadre des appels d'offres des marchés groupés aéro-souterrains visés par le grief n° 1, au regard de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ayant limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante ; qu'après avoir également tenu compte du montant des marchés concernés, du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises mises en cause et du fait que les pratiques ont été suivies d'effets en conduisant à l'attribution des marchés aux entreprises impliquées, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de chiffrer précisément le montant du dommage à l'économie dont elle a établi l'existence et l'importance, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en second lieu, que l'article L. 464-2 du code de commerce n'exclut pas que les éléments caractérisant le dommage à l'économie puissent également être retenus pour apprécier les autres critères d'individualisation de la sanction ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu que le deuxième moyen et le moyen d'annulation du pourvoi n° Q 13-16.602, le premier moyen, pris en ses cinquième et sixième branches, et le quatrième moyen, pris en ses trois premières branches et cinquième branche, du pourvoi n° S 13-16.696, et les premier et quatrième moyens du pourvoi n° U 13-16905 ne sont pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

Mais sur le troisième moyen du pourvoi n° Q 13-16.602, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que cette exigence exclut, à l'égard d'une entreprise ayant agi de manière autonome, le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe ;

Attendu que pour infliger à la société Inéo, dont elle a retenu l'autonomie de comportement, une sanction d'un certain montant, l'arrêt retient que c'est à bon droit que l'Autorité a relevé que l'appartenance de cette société à un groupe disposant d'une puissance économique importante devait être prise en compte dans la détermination de la sanction ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le quatrième moyen du pourvoi n° S 13-16.696, pris en sa huitième branche :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que les sanctions pécuniaires prononcées sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que cette exigence exclut, à l'égard d'une entreprise ayant agi de manière autonome, le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe ;

Attendu que pour infliger à la société Spie, dont elle a retenu l'autonomie de comportement, une sanction d'un certain montant, l'arrêt retient que c'est à bon droit que l'Autorité a relevé que l'appartenance de cette société à un groupe disposant d'une puissance économique importante devait être prise en compte dans la détermination de la sanction ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

REJETTE le pourvoi n° U 13-16.905 ;

Et sur les pourvois n° Q 13-16.602 et S 13-16.696 :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le montant des sanctions prononcées à l'encontre des sociétés Spie Sud-Ouest et Inéo réseaux Sud-Ouest, l'arrêt rendu le 28 mars 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne le président de l'Autorité de la concurrence aux dépens exposés par les sociétés Spie Sud-Ouest et Inéo réseaux Sud-Ouest et laisse à la société Allez et compagnie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un octobre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Inéo réseaux Sud-Ouest, demanderesse au pourvoi n° Q 13-16.602

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(sur les preuves légalement admissibles)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Inéo Réseaux Sud Ouest en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2001 qui lui a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros ;

Aux motifs que « il suffit de relever, ainsi que le fait la Décision (point 244), que les entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 pour celles ayant fait l'objet d'une visite, ou à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard de la notification des griefs pour celles n'ayant pas fait l'objet d'une visite mais mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies ; que force est de constater que seule la Société Languedocienne d'Aménagements (SLA) a formé un tel recours le 15 décembre 2005, à la suite duquel, par ordonnance du 25 avril 2006, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez a prononcé la nullité des opérations de visite et saisie effectuées dans ses locaux de la SLA en raison de la participation d'un enquêteur irrégulièrement désigné et a ordonné la restitution des pièces ainsi saisies ; que, surtout, les entreprises mises en cause par les pièces saisies mais n'ayant pas fait l'objet des opérations de visite et saisie dont s'agit, telles les requérantes, qui, alors qu'elles pouvaient introduire un recours devant le premier président de la cour d'appel de Montpellier pour contester le déroulement de ce opérations dans un délai de dix jours à compter de la notification des griefs en application de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et par la loi du 12 mai 2009, dont les dispositions répondent assurément aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH sur l'exercice d'un recours effectif devant un tribunal impartial, se sont cependant abstenues de former ce recours ; que, dès lors, quelle que soit l'appréciation portée par les requérantes sur la conformité à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) des dispositions de L. 450-4 du code de commerce en vigueur au moment des opérations de

visite et saisie réalisées en vertu de l'ordonnance d'autorisation de 2005, Spie Sud Ouest, Inéo Réseaux Sud Ouest et Allez et Cie n'étaient pas en droit de contester devant l'Autorité le caractère loyal des pièces les mettant en cause qui avaient été saisies le 20 octobre 2005 chez un tiers, au motif, notamment, que ces pièces se trouvaient en dehors du champ de l'ordonnance d'autorisation 2005 ; qu'en effet, ces questions relèvent exclusivement du contentieux du déroulement des opérations de visite et de saisie, qui n'entre pas dans les attributions de l'Autorité de la concurrence, ni, a fortiori, de celles de cette cour dans le cadre de l'examen du recours au fond dont elle est actuellement saisie contre sa Décision ; qu'en revanche, Spie Sud Ouest, Inéo Réseaux Sud Ouest et Allez et Cie n'en restaient pas moins en mesure de discuter, ainsi qu'elles l'ont d'ailleurs fait, tant dans leurs observations écrites produites auprès des services d'instruction en réponse à la notification des griefs et au rapport que lors de la séance devant collège de l'Autorité et désormais devant la cour, la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre des opérations de visite et de saisie qui leur sont opposées, ce qui relève du débat de fond sur l'examen des pratiques auquel il sera procédé ci-après ; qu'au surplus, il suffit de relever qu'alors que les faits visés par la saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 portaient sur des pratiques observées dans le "secteur des travaux d'électrification dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes" que, ainsi que le relève l'Autorité dans ses observations, l'ordonnance du 7 octobre 2005 qui indiquait que des visites et saisies pouvaient être effectuées dans les locaux de onze entreprises "afin de rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevées dans le secteur de l'électrification rurale" n'excluait pas ainsi les marchés passés par EDF-GDF Services, en limitant pas le champ des investigations aux seuls marchés publics passés par les collectivités locales et leurs regroupements ; que les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure seront rejetés » (arrêt, p. 10 et 11) ;

Alors, d'une part, que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats ; qu'en l'absence de décision revêtue de l'autorité de chose jugée ayant tranché l'origine licite de la preuve proposée ou de dispositions légales particulières, il entre dans l'office du juge d'examiner, lorsqu'elle est contestée, la licéité de l'élément de preuve qu'il entend retenir au soutien de sa décision ; qu'en refusant d'examiner la licéité, contestée, de la pièce retenue comme seule preuve des pratiques imputées à la société Inéo Réseaux Sud Ouest, motif pris de ce que cette dernière n'avait pas introduit de recours pour élever cette contestation devant le premier président de la cour d'appel dans le délai de 10 jours courant à compter de la notification des griefs qui lui avait été faite, quand rien dans la loi ne confère au premier président de la cour d'appel une compétence exclusive pour connaître des contestations de cette nature, de sorte qu'aucun effet de purge des vices dont les preuves sont atteintes ne peut être déduit de l'existence de cette

voie de recours, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, en violation des articles L. 450-4 et L. 464-8 du code de commerce, ensemble, l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Alors, d'autre part, que l'absence de mention dans une notification de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours ; qu'en énonçant, pour refuser à la société Inéo Réseaux Sud Ouest le droit de contester la licéité d'un élément de preuve issu d'une opération de visite et saisie, qu'elle n'avait pas introduit de recours devant le premier président de la cour d'appel de Montpellier pour contester le déroulement de cette opération dans le délai de dix jours à compter de la notification des griefs sans constater que l'acte par lequel les griefs lui avaient été notifiés mentionnait bien la voie de recours appropriée et le délai dans lequel elle pouvait être exercé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 450-4, dernier alinéa du code de commerce, ensemble l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Alors, en outre, que seule l'ordonnance d'autorisation circonscrit le périmètre des pièces qui peuvent être régulièrement saisies à l'occasion des visites domiciliaires ainsi judiciairement autorisées ; qu'en retenant, pour juger régulière la saisie de pièces relatives à un marché d'EDF dans le département de la Dordogne (région Aquitaine) que la lettre de saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 visait les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, lorsque l'ordonnance d'autorisation visait exclusivement, pour sa part, les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon et Auvergne, ce qui excluait qu'un département de la région Aquitaine pût ressortir au champ de l'autorisation judiciaire, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles l'article L. 450-4 du code de commerce, ensemble les articles 6 paragraphe 1 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)
(sur la preuve des pratiques)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Inéo Réseaux Sud Ouest en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2001 qui lui a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros ;

Aux motifs que « c'est par des appréciations pertinentes (points 111 à 135 et points 278 à 298 et 308 de la Décision) que la cour fait siennes, que la

Décision retient que, ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie et Amec Spie Sud-Ouest (devenue Spie Sud-Ouest) d'une part, et ETPR et ERCTP, d'autre part se sont entendues sur leurs prix préalablement à la passation des marchés de travaux groupés aéro-souterrains pour les quatre premières et de travaux groupés souterrains mixtes pour les deux dernières et qu'elles ont ainsi obtenu l'attribution des lots du premier marché en éliminant toute concurrence entre elles ; que contrairement à ce qui est soutenu, la preuve de l'existence de l'entente visée par le grief n° 1 résulte bien de l'existence d'un faisceau d'indices graves précis et concordants, peu important, au regard des principes ci-dessus susrappelés régissant la preuve des pratiques anticoncurrentielles poursuivies au cas d'espèce, que chacun des éléments pris isolément n'ait pas un caractère suffisamment probant ; qu'en effet que la Décision a exactement identifié plusieurs indices reposant sur les mentions et les énonciations de documents saisis chez ETPR et qui sont constitués principalement par deux notes de M. Vincent Z..., directeur général :

- la première note (cote 3232) est datée du 5 novembre 2003, soit deux jours avant la date limite de remise des offres ; y figurent le nom d'un certain nombre d'entreprises, des calculs de coefficients ainsi que les mentions « Gpt Avec ETDE -- Sort Mixte -- Sous Traitant .] RTDE répond en couverture sur aéro-souterrain + mixte » ;

- la seconde note (cote 3235) n'est pas datée et comprend les indications « I » et « II » avec le nom des mêmes entreprises ;

Qu'en outre :

- un document saisi extrait de l'agenda du dirigeant M. Michel Z... (cote 3540) mentionne, à la date du 5 novembre 2003 : « RDV TG 24 Baulazac à 14h30 » ;

- sur un carnet de notes de son fils, M. Vincent Z..., il est également indiqué : « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » (cote 3220) ;

un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet de M. Vincent Z.... ;

qu'il ressort des mentions de la note cotée 3232 (reproduite au point 113 de la Décision), exactement analysées par l'Autorité, que ETPR, qui envisageait de se grouper avec ETDE pour les travaux souterrains mixtes, voire d'être en sous-traitance avec cette dernière, laisse entendre que sa partenaire a répondu en « couverture » sur les deux marchés de travaux groupés aéro-souterrains et souterrains mixtes ; que la Décision relève, à cet égard, que ETDE avait déposé une offre le 4 novembre 2003 pour le marché de travaux aéro-souterrains dont le prix trop élevé l'a exclue de la phase de négociation ; qu'en effet, le prix moyen pondéré (ci-après le « PMP ») des coefficients de prix remis par ETDE s'élève à 0,1766 contre pour ETPR, soit 3,69 % plus cher (cote 5948) ; que, s'agissant de la pondération des coefficients de prix, ETPR a confirmé, par courrier du 29 avril 2011, que, « au moment du dépôt de leurs offres, les entreprises ne sont donc pas en mesure de connaître de façon précise la pondération attachée à leurs offres » (cote 15236) ; que la note cotée 3235 (point 113 de la Décision)

mentionne, comme la note cotée 3232, des coefficients de pondération qui ont été utilisés par ETPR pour élaborer ses PMP et ceux de ses concurrentes, tant pour le marché des travaux aéro-souterrains que pour celui des travaux souterrains mixtes en fonction des coefficients de prix que les concurrentes ont dû lui communiquer ; que la Décision relève à juste titre :

- que le très faible écart portant sur la répartition pour le marché de travaux souterrains mixtes sur les coefficients X gaz et X électricité, dont le montant cumulé s'avère identique à 55 %, entre les sous-pondérations du X gaz et du X électricité (0,25 % pour chacun des deux coefficients) ne modifie en rien les résultats obtenus sur les PMP de ce marché ;

- que, selon ETPR elle-même (cote 11183), [e document non daté coté 3235 présente les deux marchés de travaux groupés aéro-souterrains « I » et souterrains mixtes « II » et qu'il comprend des noms d'entreprises et des coefficients ;

- s'agissant du marché de travaux aéro-souterrains, il y a lieu de relever qu'ETPR prévoyait de ne pas descendre au-dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle s'est effectivement tenue en obtenant le premier lot avec un PMP de 0,1708 au 1^{er} tour puis 0,1703 après négociation (cote 5948) ;

- que, de plus, la mention d'un PMP de 0,173 cure lors du 1^{er} tour de l'appel d'offres de travaux aéro-souterrains alors qu'ETPR a remis dans son acte d'engagement du 6 novembre 2003 un PMP différent à 0,1708 confirme que la date du document coté 3235 se situe avant la remise des offres le 7 novembre 2004 ;

- qu'il en va de même de l'indication « Voir », qui évoque une prévision, dans la mention : « TG mixte => Voir ERCT pour Px > 0,180 Pondere 2004 » ; que cela permet également de dater le document coté 3235 avant la remise des offres, puisqu'il s'agissait d'approcher cette concurrente pour qu'elle fixe son PMP à 0,180, ce qu'elle a effectivement fait en remettant des coefficients X électricité, X gaz, Y, Z et W de telle façon que son PMP soit calculé par EDP-GDF à 0,1803, soit 0,180 arrondi au millième ;

- que, de plus, s'agissant de la liste d'entreprises accompagnées de leur PMP « nec 0,174<=>0,171, Spie 0,175<=>0,172, ALLEZ 0,175<=>0,172 » (cote 3235), suivant la mention « 2^{ème} » après la mention « Moue », ETPR a Indiqué par courrier du 9 novembre 2009 que « 2^{ème} » signifiait « 2^{ème} tour » (cote 11184) et que, si cette observation a ensuite été réfutée par courrier du 29 avril 2011, la mention « 2^{ème} Groupe » a été maintenue (cote 15226) ;

Que la Décision constate également à juste titre, qu' en tout état de cause, les résultats des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres de travaux aéro-souterrains corroborent ces indications de prix (cotes 5947 et 5948), particulièrement en ce qui concerne le tour après négociation qui a conduit à l'attribution d'un lot aux quatre sociétés mises en exergue, à savoir ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec Spic Sud-Ouest ; que la Décision se réfère ainsi utilement :

- à un tableau (point 125 de la Décision) permettant, en ce qui concerne le 1^{er} tour et le 2^{ème} tour, pour les quatre entreprises concernées - ETPR, INÉO, SPIE, ALLEZ - une comparaison entre, d'une part, les PMI' mentionnés sur la note 3225 et, d'autre part, les PMP effectifs, qui démontre que, pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième (arrondi) par la note cotée 3235 saisie chez ETPR, étant observé que, pour le 1^{er} tour, les PMP sont vérifiés au millième (arrondi) pour free Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour Spie Sud-Ouest et Allez et Cie ;

- à un tableau (point 127 de la Décision) qui met en évidence que les PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours du marché des travaux groupés aéro-souterrains relevés sur la note 3235 diffèrent de ceux remis lors des appels d'offres précédents du 1^{er} février 2002 au 31 janvier 2003, unis du 1^{er} février 2003 au 31 janvier 2004 (cotes 15950, 15955, 15960 et 15965) : à la différence de l'appel d'offres en cause dans la présente affaire, les PMP des deux marchés précédents de travaux aérosouterrains ont été calculés en prenant en compte les coefficients principaux de la série S 1000, X, Y Z, W, mais aussi ceux B5000Mat et B5000MO et, qu'en outre, Allez et Cie n'était pas soumissionnaire à ce dernier appel d'offres ; que la Décision observe exactement que ces PMP des deux marchés précédents n'ont pu inspirer le PMP d'ERCTP prévu par ETPR pour le marché de travaux groupés souterrains mixtes 2003/2004 ; qu'il est constant, par ailleurs, qu'une réunion était anticipée dès le 16 octobre 2003 ainsi que cela ressort de l'indication « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » figurant dans un carnet de notes du fils du dirigeant d'ETPR (cote 3220) ; qu'il ressort précisément de l'agenda du dirigeant d'ETPR, M. Michel Z..., à la date du 5 novembre 2003, la mention ; « 14h30 RDV TG BOULAZAC » (cote 3540), le terme TG 24 correspondant à « travaux groupés » et « 24 » au département de la Dordogne ; qu'ainsi, le principe d'une réunion était arrêté à la date du 5 novembre 2003, dans la commune de Bardem, mais sans indication des participants ; qu'enfin, un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet du fils du dirigeant d'ETPR ; que les éléments ci-dessus analysés doivent être rapprochés du fait :

- que ETPR, Allez et Cie, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Amec Spie Sud-Ouest ont, chacune, obtenu un des quatre lots attribués pour les travaux groupés aéro-souterrains ;

- que, de même, ETPR a obtenu un des trois lots attribués pour les travaux groupés souterrains mixtes, son offre ayant été meilleure que celle remise par ERCTP ;

qu'il est vrai que, dans le cadre de la procédure particulière de passation des marchés à bons de commande d'EDF-GDF dont les montants sont inférieurs au seuil communautaire pour les marchés de travaux les entreprises doivent scinder leur proposition tarifaire en sous-familles de prix et, après pondération de ces coefficients que EDF-GDF pour choisir l'entreprise attributaire du marché, des échanges entre l'acheteur et les soumissionnaires interviennent pendant une période qui débute lors de la

remise des offres et qui se prolonge par différents tours de négociation, afin de finaliser l'obtention par EDF-GDF d'un prix conforme à ses souhaits ; que, cependant, contrairement à ce qui est soutenu, le pouvoir de négociation d'EDF-GDF ne rend pas en soi matériellement impossible ou, à tout le moins, ne prive pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots entre elles, dès lors, d'une part, que les critères de pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas transmis aux candidats soumissionnant aux travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes ainsi que l'égalité de traitement et, d'autre part, que la négociation n'intervient qu'après la remise des offres ; que les documents cotés 3232 et 3235 saisis chez ETPR contiennent ainsi les indices essentiels de l'existence d'un échange d'informations concernant les deux marchés de travaux groupés, aérosouterrains et souterrains mixtes, entre les entreprises qui ont participé à cet échange dont ETPR a été le maître d'oeuvre et ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'elles au cours des deux tours de la négociation ; qu'en outre, que ces deux documents ont bien été conçus par ETPR avant la date de remise des offres fixée au 7 novembre 2003, dès lors que le premier document coté 3232 est daté du 5 novembre 2003 et que, si le second document coté 3235 n'est pas daté, en revanche, l'analyse de son contenu et le rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, notamment avec le résultat des appels d'offres, démontrent qu'il a été établi avant la remise des offres ; qu'en effet, la mention d'un PMP de 0,173 lors du 1^{er} tour d'appel d'offres du marché de travaux aéro-souterrains, alors qu'ETPR remettra dans son acte d'engagement un prix différent, est une première indication de l'antériorité du document ; que les mentions par lesquelles ETPR prévoyait, d'une part, de ne pas descendre au dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle s'est effectivement tenue, et, d'autre part, d'approcher une de ses concurrentes pour qu'elle fixe son PMP à 0,180 selon la mention « TG mixte es> Voir ERCT pour Px > 0,180 Pondue 2004 », ce qui a été effectivement fait, sont deux autres indications de l'antériorité du document ; que, d'ailleurs, par courrier du 29 avril 2011, ETPR a elle-même entériné le fait que ce document coté 3235 avait précédé la remise de son offre : « L'indication 'TG mixte > Voir ERCT' renvoie simplement à l'idée que Monsieur Vincent Zi ., souhaitait solliciter l'entreprise ERCT afin qu'elle lui fournisse un devis pour la réalisation de l'étude des travaux souterrain mixte. » (cote 15229) ; que l'échange d'informations entre ETPR et ainsi l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre sont suffisamment révélés par les mentions relatives aux PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres concernant le marché des travaux aéro-souterrains et des PMP de l'appel d'offres concernant le marché des travaux groupés souterrains mixtes, les prix étant presque identiques aux prix auxquels les lots de ces marchés ont été attribués aux entreprises mises en cause ; que, contrairement à ce qui est

à nouveau soutenu, ETPR ne peut avoir eu connaissance des PMP par le donneur d'ordre avant la remise des soumissions, dès lors :

- que ces offres de prix se sont échelonnées dans un délai très court, entre le 5 et le 7 novembre 2003, soit trois jours, étant précisé que Inéo Réseaux Sud-Ouest et ERCTP ont pour leur part remis leur offre le 7 novembre 2003, soit le jour même de la remise des offres ;

- que si, dans le cas particulier et postérieur aux faits de l'espèce du marché de travaux aéro-souterrains 2009-2010 fourni par le service des réseaux Dordogne qui est mis en exergue par les requérantes, des informations ont pu être communiquées par ERDF après l'attribution des lots, ces informations ne portent pas sur les PMP, ni sur les coefficients intermédiaires lors de la remise des prix, puis lors des tours de négociation, mais sur les seuls coefficients finaux de prix ; que, contrairement également à ce qu'affirment les requérantes, les annotations figurant sur le document coté 3235 ne pourraient résulter de simulations purement personnelles de ETPR, qui ne pouvait en effet s'inspirer des PMP des appels d'offres concernant des marchés de travaux précédents, dès lors qu'il est établi par le dossier, d'une part, que ces données ont été calculées sur la base de coefficients différents de ceux utilisés dans les appels d'offres en cause en l'espèce, et d'autre part que les entreprises qui participaient aux appels d'offres n'étaient pas les mêmes ; que s'il est vrai que les différents coefficients de pondération utilisés pour l'élaboration des PMP qui figurent sur les deux documents sont ceux qui ont été appliqués par EDF-GDF sous réserve d'un très faible écart concernant deux coefficients du marché des travaux groupés souterrains Mixtes, la Décision a, cependant, exactement écarté les objections des requérantes sur ce point qui ne peuvent faire état d'inexactitudes, en relevant :

- que, comme il a été dit, les critères de pondération ne sont pas transmis par EDF-GDF aux soumissionnaires, ce qui a d'ailleurs été confirmé par ETPR elle-même (point 103 de la Décision) : « Il s'agit bien là d'une simple hypothèse de travail, de réflexions, ne pouvant refléter de façon exacte la réalité, les critères de pondération des offres des candidats, n'étant pas communiqués à ces derniers par EDF [...]. 1 les critères de pondération, appliqués par EDF, ne sont pas transmis officiellement aux candidats soumissionnant aux travaux groupés. », cette explication ayant été renouvelée dans un courrier du 9 novembre 2009 : « Les critères de pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas connus des candidats soumissionnant aux travaux groupes » (cote 11173) ;

- que ETPR, nécessairement informée par les entreprises de leurs coefficients de prix, était matériellement en mesure, sur la base des coefficients de pondération de calculer les PMP à remettre par elle et ses trois concurrentes pour le marché de travaux aéro-souterrains et celui à remettre par elle et ERCTP pour l'autre marché dans des conditions optimales concernant la fixation des prix et le classement des offres ;

- que les résultats du 1^{er} et du 2^{ème} tours d'appel d'offres du marché des travaux aérosouterrains (cotes 5947 et 5948) corroborent les indications de

prix mentionnés sur le document 3235 après la mention « 1^{er} tour » et la mention « 2^{ème} groupe » qu'ETPR a corrigée en précisant qu'il s'agissait du « 2^{ème} tour » pour réfuter ensuite cette correction, mais qui sans aucun doute concerne le deuxième tour de l'appel d'offres auquel ont participé les trois entreprises citées à côté de la mention et ETPR ;

- que, ainsi que l'établit le tableau déjà évoqué (point 125 de la Décision), les PMP remis pour le 1^{er} tour de l'appel d'offres sont ceux prévus au millième arrondi pour Inéo Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour Spie Sud-Ouest et Allez et Cie ; que les PMP remis pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième arrondi sur le document 3235 ; que l'appel d'offres a conduit à l'attribution d'un lot à chacune des quatre entreprises, à savoir ETPR, Inéo Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec Spie Sud-Ouest selon les prévisions inscrites sur le document et que ces documents ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'entre elles au cours des deux tours de la négociation et faussant ainsi la concurrence sur le marché constitué par l'appel d'offres ; qu'enfin, au regard des éléments qui viennent d'être évoqués, la circonstance qu'au terme de développements précis et circonstanciés auxquels la cour se réfère expressément (points 303 à 306 de la Décision), l'Autorité a décidé de mettre hors de cause ETDE au motif que la preuve d'un échange d'informations entre ETPR et ETDE n'est pas établie à partir d'indices apparaissant en grande partie inexacts et qui n'étant pas complétés par d'autres éléments permettant qu'ils ne constituent pas un faisceau d'indices réels, graves et concordants, est sans incidence sur la caractérisation par la Décision de la pratique dénoncée à l'encontre des requérantes ; qu'en effet, la Décision retient exactement que les autres mentions des documents analysés qui mettent en évidence les PMP calculés par ETPR qui sont les prix remis par les concurrents lors des appels d'offres constituent un faisceau d'indices suffisants pour prouver l'échange d'informations entre les entreprises sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres documents saisis (extrait d'agenda) évoqués ci-dessus ; et qu'il est suffisamment démontré par les développements qui précèdent que les appréciations retenues par l'Autorité pour décider que les pratiques étaient établies à l'encontre des entreprises mises en cause, dont la société Inéo Réseaux Sud Ouest et la société Spie Sud Ouest, reposent bien sur un véritable faisceau d'indices et non, contrairement à ce qu'insinuent ces requérantes, sur l'analyse d'un seul document » (arrêt, p. 18 et s.) ;

Alors d'une part que les pratiques concertées prohibées supposent, à tout le moins, des contacts volontaires entre les entreprises concernées en vue d'adopter un comportement collectif ; qu'en déduisant la participation de la société Inéo à une entente prohibée de documents issus de notes, post-it ou autres documents émanant notamment du fils du dirigeant de la société ETPR et faisant état de réunions dont les participants n'étaient pas identifiés

(arrêt, p. 20), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Alors d'autre part que les pratiques concertées prohibées supposent, à tout le moins, des contacts volontaires entre les entreprises concernées en vue d'adopter un comportement collectif ; qu'en déduisant d'une simple liste d'entreprises participant habituellement aux appels d'offres d'EDF dans le Périgord (cote 3232) leur participation à une concertation prohibée, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Alors, enfin, qu' à défaut de preuve directe, la preuve d'une entente prohibée doit être établie par un faisceau d'indices ; qu'en déduisant d'un seul élément (cote 3235) émanant de la société Engelvin la participation de la société Inéo à une concertation prohibée, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

MOYEN D'ANNULATION

(sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Inéo Réseaux Sud Ouest en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2001 qui lui a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros ;

Alors que les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, en tant qu'elles prévoient que les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées au dommage causé à l'économie sont contraires à la Constitution en qu'elles ne satisfont pas au principe de légalité des délits et des peines ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 28 mars 2013 en application du texte susvisé ;

Alors, encore, que les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, en tant qu'elles prévoient que les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées « à la situation de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient » sans autre précision sont contraires à la Constitution en ce qu'elles ne satisfont pas aux principes d'égalité et de nécessité et de proportionnalité des peines ; que la décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution les dispositions législatives susvisées prive de fondement légal l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 28 mars 2013 en application du texte susvisé.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

(sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Inéo Réseaux Sud Ouest en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2001 qui lui a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros ;

Aux motifs que « pour déterminer si les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité à l'encontre des requérantes ont été fixées par la Décision conformément aux exigences des dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, il convient d'examiner successivement la gravité des pratiques, l'importance du dommage causé à l'économie ainsi que la situation individuelle des entreprises ; qu'en premier lieu, sur la gravité des pratiques, contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit et par des appréciations pertinentes (366 à 373 de la Décision) que la cour fait siennes, que la Décision a qualifié les pratiques en cause, et notamment les pratiques retenues au titre du grief n° 4 qui ont été mises en oeuvre à l'occasion de marchés publics d'appels d'offres, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac, particulièrement graves ; qu'en effet, que les pratiques en cause retenues au titre des griefs n° 1 et n° 4 :

- ont porté sur des marchés privés et publics d'appels d'offres ;
- ont consisté en des concertations et des échanges d'informations sur les prix Proposés par les entreprises avant le dépôt des offres ;
- en ce qui concerne le seul grief n° 4, ont également eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés ; qu'il ne peut être sérieusement contesté que de telles pratiques sont particulièrement graves par nature, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, le fondement même des appels à la concurrence résidant dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'à l'opposé, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ; qu'au surplus, s'agissant, en particulier, des appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics, tels les appels d'offres litigieux retenus au titre du grief n° 4, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac (n° 5 et 5 bis), force est de constater que, ainsi que l'observe l'Autorité (point 39), le non-respect des règles de concurrence ne garantit plus à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; que, contrairement à ce qui est soutenu, le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation ne constituent pas un facteur d'atténuation

de la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable et qu'il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché ; qu'ainsi, il convient, en l'espèce de distinguer les pratiques retenues au titre du grief n° 1 qui portent sur des marchés de travaux groupés d'une durée d'un an de celles retenues au titre du grief n° 4 qui, si elles portent sur des marchés d'appels d'offres ponctuels, résultent d'une entente de répartition des marchés mise en oeuvre pendant plusieurs mois ; que, par ailleurs, contrairement à ce qu'affirment les requérantes pour tenter de minimiser la gravité des pratiques et sans préjudice de l'appréciation du dommage causé à l'économie, ni la dimension locale des marchés litigieux, ni leur montant relativement peu élevé, ni l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients, tel EDF-GDF Services, ne peuvent justifier une pratique d'entente dans le cadre d'appels d'offres, ni remettre en question la gravité avérée des pratiques retenues à l'encontre des mises en cause ; qu'enfin, il n'est, ni contesté, ni contestable, que les entreprises mises en cause, notamment Spie Sud Ouest et Inéo Réseaux Sud Ouest, qui évoquent à plusieurs reprises, au soutien de leur recours, leur candidatures régulières aux appels d'offres, dont ceux d'EDF, sont assurément habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et que, dans ces conditions, elles ne peuvent prétendre sérieusement ignorer le caractère illicite de leurs concertations et échanges d'informations lorsqu'elles ont soumissionné aux appels d'offres litigieux ; qu'ainsi la connaissance par les entreprises mises en cause du caractère illicite des pratiques commises constitue sans nul doute, ainsi que l'a décidé l'Autorité, un facteur aggravant ; qu'en deuxième lieu, il est de principe que l'Autorité de la concurrence peut procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage causé à l'économie par chaque pratique, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques ; qu'au cas d'espèce, contrairement à ce qui est allégué par les requérantes, la Décision attaquée a, par des appréciations pertinentes (374 à 382) que la cour fait siennes, apprécié à sa juste mesure l'importance du dommage à l'économie provoqué par les ententes en cause ; qu'en effet, la Décision a exactement pris en compte :

- la circonstance que les pratiques ont été suivies d'effets, puisque, lorsqu'ils ont été attribués, les marchés visés par les griefs n° 1 et n° 4 ont tous été dévolus aux entreprises mises en cause ;
- au regard, pour les deux griefs, du montant total des marchés en cause qui s'élève à 5 030 024 HT, des éléments pertinents, résumés dans des tableaux (point de la Décision) auxquels la cour se réfère expressément, portant, selon le cas, sur la date des marchés à bons de commande ou des marchés concernés, sur les chantiers en cause, sur les maître d'ouvrage et les attributaires en cause ainsi que sur le montant total facturé pour chaque pratique ;

- les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises mises en cause (chiffre d'affaires 2003 pour le grief n° 1 et 2004 pour le grief n° 4) mis en regard de celui réalisé lors du dernier exercice connu (2009 ou 2010) dans un tableau (point 381 de la Décision) auquel la cour se réfère ; que ces éléments, tels que synthétisés dans ces tableaux, suffisent à établir que, comme elle y est astreinte pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie par les ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, l'Autorité de la concurrence qui, par ailleurs, n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie, a bien ainsi pris en compte la mise en oeuvre effective ou non des pratiques retenues, de leur durée, de la taille et de la position des entreprises concernées sur le secteur ainsi que du montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques ; que, plus généralement, que le dommage à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, les pratiques dénoncées en l'espèce affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'il s'infère également de ces constatations que l'éventuel défaut de profit retiré des pratiques anticoncurrentielle par les entreprises mise en cause voire une marge nette déficitaire ne sont pas de nature à minorer l'importance du dommage causé à l'économie ; qu' enfin, contrairement aux assertions des requérantes, la Décision a bien tenu compte de la dimension locale des marchés concernés et, en ce qui concerne les marchés retenus au titre du grief n° 1, du pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services comme facteur d'atténuation du dommage causé à l'économie ; que, cependant, et sans pour autant, ainsi que cela lui est reproché de manière inexacte, porter à nouveau, au stade de l'analyse de l'importance du dommage à l'économie, une appréciation sur la gravité des faits, la Décision était en droit de nuancer son appréciation en relevant aussitôt (point 382 de la Décision), que l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, du fait notamment du risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter de telles pratiques, constitue néanmoins, en soi, un facteur d'aggravation du dommage à l'économie ; qu'en troisième lieu, sur la situation individuelle des entreprises, que l'Autorité a, tout d'abord, exactement déterminé (points 383 à 387 de la Décision) le rôle joué dans les pratiques en cause par Spie Sud-Ouest et Inéo Réseaux Sud Ouest qui ne sont pas fondées à invoquer une circonstance atténuante au regard de leur rôle de suiveur ou de franc tireur, dès lors que ces entreprises ne démontrent pas qu'elles auraient été contraintes de participer à l'infraction ou que, alors que les marchés visés par les griefs n° 1 et 4 ayant été dévolus aux entreprises mises en cause, elles auraient adopté un comportement concurrentiel au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de la concertation ; qu'ensuite, que Inéo Réseaux Sud-Ouest et Spie Sud-Ouest reprochent à tort à l'Autorité d'avoir inexactement apprécié les conséquences de leur appartenance à un groupe

d'envergure nationale, dès lors qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 464-2 du code de commerce que, afin d'assurer le caractère à la fois proportionné et dissuasif de la sanction, il peut être tenu compte, au titre des éléments d'individualisation de la sanction, de l'appartenance de l'entreprise concernée à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante ; qu'en l'espèce, c'est ainsi à bon droit et sans encourir le grief de contradiction avec une prétendue absence d'imputabilité des pratiques poursuivies aux sociétés mères d'Inéo Réseaux Sud-Ouest et de Spie Sud-Ouest, que la Décision a relevé (point 389) que l'appartenance de ces sociétés à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction ; qu'enfin, si l'organisation de formations destinées à la sensibilisation son personnel au droit de la concurrence qui a été mise en avant par Spie Sud Ouest au titre de l'appréciation de sa situation personnelle constitue assurément, ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence dans ses observations, une démarche louable, il n'en demeure pas moins que l'instauration d'un programme de conformité pendant la phase préliminaire d'enquête ou la procédure d'instruction ne peut avoir d'impact sur la sanction de faits antérieurs à sa mise en cause ; qu'en ce qui concerne le montant des sanctions : que sur la méthode de détermination des sanctions mises en oeuvre au cas d'espèce, il est rappelé que l'Autorité de la concurrence a expliqué, dans la Décision, que, conformément à sa pratique décisionnelle récente, le chiffre d'affaires réalisé en France au cours de l'année pendant laquelle ont eu lieu les pratiques retenues à l'encontre de chacune des parties mises en cause a été retenu comme base pour déterminer le montant des sanctions, soit le chiffre d'affaires réalisé en 2003 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief n° 1 et celui réalisé en 2004 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief (point 406 de la Décision) ; que ces explications, renouvelées ensuite par l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour, suffisent à établir que, contrairement à ce que soutient Spie Sud Ouest, l'Autorité, à qui les dispositions précitées du code de commerce n'imposent pas une assiette particulière pour la détermination du montant des sanctions, n'a pas fait une application rétroactive du communiqué du 16 mai 2011 en ne se conformant pas à l'annonce faite à titre liminaire sur la non-application de ce texte dans la présente affaire ; qu'en effet, il était loisible à l'Autorité de rappeler, dans ses observations, que, s'agissant en l'espèce de pratiques anticoncurrentielles portant sur des appels d'offre ponctuels, la méthode, telle qu'elle ressort de sa pratique décisionnelle, qui a été appliquée dans le cadre de la présente affaire, demeure constante et, notamment, qu'elle n'a pas évolué lorsqu'elle a été explicitée et formalisée ensuite dans le cadre du communiqué du 16 mai 2011 ; qu'au surplus, Spie Sud Ouest a été mise en mesure de prendre connaissance et de débattre de tous les éléments utiles sur la méthode suivie pour la détermination du montant des sanctions au regard de la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité et, notamment, de la décision n° 11-D-02 précitée, qui ne peut être invoquée utilement par la requérante en

ce qui concerne le montant du chiffre d'affaires à retenir, dès lors qu'elle ne concernait pas, à la différence de la présente espèce, des appels d'offres ponctuels ; qu'il est rappelé que la Décision explique également :

- que le montant de chaque sanction a été déterminé, à partir du chiffre d'affaires qui vient d'être défini, en fonction de la gravité des pratiques retenues à l'encontre des parties ainsi que de l'importance du dommage à l'économie et qu'elle a ensuite tenu compte des éléments d'individualisation retenus (point 407) ;

- que le montant de la sanction a, le cas échéant, été écriêté afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des mises en cause ; que, compte tenu des explications ainsi données sur la méthode de détermination des sanctions et eu égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause des entreprises concernées, les moyens et justificatifs avancés par les requérantes ne sont pas de nature à conduire la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité » (arrêt, p. 31 et s.) ;

Alors, d'une part, que les sanctions pécuniaires sont proportionnées, notamment, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; que le principe d'autonomie des personnes morales impose de ne tenir compte de l'appartenance à un groupe qu'à la condition que le groupe ne soit pas étranger aux pratiques reprochées ; qu'en se bornant à affirmer que l'appartenance de la société Inéo Réseaux Sud Ouest à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction, sans expliquer pourquoi il devait être tenu compte du « groupe » pour aggraver la sanction infligée à la société Inéo Réseaux Sud Ouest, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du principe susvisé, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Alors, d'autre part, que le principe de personnalité des peines fait obstacle à ce qu'il soit tenu compte, pour fixer la sanction d'une personne morale, de la circonstance fortuite tirée de son appartenance à un groupe ; qu'en affirmant, sans autre motif, que l'appartenance de la société Inéo Réseaux Sud Ouest à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction, pour aggraver cette sanction infligée à la société Inéo Réseaux Sud Ouest, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du principe susvisé, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Alors, subsidiairement, que les sanctions pécuniaires sont proportionnées, notamment, à la situation de l'entreprise sanctionnée ; que la société Inéo Réseaux Sud Ouest faisait valoir que son chiffre d'affaires n'avait cessé de baisser depuis l'exercice 2008 que son résultat, au 31 décembre 2011, qu'elle n'avait pu porter à la connaissance de l'Autorité de la concurrence dès

lors qu'il n'était, à l'époque, pas encore connu, s'établissait à une perte de 376 522 euros, de telle sorte qu'il convenait de réduire la sanction de 551 400 euros prononcée et à laquelle elle ne pouvait faire face ; qu'en rejetant le recours de la société Inéo, laissant ainsi intacte la sanction prononcée par l'Autorité, sans consacrer aucun motif à ces écritures ni examiner les pièces comptables produites devant elle, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Spie Sud-Ouest, demanderesse au pourvoi n° S 13-16.696

PREMIER MOYEN DE CASSATION (procédure et visites domiciliaires)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société SPIE Sud-Ouest contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et condamné celle-ci au paiement d'une amende de 5.104.800 € ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L. 450-4 du code de commerce dans sa rédaction résultant de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après la "loi NRE") en vigueur au moment des opérations de visite et saisie en cause, "[l]e déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où les opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif" ; que l'article L. 450-4 modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dispose désormais : "Le déroulement des opérations de visite et saisie peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé ces dernières, suivant les règles prévues par le code de procédure pénale. Le ministère public, la personne à l'encontre de laquelle a été prise l'ordonnance mentionnée au premier alinéa et les personnes mises en cause au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations peuvent former ce recours. Ce dernier est formalisé par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire, ou, pour les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause, à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le recours n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Les pièces saisies sont conservées jusqu'à ce qu'une décision soit devenue définitive." ; qu'enfin, il résulte des dispositions transitoires instituées par l'alinéa 2 de l'article 5 IV de l'ordonnance

n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence que "Si l'autorisation de visite et saisie n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation ou si cette autorisation a fait l'objet d'un pourvoi en cassation ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l'autorisation est ouvert devant la cour d'appel de Paris saisie dans le cadre de l'article L. 464-8 du code de commerce" ; qu' à titre liminaire, il est rappelé qu'alors que la société Spie Sud Ouest et la société Inéo Réseaux Sud Ouest avaient, en même temps que leur recours en annulation et en réformation contre la Décision, introduit devant le magistrat délégué le recours spécial en contestation de la légalité de l'ordonnance d'autorisation de 2005 prévu par les dispositions transitoires de l'article 5-IV-2 de l'ordonnance n° 2008-1161, la société Spie Sud Ouest s'est finalement désistée de son recours et que, par ordonnance du 6 novembre 2012 du magistrat délégué, la société Inéo Réseaux Sud Ouest a été déboutée de sa demande d'annulation de l'ordonnance ; que la société Spie Sud Ouest soutient également que l'utilisation par l'Autorité des pièces saisies, dites "pièces Engelvin" et "pièces Larren", dans le cadre des griefs n° 1 et 4, emporte l'irrégularité de la procédure suivie devant l'Autorité et, partant, doit conduire à l'annulation de la Décision ; que la requérante expose que l'Autorité a estimé qu'elle pouvait caractériser sa participation aux pratiques anticoncurrentielles visées par les griefs n° 1 et 4 en se fondant exclusivement sur les documents saisis - « les pièces Engelvin » et « les pièces Larren » - ainsi que des "éléments subséquents" réunis à partir de ces derniers par les services d'instruction, alors pourtant que ces documents ont été obtenus dans des conditions déloyales au regard des exigences de l'article 9 du code de procédure civile et en violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) dès lors qu'elle ne bénéficiait pas en vertu de l'article L. 450-4 du code de commerce, dans sa rédaction alors applicable, qui était contraire à l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH, d'un recours juridictionnel effectif porté devant un tribunal impartial contre les conditions de leur déroulement ; que la requérante observe, d'une part que cette violation de la CEDH ne peut être regardée comme ayant été « régularisée » par les dispositions, non rétroactives, de l'ordonnance du 13 novembre 2008 et de la loi du 12 mai 2009 qui ne lui permettaient pas de discuter utilement des conditions de déroulement des opérations de visite et saisie chez des tiers et, d'autre part, que cette violation est d'autant plus grave qu'elle n'a pas été mise en mesure de contester utilement l'irrégularité des saisies, intervenues en dehors de l'objet de l'enquête tel que défini par l'ordonnance d'autorisation de 2005 ; que la requérante souligne aussi que si des pièces ne se situant pas dans le champ de l'enquête pouvaient, malgré tout, être saisies, elles devaient, à tout le moins, ne pas être étrangères à l'autorisation de visite et saisie et devaient être considérées, au moins pour partie, comme utiles à la preuve des pratiques suspectées, conditions qui ne sont pas réunies au cas d'espèce, faute de répondre au critère de connexité ; que, dès lors, Spie Sud Ouest reproche à l'Autorité d'avoir porté une atteinte personnelle, effective

et irrémédiable à ses droits en se fondant sur ces pièces et sur les éléments subséquents pour caractériser les pratiques qui lui ont, à tort, été imputées au titre des griefs n° 1 et n° 4 et, partant, lui infliger une sanction d'un montant particulièrement élevé ; qu'en tout état de cause, la requérante fait valoir qu'à les supposer régulièrement saisies, les "pièces Engelvin" et les "pièces Larren" ne pouvaient de toute façon être utilisées au soutien des griefs n° 1 et n° 4, dès lors qu'elles étaient hors du champ de l'enquête tel que défini par l'ordonnance et que l'Autorité lui oppose à tort, notamment, que cette question serait en réalité une question liée à la régularité du déroulement des opérations de visites et saisies sur laquelle elle ne serait pas compétente pour se prononcer et qu'en vertu du principe de saisie in rem, l'instruction aurait été « circonscrite aux faits visés par la saisine du ministre » ; qu'en effet, le principe de saisie in rem, invoqué par la Décision, ne permet pas à l'Autorité d'utiliser des pièces saisies pour qualifier des griefs en dehors du champ de l'ordonnance, peu important que les marchés relevant des griefs n° 1 et 4 s'inscrivaient bien dans le périmètre de la saisine du Ministre de l'Economie, dès lors que les pièces précitées ont été saisies hors du champ de l'ordonnance d'autorisation de 2005 » (...)

QU'il suffit (cependant) de relever, ainsi que le fait la Décision (point 244), que les entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 pour celles ayant fait l'objet d'une visite, ou à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard de la notification des griefs pour celles n'ayant pas fait l'objet d'une visite mais mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies ; que force est de constater que seule la Société Languedocienne d'Aménagements (SLA) a formé un tel recours le 15 décembre 2005, à la suite duquel, par ordonnance du 25 avril 2006, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez a prononcé la nullité des opérations de visite et saisie effectuées dans ses locaux de la SLA en raison de la participation d'un enquêteur irrégulièrement désigné et a ordonné la restitution des pièces ainsi saisies ; que surtout, les entreprises mises en cause par les pièces saisies mais n'ayant pas fait l'objet des opérations de visite et saisie dont s'agit, telles les requérantes, qui, alors qu'elles pouvaient introduire un recours devant le premier président de la cour d'appel de Montpellier pour contester le déroulement de ces opérations dans un délai de dix jours à compter de la notification des griefs en application de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et par la loi du 12 mai 2009, dont les dispositions répondent assurément aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH sur l'exercice d'un recours effectif devant un tribunal impartial, se sont cependant abstenues de former ce recours ; que dès lors, quelle que soit l'appréciation portée par les requérantes sur la

conformité à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) des dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce en vigueur au moment des opérations de visite et saisie réalisées en vertu de l'ordonnance d'autorisation de 2005, Spie Sud Ouest, Inéo Réseaux Sud Ouest et Allez et Cie n'étaient pas en droit de contester devant l'Autorité le caractère loyal des pièces les mettant en cause qui avaient été saisies le 20 octobre 2005 chez un tiers, au motif, notamment, que ces pièces se trouvaient en dehors du champ de l'ordonnance d'autorisation 2005 ; qu'en effet, ces questions relèvent exclusivement du contentieux du déroulement des opérations de visite et de saisie, qui n'entre pas dans les attributions de l'Autorité de la concurrence, ni, a fortiori, de celles de cette cour dans le cadre de l'examen du recours au fond dont elle est actuellement saisie contre sa Décision ; qu'en revanche SPIE Sud Ouest, Inéo Réseaux Sud ouest, Allez et Cie n'en restaient pas moins en mesure de discuter, ainsi qu'elles l'ont d'ailleurs fait, tant dans leurs observations écrites produites auprès des services d'instruction en réponse à la notification des griefs et au rapport que lors de la séance devant le collège de l'Autorité et désormais devant la cour, la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre des opérations de visite et de saisie qui leur sont opposées, ce qui relève du débat de fond sur l'examen des pratiques auquel il sera procédé ci-après ; qu'au surplus, il suffit de relever qu'alors que les faits visés par la saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 portaient sur des pratiques observées dans le "secteur des travaux d'électrification dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes" que, ainsi que le relève l'Autorité dans ses observations, l'ordonnance du 7 octobre 2005 qui indiquait que des visites et saisies pouvaient être effectuées dans les locaux de onze entreprises "afin de rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevées dans le secteur de l'électrification rurale" n'excluait pas ainsi les marchés passés par EDF-GDF Services, en limitant pas le champ des investigations aux seuls marchés publics passés par les collectivités locales et leurs regroupements ; que les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure seront rejetés ;

1°) ALORS QUE lorsqu'elle est visée par une ordonnance d'autorisation de visite et saisie, une entreprise devait, à peine de forclusion sous l'empire de l'article L. 450-4 du code de commerce alors applicable, exercer son recours contre le déroulement de l'ensemble des opérations menées sur la base de la même ordonnance dans ses locaux et ceux d'entreprises tierces dans un délai de deux mois courant non pas à compter du jour où elle a connaissance du contenu des pièces saisies dans d'autres entreprises qui lui sont opposées mais à compter du jour de la notification de l'ordonnance d'autorisation, soit le jour de la visite dans ses propres locaux ; que si les dispositions transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008 ont institué de nouvelles possibilités de recours contre les ordonnance d'autorisation de

visite, elle n'a conféré aucune voie de recours nouvelle aux entreprises visitées et forcloses à contester le déroulement des opérations de visite et saisie réalisées dans les locaux d'entreprises tierces ; qu'en affirmant que les « entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 ou à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard de la notification des griefs pour celles n'ayant pas fait l'objet d'une visite mais mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies » quand la société SPIE Sud-Ouest était forclose à contester utilement, lorsqu'elle a eu connaissance du contenu des pièces qui lui ont été opposées seulement après la notification des griefs, le déroulement des opérations réalisées dans d'autres entreprises sur la base de la même ordonnance du juge des libertés et de la détention, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ensemble l'article L. 450-4 ancien du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le juge qui tranche une contestation portant sur le déroulement d'une opération de visite et saisie vérifie la régularité de ces opérations en se référant au procès-verbal, à l'inventaire et aux réserves effectuées par l'occupant des lieux ; qu'en se bornant à affirmer que les « entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 » quand ce recours ne permettait pas à la société SPIE Sud-Ouest de contester utilement le déroulement des opérations réalisées chez une autre entreprise visitée sur la base de la même ordonnance du juge des libertés et de la détention dans la mesure où elle n'avait pas accès aux procès-verbaux et inventaires des pièces saisies chez cette dernière pendant le délai pendant lequel elle pouvait théoriquement introduire ce recours, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir que la société SPIE Sud-Ouest avait bénéficié d'un recours effectif contre les saisies de pièces pratiquées chez ses concurrents Engelvin et Larren, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 8 de la CEDH ;

3°) ALORS QUE ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité du tribunal le recours contestant le déroulement d'une mesure exercée devant le même juge que celui qui l'a autorisée ; qu'en se bornant à affirmer que les entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si ce recours, alors en vigueur, contre le déroulement des opérations de visite et saisie devant le juge ayant autorisé la mesure présentait des garanties

d'impartialité suffisantes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 8 de la CEDH ;

4°) ALORS QUE seules les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause au moyen de pièces saisies chez des tiers peuvent, aux termes de l'article L. 450-4 du code de commerce modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et la loi du 12 mai 2009, former un recours contre le déroulement de ces opérations par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard, à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2 du code de commerce ; qu'en reprochant à la société SPIE Sud-Ouest de ne pas avoir introduit un recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie pratiquées dans les locaux des sociétés Engelvin et Larren dans un délai de 10 jours suivant la notification des griefs du 5 août 2009, quand la société SPIE Sud-Ouest avait, elle aussi, été visitée en vertu de la même ordonnance d'autorisation de visite et saisie du 7 octobre 2005, la cour d'appel a violé l'article L. 450-4 du code de commerce nouveau, ensemble les articles 6 et 8 de la CEDH ;

5°) ALORS QUE le recours en contestation d'une visite domiciliaire prévu par l'article L. 450-4 du code de commerce modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et la loi du 12 mai 2009 ne répond aux exigences de la CEDH tenant à la possibilité pour l'intéressé de bénéficier d'un recours effectif que si ce recours intervient dans un délai raisonnable proche ou concomitant à la visite ; qu'en affirmant au contraire péremptoirement que les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce, telles que modifiées par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et la loi du 12 mai 2009, répondent assurément aux exigences de l'article 6 de la CEDH sur l'exercice d'un recours effectif devant un tribunal impartial, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la CEDH ;

6°) ALORS QU'un recours en contestation d'une visite domiciliaire ne répond aux exigences de la CEDH tenant à la possibilité pour l'intéressé de bénéficier d'un recours effectif que si ce recours intervient dans un délai raisonnable proche ou concomitant à la visite de manière à permettre un redressement approprié de la situation ; qu'un recours contre le déroulement des opérations de visite pratiquées en 2005 chez un tiers exercé postérieurement à la notification des griefs du 5 août 2009 n'offre pas un redressement approprié ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la CEDH ;

7°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE la production d'un élément de preuve déloyal ou illicite est irrecevable pour démontrer l'existence d'une entente ; qu'il en résulte que l'existence de recours parallèles permettant de contester la validité de visites domiciliaires ne dispense pas le juge du fond

de vérifier, lorsqu'elle est contestée, la recevabilité des preuves justifiant une décision de condamnation ; qu'en affirmant au contraire que l'appréciation de la loyauté des pièces saisies au cours d'une visite domiciliaire et versées devant l'Autorité de la concurrence relève du seul contentieux du déroulement des opérations de visite et de saisie et n'entre pas dans les attributions de l'Autorité de la concurrence, ni a fortiori de celles de la cour d'appel de Paris statuant dans le cadre de l'examen d'un recours au fond contre une décision de l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce, ensemble les articles 9 du code de procédure civile, 6 de la CEDH et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

8°) ALORS QUE la modification de l'objet de l'enquête après les visites et saisies et l'utilisation des pièces saisies à des fins différentes de celles pour lesquelles la visite avait été autorisée par le juge des libertés et de la détention constitue un procédé déloyal rendant les pièces saisies irrecevables à titre de preuve si bien qu'en s'abstenant de vérifier, comme elle y avait été invitée, si l'Autorité de la concurrence n'avait pas utilisé des pièces saisies à des fins différentes de celles ayant justifié la visite, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 6 et 8 de la CEDH.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (Pratiques et contrats EDF)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société SPIE Sud-ouest contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce et condamné celle-ci au paiement d'une amende de 5.104.800 € ;

AUX MOTIFS QU'ainsi que le rappelle l'Autorité (points 271 à 274), en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ; que ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant mais que de simples échanges d'informations portant sur l'existence de concurrents, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou encore les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ; que, sur le standard de preuve applicable en matière

d'entente, il suffit de rappeler, ainsi que le fait la Décision (points 272 à 274) :

- que la preuve de l'existence de telles pratiques peut résulter, soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de plusieurs documents ou déclarations, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ;
- que la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel suffit à démontrer son adhésion à une entente ;
- qu'un échange d'informations peut être prouvé à partir de documents internes à une entreprise et qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, étant opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants ;
- que la preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres ;

QU'en ce qui concerne les pratiques concertées lors des deux marchés passés en 2003 par EDF-GDF Services en Dordogne (grief n° 1), ce grief recouvre deux appels d'offres de travaux groupés d'une durée de 12 mois pour des travaux débutant au 1^{er} février 2004, le premier est relatif au marché de travaux aéro-souterrains, divisé en quatre lots avec une date limite de réception des offres fixée au 7 novembre 2003, le second a trait à un marché de travaux souterrains mixtes, divisé en trois lots avec une date limite de réception des offres également fixée au 7 novembre 2003 ; que les candidats ont remis leurs offres entre le 5 et le 7 novembre 2003, à la seule exception d'ETDE qui a fait parvenir son offre le 4 novembre 2003 ; qu'il est rappelé qu'il ressort du dossier (points 100 à 110 de la Décision) - que la plate-forme d'achats EDF-GDF Services à Mérignac a passé deux marchés pour des travaux groupés de réseaux publics d'électricité du 1^{er} février 2004 au 31 janvier 2005 pour le centre EDF-GDF Services Périgord à Périgueux en Dordogne, que le premier marché, divisé en quatre lots, concernait des travaux aéro-souterrains alors que le deuxième marché, divisé en trois lots, portait sur des travaux souterrains mixtes (gaz et électricité) ; - que les marchés de travaux groupés sont ceux dont la localisation et le montant ne sont pas connus à l'avance mais estimés globalement à l'année ; que ces marchés sont passés sur la base de coefficients de prix, que les entreprises reportent sur le bordereau de prix, fourni par EDF ; que les entreprises soumissionnaires fournissent des coefficients ou prix du point exprimés en euros HT ; que les entreprises doivent scinder leur proposition tarifaire en sous-familles de prix, nommées notamment : X, Y, Z et W qui correspondent respectivement aux travaux en " tranchée", matériaux de remblai, réfection bitumineux et sable en distinguant un X gaz et un X électricité pour les souterrains mixtes ; que EDF-GDF pondère ces coefficients pour choisir

l'entreprise attributaire du marché ; que les critères de pondération, appliqués par EDF-GDF, ne sont pas transmis aux candidats soumissionnant aux travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes ; que la date limite de remise des offres pour les deux marchés était fixée au 7 novembre 2003 ; que pour le marché de travaux groupés aéro-souterrains : EDF-GDF Services a reçu huit offres des entreprises soumissionnaires qui ont déposé comme suit leurs offres entre le 4 novembre et le 7 novembre 2003 ; Allez et Cie /STETC : 5 novembre 2003 ; Cana-Elec : 7 novembre 2003 ; Darlavoix : 6 novembre 2003 ; ETDE : 4 novembre 2003 ; AMEC SPIE Sud-Ouest : 5 novembre 2003 ; Ceras : 6 novembre 2003 ; ETPR : 6 novembre 2003 ; Inéo Réseaux Sud-Ouest : 7 novembre 2003 ; que les entreprises ayant été retenues pour les quatre lots de l'appel d'offres sont : ETPR 437 915, (Montant réalisé pour un montant contracté : 330 000 € HT) ; Inéo Réseaux Sud-Ouest 623 528 (Montant réalisé pour un montant contracté : 330 000 € HT) ; AMEC SPIE Sud-Ouest 601 484 (Montant réalisé pour un montant contracté : 320 000 € HT) ; Allez et Cie 352 638 (Montant réalisé pour un montant contracté : 310 000 € HT) ; que pour le marché de travaux groupes souterrains mixtes : EDF-GDF Services a reçu neuf offres entre le 5 novembre 2003 et le 7 novembre 2003 : Allez et Cie : 5 novembre 2003 ; Ceras : 6 novembre 2003 ; AMEC SPIE Sud-Ouest : 5 novembre 2003 ; Groupement Doche/Mainguy : 6 novembre 2003 ; ETPR : 6 novembre 2003 ; ERCTP : 7 novembre 2003, étant précisé que, spécialisée dans les canalisations, cette entreprise n'a été sélectionnée par EDF-GDF que pour cet appel d'offres et étant classée quatrième sur neuf entreprises soumissionnaires, derrière ETPR, STETC et Inéo Réseaux Sud-Ouest, elle n'a pas été retenue pour le tour des négociations ; Inéo Réseaux Sud-Ouest : 7 novembre 2003 ; PGC : 6 novembre 2003 ; STETC : 6 novembre 2003 ; que les entreprises attributaires sont : Inéo Réseaux Sud-Ouest : montant réalisé de 668 714 pour un montant contracté de 220 000 € HT ; ETPR : montant réalisé de 246 768 pour un montant contracté de 200 000 € HT ; STETC : montant réalisé de 177 615 pour un montant contracté de 180 000 HT ; qu'ainsi, sept contrats ont été signés avec EDF-GDF Services entre le 6 janvier 2004 et le 21 janvier 2004 (...)

QUE la société SPIE Sud Ouest poursuit également l'annulation de la Décision déférée en ce qu'elle a décidé que le grief n° 1 était établi à son encontre alors, d'une part, que la spécificité des procédures en cause en l'espèce interdit une entente par répartition de marchés et, d'autre part, que les éléments sur lesquels l'Autorité s'est fondée pour établir une concertation, non seulement ne respectent pas les exigences découlant du standard de preuve en matière d'entente, mais encore ne permettent pas, en tout état de cause, de conclure à la participation de SPIE Sud Ouest aux pratiques sanctionnées ; que, comme Inéo Réseaux Sud Ouest, la requérante affirme ainsi, en premier lieu, que les particularités de la procédure de passation des

marchés EDF rendait impossible toute pratique de répartition anticipée de leurs lots entre les soumissionnaires dès lors que, dans le cadre de cette procédure, les documents de consultation pour les marchés en cause sont directement transmis par la plate-forme EDF à un certain nombre d'entreprises qu'elle sélectionne, sans qu'un appel d'offres spécifique soit publié et qu'au surplus, s'agissant de marchés annuels, les entreprises consultées sont généralement les mêmes d'une année sur l'autre ; que la requérante prétend, en second lieu, qu'en toute hypothèse, les éléments utilisés par l'Autorité ne permettent pas de caractériser l'existence d'une concertation à laquelle elle aurait participé, dès lors que les mentions la concernant qui figurent sur deux documents et qui sont retenus comme des indices peuvent avoir une autre explication, notamment une réflexion de la société ETPR relative à la situation concurrentielle à laquelle elle risquait d'être confrontée dans le cadre de ce marché, ce que cette société a d'ailleurs elle-même confirmé ; que, selon SPIE Sud-Ouest, la mention de son nom ne peut en effet être regardée comme probante, dès lors que les noms qui figurent sur les listes d'entreprises mises en exergue par la Décision correspondent seulement aux entreprises habituellement consultées par cette entreprise dans le cadre de la passation de marchés précédents, ce qui était son cas : en effet, EDF consultant presque systématiquement les mêmes entreprises d'une année sur l'autre, il était ainsi aisé, pour toute entreprise déjà consultée, d'identifier les principaux concurrents auxquels elle allait être confrontée en recensant, notamment, les entreprises qui se trouvaient dans le même cas et qui avaient, le cas échéant été attributaires d'un lot dans le cadre d'un précédent marché d'EDF ; que SPIE Sud Ouest affirme aussi que les éléments chiffrés figurant sur ces documents ne démontrent pas davantage sa participation à la pratique qui lui est imputée ; qu'en effet, selon la requérante, l'Autorité retient à tort l'existence d'un échange d'informations l'impliquant en raison du fait que les PMP figurant sur les deux documents précités et calculés par ETPR à partir des coefficients de pondération dont elle disposait étaient « presque identiques aux prix auxquels les lots de ces marchés ont été attribués » (point 289), la « proximité » entre les PMP calculés par ETPR et ceux effectivement constatés en ce qui la concerne démontrant l'échange d'informations ; que la Décision ignore ainsi tant les différences entre les PMP cotés et les PMP effectivement déposés que les conditions d'attribution de ces marchés, qui auraient pu conduire à ce que SPIE Sud Ouest ne soit attributaire d'aucun lot ; qu'en tout état de cause, selon la requérante, aucune conclusion ne peut être tirée du document coté 3232 et que le seul indice constitué par les informations chiffrées qui figurent dans le document coté 3235 n'est pas plus probant, dès lors que les chiffres associés à son nom dans ce document présentent des écarts avec les offres qui ont été formulées dans le cadre des marchés de travaux groupés ; que SPIE Sud Ouest relève que ces éléments chiffrés peuvent trouver leur origine dans des simulations réalisées par ETPR sur la base d'informations dont elle disposait par ailleurs, le mode de passation des marchés en cause ainsi que la

pratique habituelle d'EDF en la matière révélant que, contrairement à ce qu'affirme l'Autorité, le donneur d'ordre communiquait bien des informations aux candidats, pendant et après la procédure de passation des marchés considérés ; qu'elle fait ainsi valoir : - que la parfaite connaissance dont disposait ETPR des coefficients de pondération utilisés pour simuler les offres des entreprises qui seraient probablement candidates qui constituent des informations confidentielles connues d'EDF seule, confirment, en tant que de besoin, que ETPR ne pouvait détenir ces informations que d'EDF elle-même ; que les informations relatives aux attributaires des marchés EDF, ainsi qu'aux prix retenus, étaient généralement rendues disponibles après l'attribution des lots, notamment au sein des locaux d'EDF, ce qui permettait ainsi aux entreprises concernées, par déduction, de réaliser des simulations à propos des offres qu'elles pourraient formuler au titre des futurs marchés, ce que confirme le document coté 3232 : ses éléments chiffrés confortent le fait qu'ETPR était en mesure de simuler les coefficients que ses concurrents étaient susceptibles de proposer en se basant sur ses propres offres et sur les résultats des appels d'offres précédents ; que la comptabilité analytique de SPIE Sud Ouest concernant les marchés réalisés pour le compte d'EDF et du SDE en Dordogne révèle que ces deux marchés ont conduit à une activité déficitaire, ce qui démontre, s'il en était besoin, que SPIE Sud Ouest ne peut avoir participé à une entente qui aurait conduit à l'application de prix supra-concurrentiels, puisque les prix pratiqués par ses soins dans le cadre de ces marchés ne lui auront pas même permis de couvrir ses coûts ;

QUE c'est (cependant) par des appréciations pertinentes, (points 111 à 135 et points 278 à 298 et 308 de la Décision) que la cour fait siennes, que la Décision retient que, ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie et Amec SPIE Sud-Ouest (devenue SPIE Sud-Ouest) d'une part, et ETPR et ERCTP, d'autre part se sont entendues sur leurs prix préalablement à la passation des marchés de travaux groupés aéro-souterrains pour les quatre premières et de travaux groupés souterrains mixtes pour les deux dernières et qu'elles ont ainsi obtenu l'attribution des lots du premier marché en éliminant toute concurrence entre elles ; que contrairement à ce qui est soutenu, la preuve de l'existence de l'entente visée par le grief n° 1 résulte bien de l'existence d'un faisceau d'indices graves précis et concordants, peu important, au regard des principes ci-dessus susrappelés régissant la preuve des pratiques anticoncurrentielles poursuivies au cas d'espèce, que chacun des éléments pris isolément n'ait pas un caractère suffisamment probant ; qu'en effet la Décision a exactement identifié plusieurs indices reposant sur les mentions et les énonciations de documents saisis chez ETPR et qui sont constitués principalement par deux notes de M. Vincent Z..., directeur général : - la première note (cote 3232) est datée du 5 novembre 2003, soit deux jours avant la date limite de remise des offres ; y figurent le nom d'un certain nombre d'entreprises, des calculs de coefficients ainsi que les mentions

« Gpt Avec ETDE - Sout Mixte - Sous Traitant [...] ETDE répond en couverture sur aérosouterrain + mixte » ; - la seconde note (cote 3235) n'est pas datée et comprend les indications « I » et « II » avec le nom des mêmes entreprises ; qu'en outre : - un document saisi extrait de l'agenda du dirigeant M. Michel Z... (cote 3540) mentionne, à la date du 5 novembre 2003 : « RDV TG 24 Boulazac à 14h30 » ; - sur un carnet de notes de son fils, M. Vincent Z..., il est également indiqué : « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » (cote 3220) ; - un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet de M. Vincent Z... ; qu'il ressort des mentions de la note cotée 3232 (reproduite au point 113 de la Décision), exactement analysées par l'Autorité, que ETPR, qui envisageait de se grouper avec ETDE pour les travaux souterrains mixtes, voire d'être en sous-traitance avec cette dernière, laisse entendre que sa partenaire a répondu en « couverture » sur les deux marchés de travaux groupés aérosouterrains et souterrains mixtes ; que la Décision relève, à cet égard, que ETDE avait déposé une offre le 4 novembre 2003 pour le marché de travaux aéro-souterrains dont le prix trop élevé l'a exclue de la phase de négociation ; qu'en effet, le prix moyen pondéré (ci-après le « PMP ») des coefficients de prix remis par ETDE s'élève à 0,1766 contre 0,1703 pour ETPR, soit 3,69 % plus cher (cote 5948) ; que, s'agissant de la pondération des coefficients de prix, ETPR a confirmé, par courrier du 29 avril 2011, que, « au moment du dépôt de leurs offres, les entreprises ne sont donc pas en mesure de connaître de façon précise la pondération attachée à leurs offres » (cote 15236) ; que la note cotée 3235 (point 113 de la Décision) mentionne, comme la note cotée 3232, des coefficients de pondération qui ont été utilisés par ETPR pour élaborer ses PMP et ceux de ses concurrentes, tant pour le marché des travaux aéro-souterrains que pour celui des travaux souterrains mixtes en fonction des coefficients de prix que les concurrentes ont dû lui communiquer ; que la Décision relève à juste titre : - que le très faible écart portant sur la répartition pour le marché de travaux souterrains mixtes sur les coefficients X gaz et X électricité, dont le montant cumulé s'avère identique à 55 %, entre les sous-pondérations du X gaz et du X électricité (0,25 % pour chacun des deux coefficients) ne modifie en rien les résultats obtenus sur les PMP de ce marché ; que, selon ETPR elle-même (cote 11183), le document non daté coté 3235 présente les deux marchés de travaux groupes aéro-souterrains « I » et souterrains mixtes « II » et qu'il comprend des noms d'entreprises et des coefficients ; que s'agissant du marché de travaux aéro-souterrains, il y a lieu de relever qu'ETPR prévoyait de ne pas descendre au-dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle s'est effectivement tenue en obtenant le premier lot avec un PMP de 0,1708 au 1^{er} tour puis 0,1703 après négociation (cote 5948) ; - que, de plus, la mention d'un PMP de 0,173 euro lors du 1^{er} tour de l'appel d'offres de travaux aéro-souterrains alors qu'ETPR a remis dans son acte d'engagement du 6 novembre 2003 un PMP différent 0,1708 confirme que la date du document coté 3235 se situe avant la remise des offres le 7 novembre 2004 ; - qu'il en va de même de l'indication « Voir », qui

évoque une prévision, dans la mention : « TG mixte => Voir ERCT pour Px => 0,180 Pondere 2004 » : que cela permet également de dater le document coté 3235 avant la remise des offres, puisqu'il s'agissait d'approcher cette concurrente pour qu'elle fixe son PMP à 0,180, ce qu'elle a effectivement fait en remettant des coefficients X électricité, X gaz, Y, Z et W de telle façon que son PMP soit calculé par EDF-GDF à 0,1803, soit 0,180 arrondi au millième ; que, de plus, s'agissant de la liste d'entreprises accompagnées de leur PMP « Inéo 0,174 ⇔ 0,171, SPIE 0,175 ⇔ 0,172, ALLEZ 0,175 ⇔ 0,172 » (Cote 3235), suivant la mention « 2^{ème} » après la mention « 1^o tour », ETPR a indiqué par courrier du 9 novembre 2009 que « 2^{ème} » signifiait « 2^{ème} tour » (cote 11184) et que, si cette observation a ensuite été réfutée par courrier du 29 avril 2011, la mention « 2^{ème} Groupe » a été maintenue (cote 15226) ; que la Décision constate également à juste titre, qu'en tout état de cause, les résultats des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres de travaux aérosouterrains corroborantes indications de prix (Cotes 5947 et 5948), particulièrement en ce qui concerne le tour après négociation qui a conduit à l'attribution d'un lot aux quatre sociétés mises en exergue, à savoir ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec Spie Sud-Ouest ; que la Décision se réfère ainsi utilement : à un tableau (point 125 de la Décision) permettant, en ce qui concerne le 1^{er} tour et le 2^{ème} tour, pour les quatre entreprises concernées - ETPR, INÉO, SPIE, ALLEZ - une comparaison entre, d'une part, les PMP mentionnés sur la note 3225 et, d'autre part, les PMP effectifs, qui démontre que, pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième (arrondi) par la note cotée 3235 saisie chez ETPR, étant observé que, pour le 1^{er} tour, les PMP sont vérifiés au millième (arrondi) pour Inéo Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour SPIE Sud-Ouest et Allez et Cie ; à un tableau (point 127 de la Décision) qui met en évidence que les PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours du marché, des travaux groupés aéro-souterrains relevés sur la note 3235 diffèrent de ceux remis lors des appels d'offres précédents du 1^{er} février 2002 au 31 janvier 2003, puis du 1^{er} février 2003 au 31 janvier 2004 (cotes 15950, 15955, 15960 et 15965) : à la différence de l'appel d'offres en cause dans la présente affaire, les PMP des deux marchés précédents de travaux aérosouterrains ont été calculés en prenant en compte les coefficients principaux de la série S 1000, X, Y Z, W, mais aussi ceux B5000Mat et B5000MO et, qu'en outre, Allez et Cie n'était pas soumissionnaire à ce dernier appel d'offres ; que la Décision observe exactement que ces PMP des deux marchés précédents n'ont pu inspirer le PMP d'ERCTP prévu par ETPR pour le marché de travaux groupés souterrains mixtes 2003/2004 ; qu'il est constant, par ailleurs, qu'une réunion était anticipée dès le 16 octobre 2003 ainsi que cela ressort de l'indication « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » figurant dans un carnet de notes du fils du dirigeant d'ETPR (cote 3220) ; qu'il ressort précisément de l'agenda du dirigeant d'ETPR, M. Michel Z..., à la date du 5 novembre 2003, la mention ; « 14h30 RDV TG 24 BOULAZAC » (cote 3540), le terme TG 24 correspondant à « travaux groupés » et « 24 » au département de la Dordogne ; qu'ainsi, le principe

d'une réunion était arrêté à la date du 5 novembre 2003, dans la commune de Boulazac, mais sans indication des participants ; qu'enfin, un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet du fils du dirigeant d'ETPR ; que les éléments ci-dessus analysés doivent être rapprochés du fait : - que ETPR, Allez et Cie, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Amec SPIE Sud-Ouest ont, chacune, obtenu un des quatre lots attribués pour les travaux groupés aéro-souterrains ; - que, de même, ETPR a obtenu un des trois lots attribués pour les travaux groupés souterrains mixtes, son offre ayant été meilleure que celle remise par ERCTP ; qu'il est vrai que, dans le cadre de la procédure particulière de passation des marchés à bons de commande d'EDF-GDF dont les montants sont inférieurs au seuil communautaire pour les marchés de travaux les entreprises doivent scinder leur proposition tarifaire en sous-familles de prix et, après pondération de ces coefficients que EDF-GDF pour choisir l'entreprise attributaire du marché, des échanges entre l'acheteur et les soumissionnaires interviennent pendant une période qui débute lors de la remise des offres et qui se prolonge par différents tours de négociation, afin de finaliser l'obtention par EDF-GDF d'un prix conforme à ses souhaits ; que cependant, contrairement à ce qui est soutenu, le pouvoir de négociation d'EDF-GDF ne rend pas en soi matériellement impossible ou, à tout le moins, ne prive pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots entre elles, dès lors, d'une part, que les critères de pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas transmis aux candidats soumissionnant aux travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes ainsi que l'égalité de traitement et, d'autre part, que la négociation n'intervient qu'après la remise des offres ; les documents cotés 3232 et 3235 saisis chez ETPR contiennent ainsi les indices essentiels de l'existence d'un échange d'informations concernant les deux marchés de travaux groupés, aéro-souterrains et souterrains mixtes, entre les entreprises qui ont participé à cet échange dont ETPR a été le maître d'oeuvre et ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'elles au cours des deux tours de la négociation ; qu'en outre, ces deux documents ont bien été conçus par ETPR avant la date de remise des offres fixée au 7 novembre 2003, dès lors que le premier document coté 3232 est daté du 5 novembre 2003 et que, si le second document coté 3235 n'est pas daté, en revanche, l'analyse de son contenu et le rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, notamment avec le résultat des appels d'offres, démontrent qu'il a été établi avant la remise des offres ; qu'en effet, la mention d'un PMP de 0,173 lors du 1^{er} tour d'appel d'offres du marché de travaux aéro-souterrains, alors qu'ETPR remettra dans son acte d'engagement un prix différent, est une première indication de l'antériorité du document ; que les mentions par lesquelles ETPR prévoyait, d'une part, de ne pas descendre au-dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle

s'est effectivement tenue, et, d'autre part, d'approcher une de ses concurrentes pour qu'elle fixe son PMP à 0,180 selon la mention « TG mixte => Voir ERCT pour Px \geq 0,180 Pondere 2004 », ce qui a été effectivement fait, sont deux autres indications de l'antériorité du document; que, d'ailleurs, par courrier du 29 avril 2011, ETPR a elle-même entériné le fait que ce document coté 3235 avait précédé la remise de son offre : « L'indication "TG mixte > Voir ERCT" renvoie simplement à l'idée que Monsieur Vincent Z... souhaitait solliciter l'entreprise ERCT afin qu'elle lui fournisse un devis pour la réalisation de l'étude des travaux souterrain mixte. » (cote 15229) : que l'échange d'informations entre ETPR et ainsi l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre sont suffisamment révélés par les mentions relatives aux PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres concernant le marché des travaux aéro-souterrains et des PMP de l'appel d'offres concernant le marché des travaux groupés souterrains mixtes, les prix étant presque identiques aux prix auxquels les lots de ces marchés ont été attribués aux entreprises mises en cause ; que, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, ETPR ne peut avoir eu connaissance des PMP par le donneur d'ordre avant la remise des soumissions, dès lors : - que ces offres de prix se sont échelonnées dans un délai très court, entre le 5 et le 7 novembre 2003, soit trois jours, étant précisé que Inéo Réseaux Sud-Ouest et ERCTP ont pour leur part remis leur offre le 7 novembre 2003, soit le jour même de la remise des offres ; que si, dans le cas particulier et postérieur aux faits de l'espèce du marché de travaux aéro-souterrains 2009-2012 fourni par le service des réseaux Dordogne qui est mis en exergue par les requérantes, des informations ont pu être communiquées par ERDF après l'attribution des lots, ces informations ne portent pas sur les PMP ni sur les coefficients intermédiaires lors de la remise des prix, puis lors des tours de négociation, mais sur les seuls coefficients finaux de prix ; que, contrairement également à ce qu'affirment les requérantes, les annotations figurant sur le document coté 3235 ne pourraient résulter de simulations purement personnelles de ETPR, qui ne pouvaient en effet s'inspirer des PMP des appels d'offres concernant des marchés de travaux précédents, dès lors qu'il est établi par le dossier, d'une part, que ces données ont été calculées sur la base de coefficients différents de ceux utilisés dans les appels d'offres en cause en l'espèce, et d'autre part que les entreprises qui participaient aux appels d'offres n'étaient pas les mêmes ; que s'il est vrai que les différents coefficients de pondération utilisés pour l'élaboration des PMP qui figurent sur les deux documents sont ceux qui ont été appliqués par EDF-GDF sous réserve d'un très faible écart concernant deux coefficients du marché des travaux groupés souterrains mixtes, la Décision a, cependant, exactement écarté les objections des requérantes sur ce point qui ne peuvent faire état d'inexactitudes, en relevant: que, comme il a été dit, les critères de pondération ne sont pas transmis par EDF-GDF aux soumissionnaires, ce qui a d'ailleurs été confirmé par ETPR elle-même (point 103 de la Décision) : « Il s'agit bien là d'une simple hypothèse de travail, de réflexions, ne pouvant refléter de façon exacte la réalité, les

critères de pondération des offres des candidats, n'étant pas communiqués à ces derniers par EDF [...] les critères de pondération, appliqués par EDF, ne sont pas transmis officiellement aux candidats soumissionnant aux travaux groupés », cette explication ayant été renouvelée dans un courrier du 9 novembre 2009 : - « Les critères de pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas connus des candidats soumissionnant aux travaux groupés » (cote 11173) ; - que ETPR, nécessairement informée par les entreprises de leurs coefficients de prix, était matériellement en mesure, sur la base des coefficients de pondération de calculer les PMP à remettre par elle et ses trois concurrentes pour le marché de travaux aéro-souterrains et celui à remettre par elle et ERCTP pour l'autre marché dans des conditions optimales concernant la fixation des prix et le classement des offres ; que les résultats du 1^{er} et du 2^{ème} tour d'appel d'offres du marché des travaux aéro-souterrains (cotes 5947 et 5948) corroborent les indications de prix mentionnés sur le document 3235 après la mention « 1^{er} tour » et la mention « 2^{ème} groupe » qu'ETPR a corrigée en précisant qu'il s'agissait du « 2^{ème} tour » pour réfuter ensuite cette correction, mais qui sans aucun doute concerne le deuxième tour de l'appel d'offres auquel ont participé les trois entreprises citées à côté de la mention et ETPR ; que, ainsi que l'établit le tableau déjà évoqué (point 125 de la Décision), les PMP remis pour le 1^{er} tour de l'appel d'offres sont ceux prévus au millième arrondi pour Inéo Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour SPIE Sud-Ouest et Allez et Cie ; que les PMP remis pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième arrondi sur le document 3235 ; que l'appel d'offres a conduit à l'attribution d'un lot à chacune des quatre entreprises, à savoir ETPR, Inéo Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec SPIE Sud-Ouest selon les prévisions inscrites sur le document et que ces documents ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'entre elles au cours des deux tours de la négociation et faussant ainsi la concurrence sur le marché constitué par l'appel d'offres ; qu'enfin, au regard des éléments qui viennent d'être évoqués, la circonstance qu'au terme de développements précis et circonstanciés auxquels la cour se réfère expressément (points 303 à 306 de la Décision), l'Autorité a décidé de mettre hors de cause ETDE au motif que la preuve d'un échange d'Informations entre ETPR et ETDE n'est pas établie à partir d'indices apparaissant en grande partie inexacts et qui n'étant pas complétés par d'autres éléments permettant qu'ils ne constituent pas un faisceau d'indices précis, graves et concordants, est sans incidence sur la caractérisation par la Décision de la pratique dénoncée à l'encontre des requérantes ; qu'en effet, la Décision retient exactement que les autres mentions des documents analysés qui mettent en évidence les PMP calculés par ETPR qui sont les prix remis par les concurrents lors des appels d'offres constituent un faisceau d'indices suffisants pour prouver l'échange d'informations entre les entreprises sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres documents saisis (extrait d'agenda) évoqués ci-dessus ; qu'il est

suffisamment démontré par les développements qui précèdent que les appréciations retenues par l'Autorité pour décider que les pratiques étaient établies à l'encontre des entreprises mises en cause, dont la société Inéo Réseaux Sud Ouest et la société SPIE Sud Ouest, reposent bien sur un véritable faisceau d'indices et non, contrairement à ce qu'insinuent ces requérantes, sur l'analyse d'un seul document ; que le moyen doit être rejeté ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE les pratiques en cause retenues au titre des griefs n° 1 et n° 4 : - ont porté sur des marchés privés et publics d'appels d'offres ; - ont consisté en des concertations et des échanges d'informations sur les prix proposés par les entreprises avant le dépôt des offres ; - en ce qui concerne le seul grief n° 4, ont également eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés (p. 32) ;

1°) ALORS QU'en reprochant à la société SPIE Sud-Ouest d'avoir méconnu les règles applicables aux marchés publics interdisant de se concerter avec les autres entreprises soumissionnaires avant le dépôt des offres, après avoir constaté que le marché du 7 novembre 2003 répond à une procédure particulière à bons de commande permettant à EDF qui dispose d'un véritable pouvoir de négociation, d'obtenir des soumissionnaires après le dépôt des offres un prix conforme à ses souhaits, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en affirmant que le pouvoir de négociation de EDF ne rend pas en soi matériellement impossible ou à tout le moins ne prive pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots (p. 20) tout en constatant par ailleurs que les pratiques en cause n'avaient eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés que pour ceux visés par le grief n° 4 (p. 32), admettant ainsi que la procédure à bons de commande visée au grief n° 1 empêchait toute répartition à l'avance des marchés, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en reprochant à la société SPIE Sud-Ouest de s'être concertée avec d'autres entreprises avant le dépôt des offres du marché EDF à bons de commande du 7 novembre 2003 en participant à une réunion qui se serait tenue le 5 novembre 2003 à 14h30, soit le jour même de la réception des offres de la société SPIE Sud-Ouest par EDF, ce dont il résulte que la société SPIE Sud-Ouest a établi ses offres en toute indépendance et non en fonction de celles de ses concurrentes dont elle ne connaissait pas le contenu, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 420-1 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (pratiques et autres marchés)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société SPIE Sud-ouest contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et condamné celle-ci au paiement d'une amende de 5.104.800 € ;

AUX MOTIFS QU'ainsi que le rappelle l'Autorité (points 271 à 274) en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée soit qu'elles ont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ; que ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant mais que de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou encore les prix qu'ils envisagent de proposer altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ; que, sur le standard de preuve applicable en matière d'entente, il suffit de rappeler, ainsi que le fait la Décision (points 272 à 274) : - que la preuve de l'existence de telles pratiques peut résulter, soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de plusieurs documents ou déclarations, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ; - que la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel suffit à démontrer son adhésion à une entente ; - qu'un échange d'informations peut être prouvé à partir de documents internes à une entreprise et qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, étant opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants ; que la preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres (...)

QU'en ce qui concerne les pratiques concertées lors des marchés de travaux d'électricité de divers donneurs d'ordre en Aveyron passés en 2004 et 2005, concernant le grief n° 4 qui concerne les marchés de travaux d'électricité passés entre 2004 et 2006 par divers donneurs d'ordre en Aveyron, la cour

se réfère purement et simplement aux développements de la Décision (points 175 à 180) concernant les conditions dans lesquelles des collectivités et divers donneurs d'ordre en Aveyron ont organisé des appels d'offres entre 2004 et 2006 pour attribuer des marchés de travaux d'électricité dans le bâtiment et concernant les caractéristiques de ces marchés ainsi que les soumissionnaires ; (...) : que c'est par d'exactes motifs (points 181 à 195 et 310 à 341), que la cour fait siens, que l'Autorité a décidé que la pratique d'entente notifiée au titre du grief n° 4 à six entreprises, dont Amec SPIE Sud-Ouest devenue SPIE Sud-Ouest, pour les dix marchés de travaux d'électricité de divers donneurs d'ordre en Aveyron passés en 2004 et 2005 était établie en raison de l'existence d'une réunion, tenue le 15 septembre 2004, qui a donné lieu à la conclusion d'un accord de répartition des marchés de travaux d'électricité qui s'est appliqué durablement en excluant toute concurrence; que les indices justement relevés par la Décision sont constitués par trois documents saisis au siège du groupe Angel Larren (cotés 594, 582 et 600), datés chacun du 15 septembre 2004, qui attestent de l'existence d'une réunion qui s'est tenue le mercredi 15 septembre 2004 entre les 7 entreprises suivantes: Elit, filiale d'Angel Larren, Sega, Marti, Cegelec Sud-Ouest, Guirande (GEI), Amec SPIE Sud-Ouest et Fauché (Flottes), qui semble toutefois être indiquée comme absente (« Abs Flottes ») sur le seul document coté 600, mais un montant lui est attribué : 127 000 € ; que lesdits documents : font apparaître une liste de 15 marchés à venir en Aveyron, dont 10 ont été reconnus ; - révèlent, qu'en face de chaque marché, figurent les noms d'une, de deux ou de trois entreprises ainsi que des volumes d'affaires restés inexpliqués et que, sur les trois documents se trouve un récapitulatif de chiffre d'affaires pour chaque entreprise également resté inexpliqué mais que rien n'indique qu'il pourrait s'agir des montants prévisionnels des dix marchés en cause ; que, s'agissant du document coté 594, les dix marchés reconnus sur ce document se présentent comme suit en référence à l'ordre des numéros de marché indiqués ci-dessus : « Maison de retraite Ceignac » n° 5 et 5 bis ; « Maison de retraite Les Clarines HLM » n° 4 ; « Foyer des jeunes travailleurs HLM » n° 9 ; « Salle du laminoir DCZ » n° 1 ; « ADAPEI Pont de Salars » n° 7 et 7 bis ; « Trésorerie générale » n° 10 ; Inconnu ; inconnu ; « Salle cinéma DCZ » n° 2 et 2 bis ; « Centre natation Piscine Rodez » n° 8 ; Inconnu ; « Ste Marie sécurité » n° 6, 6 bis, 6 ter ; Inconnu ; Inconnu ; « Maison des jeunes Rodez 2005 ministère de justice » n° 3 et 3 bis ; qu'en haut et à droite du document coté 594, le nom de « 8 personnes » « présent(es) » à cette réunion est précisé : « Présent. D ... E ... F ... B ... G ... Natalie. eric. X ... 8 personnes » ; que, lors de son audition le 8 juin 2006, la pièce cotée 594 a été présentée à M. B..., cité dans le tableau sous le nom de « B... », ancien employé d'Amec SPIE Sud-Ouest, devenu responsable d'agence de la société Fauché, qui a identifié ces noms comme étant ceux des représentants des sociétés suivantes : Guirande (D...), Cegelec Sud-Ouest (E...), Marti (... Christian), Amec SPIE Sud-Ouest (G... et B...), Sega (Nathalie H...) Fauché/Flottes (Eric C...), Elit/Angel Larren (X... Julien) ; que l'intéressé a

allégué ne pas se souvenir avoir participé à cette réunion et a prétendu ignorer si les personnes qu'il a identifiées y étaient présentes ; qu'il a par ailleurs mentionné l'existence de réunions régulières, « au moins une fois par an pour faire le point sur les affaires en cours », au cours desquelles il s'agissait « d'échanger des informations sur les marchés passés ou en cours » entre les entreprises précédemment citées : que Elit (Angel Larren) a reconnu par procès-verbal du 30 septembre 2008 la tenue d'une réunion le 15 septembre 2004 avec ses concurrentes : « J'avais convié les concurrents dans nos locaux, pour les informer que nous allions ouvrir une agence à Rodez. Elle a duré une grosse demi-heure. Ils sont tous venus. Il s'agit des chargés d'affaires [...] J'étais à cette réunion. C'est la seule fois que je me suis réuni avec mes concurrents » (cote 7429) ; que, par courriers du 5 novembre 2009 et du 26 avril 2011, Elit (Angel Larren) a ajouté que les documents précités cotés 594 et 600 ont « bien été établi(s) le jour de la réunion à partir des prospectives faites par les uns et les autres [...] Au cours de cette réunion qui s'est bien tenue le 15 septembre 2004, il a été effectivement évoqué des chantiers déjà sortis ou à venir. » (cotes 8997, 8998, 10232, 10233, 15069 et 15070) ; que par ailleurs, un troisième document coté 596 met en évidence l'existence d'une autre « réunion lundi 6 juin 05 18h FIE » ; que, sur ce document, figure une liste de quinze marchés ou affaires en Aveyron avec, en face de certains marchés, le nom d'une entreprise, qui est parfois suivi d'un montant, les entreprises Guirande, Cegelec Sud-Ouest et « Marty » étant citées sur ce document en face des marchés « Rodez centre nautique » pour les deux premières, « Rodez Bosch » pour la deuxième et « district Bosch » pour la deuxième et « district bureaux sept oct 2005 100 M€ » pour la troisième ; que Elit (Angel Larren) a déclaré que cette réunion était une réunion strictement interne : « Il s'agit d'une réunion du 6 juin 2005 des chargés d'affaires de l'entreprise Larren (FIE = fiche information entreprise) au cours de laquelle le dirigeant du groupe informe les chargés d'affaires de l'état de la concurrence concernant les marchés en cours. Il s'agit purement et simplement d'une réunion de suivi commercial » (cote 8998) ; que lors de cette réunion, outre la confirmation de l'attribution précitée du marché n° 8 bis au groupement Cegelec Sud-Ouest/Guirande, a été évoquée la possible attribution de deux appels d'offres supplémentaires ; 1) marché n° 8 bis centre nautique du Grand Rodez : date limite de remise des offres le 28 juillet 2005, attributaires Cegelec Sud-Ouest/Guirande ; 2) marché n° 11 bâtiment Rz 117A à l'usine Bosch de Rodez : date limite de remise des offres le 23 juin 2005 attributaire Cegelec Sud-Ouest ; 3) marchés n° 12 et 12 bis bureaux du bâtiment de l'Europe Grand district à Rodez : date limite de remise des offres le 16 juin 2005, attributaire Amec SPIE Sud-Ouest et non « Marty ». Une SARL Marty Raymond a obtenu le lot n° 2 portant sur des travaux de menuiseries ; qu'après la comparaison des attributaires prévus au regard des notes du 15 septembre 2004 et du 6 juin 2005 avec les attributaires effectifs des 12 marchés concernés (point 195 de la Décision), l'Autorité a été en mesure de constater que, alors même que les deux réunions en cause, celles du

15 septembre 2004 et du 6 juin 2005, s'avèrent antérieures à la date limite de remise des offres, il existe pour 10 des 12 marchés en cause cités une correspondance avérée entre les attributaires présumés et les attributaires effectifs : - pour la réunion du 15 septembre 2004 : 1) espace économique Le Laminoir à Decazeville : date limite de remise des offres le 20 septembre 2004, attributaire Elit (Angel Larren) comme prévu ; 2) cinéma Decazeville : date limite de remise des offres le 30 novembre 2004, attributaire Elit (Angel Larren) comme prévu ; 3) aménagement DDPJJ et CAE de Rodez : date limite de remise des offres le 24 septembre 2004, attributaire Sega et non Fauché (Flottes) qui n'a pas remis d'offre ; 4) maison de retraite Les Clarines : date limite de remise des offres le 27 septembre 2004, attributaire Sega comme prévu ; 5) maison de retraite de Ceignac : date limite de remise des offres le 25 octobre 2004, attributaire Marti/ Cegelec Sud-Ouest/Sega comme prévue pour le lot courants faibles mais sans Sega pour le lot courants forts alors qu'elle avait soumissionné en groupement avec Marti/Cegelec Sud-Ouest (cote 6620) ; 6) centre hospitalier Ste Marie à Olemps trois marchés: date limite de remise des offres du premier le 17 mars 2005, le deuxième le 1^{er} juillet 2005, le troisième le 24 mars 2006, attributaire Cegelec Sud-Ouest pour les trois marchés comme prévu ; 7) foyer de vie ADAPEI à Pont-de-Salars : date limite de remise des offres le 8 octobre 2004. attributaire Guirande/Amec SPIE Sud-Ouest comme prévu, mais sans Fauché (Flottes) qui n'a pas remis d'offre ; 8) centre nautique du Grand Rodez : date limite de remise des offres le 28 juillet 2005, attributaires Cegelec Sud-Ouest/Guirande comme prévu ; 9) foyer des jeunes travailleurs à Onet-le-Château, date limite de remise des offres le 27 septembre 2004, attributaire Amec Spie Sud-Ouest comme prévu ; 10) réorganisation de la trésorerie générale à Rodez : date limite de remise des offres le 4 octobre 2004, attributaire Amec Spie Sud-Ouest comme prévu ; - pour la réunion du 6 juin 2005 : 8 bis) centre nautique du Grand Rodez : date limite de remise des offres le 28 juillet 2005, attributaires Cegelec Sud-Ouest/Guirande confirmés comme prévu le 15 septembre 2004 ; 11) bâtiment Rz 117 A à l'usine Bosch de Rodez: date limite de remise des offres le 23 juin 2005, attributaire Cegelec Sud-Ouest comme prévu ; 12) bureaux du bâtiment de l'Europe Grand district à Rodez : date limite de remise des offres le 16 juin 2005, attributaire Amec Spie Sud-Ouest et non « Marty ». Une SARL Marty Raymond a obtenu le lot n° 2 portant sur des travaux de menuiseries ; que c'est au terme d'une exacte analyse du document coté 594 ainsi que des déclarations des entreprises, que l'Autorité a constaté qu'il résulte de ce document ainsi que de ces déclarations que les six entreprises, dont Amec SPIE Sud-Ouest, ont participé à la réunion du 15 septembre 2004 dont l'objet anticoncurrentiel est suffisamment établi et qu'il ne pouvait s'agir, comme le soutient SPIE, d'une simple réunion de présentation de la nouvelle agence de Elit Warren à l'occasion de laquelle elle n'aurait pas participé à une réunion de marchés ; qu'en effet, concernant les participants à cette réunion que la Décision constate à juste titre qu'à l'exception faite de l'entreprise Fauché, les trois documents cotés 594, 582

et 600 saisis chez Angel Larren font référence à la réunion du 15 septembre 2004 en présentant les mêmes informations sur les noms des six entreprises concernées ou sur des montants d'affaires et que les noms de responsables commerciaux figurant sur le document coté 594 ont été reconnus et identifiés comme appartenant à différentes entreprises par M. B., lui-même cité sous l'orthographe Zaplat, alors employé d'Amec Spie Sud-Ouest : - Guirande Électricité à Druelle ; Cegelec Sud-Ouest au Monastère ; Marti à Onet-le-Château ; Amec Spie Sud-Ouest à Sébazac, Sega à Rodez ; Elit (Angel Larren) à Decazeville ; que Elit (Angel Larren) reconnaît également par procès-verbal du 30 septembre 2008 la tenue d'une réunion le 15 septembre 2004 avec ses concurrents : « J'avais convié les concurrents dans nos locaux pour les informer que nous allions ouvrir une agence sur Rodez. Elle a duré une grosse demi-heure. Ils sont tous venus. Il s'agit des chargés d'affaires [...] J'étais à cette réunion. C'est la seule fois que je me suis réuni avec mes concurrents » (cote 7429) ; que la décision déferée relève également à bon droit que le caractère anticoncurrentiel de cette réunion est manifeste, puisque les participants à cette réunion ont entendu se répartir les marchés des travaux d'électricité et que cette répartition a porté sur des marchés dont les appels d'offres étaient déjà publiés ; qu'il est vrai que cette répartition a également porté sur des marchés dont les appels d'offres n'étaient pas encore publiés, puisqu'il est constant que les dates de publication de quatre des dix appels d'offres mentionnés sur les documents cotés 594 et 582 sont postérieures au 15 septembre 2004 : - cinéma Decazeville n° 2 : date d'envoi à publication le 27 octobre 2004 ; - maison de retraite de Ceignac n° 5 et 5 bis : date d'envoi à publication le 25 octobre 2004 ; - centre hospitalier Ste Marie à Olemps n° 6 : date d'envoi à publication le 15 février 2005 ; - centre nautique du Grand Rodez n° 8 : date d'envoi à publication le 14 juin 2005 ; que cependant, contrairement à ce que soutient la requérante, les appels d'offres des quatre marchés susmentionnés, dont l'appel d'offres n° 6, étaient bien anticipés dès le 15 septembre 2004, même si leurs avis à publication ont été lancés en octobre 2004, en février et en juin 2005 ; qu'en effet : - les deux documents cotés 594 et 582 mentionnent à l'identique le nom des sept entreprises susvisées en regard notamment des dix marchés en cause comme étant les attributaires de ces derniers ; que, de plus, par courriers du 5 novembre 2009 et du 26 avril 2011, Elit (Angel Larren), au siège de laquelle les trois documents datés du 15 septembre 2004 ont été saisis, a indiqué que les documents cotés 594 et 600 ont « bien été établis le jour de la réunion à partir des prospectives faites par les uns et les autres » (cote 10233) et qu'« au cours de cette réunion qui s'est bien tenue le 15 septembre 2004, il a été effectivement évoqué des chantiers sortis ou à venir » (cote 15069) ; qu'ainsi, Elit (Angel Larren) a reconnu avoir évoqué avec ses concurrents les chantiers en cause non seulement déjà « sortis » mais également « à venir » ; qu'elle a cité, à cet égard, le cas du cinéma de Decazeville (marché n° 2), pour lequel elle n'a eu connaissance de l'avis d'appel public à la concurrence que le 2 novembre 2004, soit près de deux mois après la

réunion du 15 septembre 2004 : « [...] concernant le « cinéma de Decazeville » l'avis d'appel public à la concurrence a été réalisé le 2 novembre 2004. » (cotes 15069 et 15070) ; - qu'en tout état de cause, tant l'existence des documents cotés 582 et 600 dont les indications correspondent en tous points à celles figurant sur le document coté 594 que les précisions apportées à propos des chantiers déjà « sortis » ou « à venir » ne permettent pas à Elit (Angel Larren) de soutenir que le document coté 594 « n'a pas été rempli le jour de cette réunion. Il a été élaboré et complété au fur et à mesure des informations recueillies par le dirigeant » (cote 10232), étant observé que si ce document avait été complété au fur et à mesure des attributions, on ne voit pas pourquoi le marché n° 3 Aménagement DDPJJ et CAE de Rodez aurait été dévolu à Fauché (Flottes) alors que celle-ci n'a participé à aucun des douze appels d'offres en cause ; que dès lors, il est suffisamment établi que les six sociétés précitées, dont Amec Spie Sud-Ouest devenue Spie Sud-Ouest se sont entendues lors de la réunion du 15 septembre 2004 pour répartir entre elles neuf marchés (point 337) ainsi que pour évoquer le marché n° 3 et sa possible attribution à Fauché (Flottes) et que les entreprises incriminées ont bien été les attributaires de neuf de ces dix marchés, pour lesquelles leur dévolution avait été prévue soit seules, soit en groupement; qu'en effet, les groupements qui étaient envisagés ont bien été constitués, ce que ne pouvait raisonnablement pas anticiper Elit, auteur des documents datés du 15 septembre 2004 et que la réunion du 15 septembre 2004 a donné lieu à la conclusion d'un accord de répartition des marchés de travaux d'électricité qui s'est appliqué durablement en excluant toute concurrence ; qu'au regard de l'antériorité à l'ouverture des plis des documents cotés 594 et 600, il importe peu que l'entreprise Fauché n'ait pas finalement déposé d'offre ou encore que les montants figurant sur les documents en question ne correspondent pas précisément aux montants des offres formulées ou du volume d'affaires ; qu'en effet ces seuls éléments ne sont pas de nature à priver les différents indices sus évoqués de la qualification d'indices graves précis et concordants permettant d'établir l'existence des pratiques anticoncurrentielles dénoncées dans le cadre du grief n° 4 ;

ALORS QUE la participation passive d'une entreprise à une réunion dont l'objet se révélerait anticoncurrentiel est insuffisante à établir son adhésion à une entente ; que l'entente n'est caractérisée qu'à la condition de démontrer que l'entreprise a ensuite adhéré à l'action collective en appliquant concrètement les mesures décidées lors de ladite réunion ; qu'en affirmant au contraire qu'au regard de l'antériorité des notes saisies chez la société Larren révélant l'existence d'une réunion de concertation à laquelle diverses entreprises dont la société SPIE Sud-Ouest auraient participé en vue de se répartir différents marchés publics et privés, il importe peu que les montants figurant sur les documents en question ne correspondent pas précisément aux montants des offres formulées ou du volume d'affaires, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société SPIE Sud-ouest contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 l'ayant condamné au paiement d'une amende de 5.104.800 € ;

AUX MOTIFS QUE sur les critères de détermination des sanctions, pour déterminer si les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité à l'encontre des requérantes ont été fixées par la Décision conformément aux exigences des dispositions du 1 de l'article L. 464-2 du code de commerce, il convient d'examiner successivement la gravité des pratiques, l'importance du dommage causé à l'économie ainsi que la situation individuelle des entreprises ; qu'en premier lieu, sur la gravité des pratiques, que, contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit et par des appréciations pertinentes (366 à 373 de la Décision) que la cour fait siennes, que la Décision a qualifié les pratiques en cause, et notamment les pratiques retenues au titre du grief n° 4 qui ont été mises en oeuvre à l'occasion de marchés publics d'appels d'offres, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac, particulièrement graves ; qu'en effet, les pratiques en cause retenues au titre des griefs n° 1 et n° 4 : - ont porté sur des marchés privés et publics d'appels d'offres ; - ont consisté en des concertations et des échanges d'informations sur les prix proposés par les entreprises avant le dépôt des offres ; - en ce qui concerne le seul grief n° 4, ont également eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés ; qu'il ne peut être sérieusement contesté que de telles pratiques sont particulièrement graves par nature, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, le fondement même des appels à la concurrence résidant dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'à l'opposé, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ; qu'au surplus, s'agissant, en particulier, des appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics, tels les appels d'offres litigieux retenus au titre du grief n° 4, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac (n° 5 et 5 bis), force est de constater que, ainsi que l'observe l'Autorité (point 369), le non-respect des règles de concurrence ne garantit plus à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; que contrairement à ce qui est soutenu, le caractère ponctuel

ou la faible durée effective de la concertation ne constituent pas un facteur d'atténuation de la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable et qu'il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché ; qu'ainsi, il convient, en l'espèce de distinguer les pratiques retenues au titre du grief n° 1 qui portent sur des marchés de travaux groupés d'une durée d'un an de celles retenues au titre du grief n° 4 qui, si elles portent sur des marchés d'appels d'offres ponctuels, résultent d'une entente de répartition des marchés mise en oeuvre pendant plusieurs mois ; que, par ailleurs, contrairement à ce qu'affirment les requérantes pour tenter de minimiser la gravité des pratiques et sans préjudice de l'appréciation du dommage causé à l'économie, ni la dimension locale des marchés litigieux, ni leur montant relativement peu élevé, ni l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients, tel EDF-GDF Services, ne peuvent justifier une pratique d'entente dans le cadre d'appels d'offres, ni remettre en question la gravité avérée des pratiques retenues à l'encontre des mises en cause ; qu'enfin, il n'est, ni contesté, ni contestable, que les entreprises mises en cause, notamment Spie Sud Ouest et Inéo Réseaux Sud Ouest, qui évoquent à plusieurs reprises, au soutien de leur recours, leur candidatures régulières aux appels d'offres dont ceux d'EDF, sont assurément habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et que, dans ces conditions, elles ne peuvent prétendre sérieusement ignorer le caractère illicite de leurs concertations et échanges d'informations lorsqu'elles ont soumissionné aux appels d'offres litigieux ; qu'ainsi la connaissance par les entreprises mises en cause du caractère illicite des pratiques commises constitue sans nul doute, ainsi que l'a décidé l'Autorité, un facteur aggravant ; qu'en deuxième lieu, il est de principe que l'Autorité de la concurrence peut procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage causé à l'économie par chaque pratique, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques ; qu'au cas d'espèce, contrairement à ce qui est allégué par les requérantes, la Décision attaquée a, par des appréciations pertinentes (374 à 382) que la cour fait siennes, apprécié à sa juste mesure l'importance du dommage à l'économie provoqué par les ententes en cause ; qu'en effet, la Décision a exactement pris en compte : - la circonstance que les pratiques ont été suivies d'effets, puisque, lorsqu'ils ont été attribués, les marchés visés par les griefs n° 1 et n° 4 ont tous été dévolus aux entreprises mises en cause ; - au regard, pour les deux griefs, du montant total des marchés en cause qui s'élève à 5 030 024 HT, des éléments pertinents, résumés dans des tableaux (point 380 de la Décision) auxquels la cour se réfère expressément, portant, selon le cas, sur la date des marchés à bons de commande ou des marchés concernés, sur les chantiers en cause, sur les maître d'ouvrage et les attributaires en cause ainsi que sur le montant total facturé pour chaque pratique ; - les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises mises en cause (chiffre d'affaires 2003

pour le grief n° 1 et 2004 pour le grief n° 4) mis en regard de celui réalisé lors du dernier exercice connu (2009 ou 2010) dans un tableau (point 381 de la Décision) auquel la cour se réfère ; que ces éléments, tels que synthétisés dans ces tableaux, suffisent à établir que, comme elle y est astreinte pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie par les ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, l'Autorité de la concurrence qui, par ailleurs, n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie, a bien ainsi pris en compte la mise en oeuvre effective ou non des pratiques retenues, de leur durée, de la taille et de la position des entreprises concernée sur le secteur ainsi que du montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques ; que plus généralement, le dommage à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, les pratiques dénoncées en l'espèce affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'il s'infère également de ces constatations que l'éventuel défaut de profit retiré des pratiques anticoncurrentielles par les entreprises mise en cause voire une marge nette déficitaire elles ne sont pas de nature à minorer l'importance du dommage causé à l'économie ; qu'enfin, contrairement aux assertions des requérantes, la Décision a bien tenu compte de la dimension locale des marchés concernés et, en ce qui concerne les marchés retenus au titre du grief n° 1, du pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services comme facteur d'atténuation du dommage cause à l'économie ; que, cependant, et sans pour autant, ainsi que cela lui est reproché, de manière inexacte, porter à nouveau, au stade de l'analyse de l'importance du dommage l'économie, une appréciation sur la gravité des faits, la Décision était en droit de nuancer son appréciation en relevant aussitôt (point 382 de la Décision), que l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, du fait notamment du risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter de telles pratiques, constitue néanmoins, en soi, un facteur d'aggravation du dommage à l'économie; qu'en troisième lieu, sur la situation individuelle des entreprises, l'Autorité a, tout d'abord, exactement déterminé (points 383 à 387 de la Décision) le rôle joué dans les pratiques en cause par Spie Sud-Ouest et Inéo Réseaux Sud Ouest qui ne sont pas fondées à invoquer une circonstance atténuante au regard de leur rôle de suiveur ou de franc tireur, dès lors que ces entreprises ne démontrent pas qu'elles auraient été contraintes de participer à l'infraction ou que, alors que les marchés visés par les griefs n° 1 et 4 ayant été dévolus aux entreprises mises en cause, elles auraient adopté un comportement concurrentiel au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de la concertation ; qu'ensuite, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Spie Sud-Ouest reprochent à tort à l'Autorité d'avoir inexactement apprécié les conséquences de leur appartenance à un groupe d'envergure nationale, dès lors qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 464-2 du code de commerce que,

afin d'assurer le caractère à la fois proportionné et dissuasif de la sanction, il peut être tenu compte, au titre des éléments d'individualisation de la sanction, de l'appartenance de l'entreprise concernée à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante ; qu'en l'espèce, c'est ainsi à bon droit et sans encourir le grief de contradiction avec une prétendue absence d'imputabilité des pratiques poursuivies aux sociétés mères d'Inéo Réseaux Sud Ouest et de Spie Sud Ouest, que la Décision a relevé (point 389) que l'appartenance de ces sociétés à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction ;

QU'en ce qui concerne le montant des sanctions, sur la méthode de détermination des sanctions mises en oeuvre au cas d'espèce, il est rappelé que l'Autorité de la concurrence a expliqué, dans la Décision, que conformément à sa pratique décisionnelle récente, le chiffre d'affaires réalisé en France au cours de l'année pendant laquelle ont eu lieu les pratiques retenues à l'encontre de chacune des parties mises en cause a été retenu comme base pour déterminer le montant des sanctions, soit le chiffre d'affaires réalisé en 2003 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief n° 1 et celui réalisé en 2004 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief (point 406 de la Décision) ; que ces explications, renouvelées ensuite par l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour, suffisent à établir que, contrairement à ce que soutient Spie Sud Ouest, l'Autorité, à qui les dispositions précitées du code de commerce n'imposent pas une assiette particulière pour la détermination du montant des sanctions, n'a pas fait une application rétroactive du communiqué du 16 mai 2011 en ne se conformant pas à l'annonce faite, à titre liminaire sur la non application de ce texte dans la présente affaire; qu'en effet, il était loisible à l'Autorité de rappeler, dans ses observations, que, s'agissant en l'espèce de pratiques anticoncurrentielles portant sur des appels d'offre ponctuels, la méthode, telle qu'elle ressort de sa pratique décisionnelle, qui a été appliquée dans le cadre de la présente affaire, demeure constante et, notamment, qu'elle n'a pas évolué lorsqu'elle a été explicitée et formalisée ensuite dans le cadre du communiqué du 16 mai 2011 ; qu'au surplus, Spie Sud Ouest a été mise en mesure de prendre connaissance et de débattre de tous les éléments utiles sur la méthode suivie pour la détermination du montant des sanctions au regard de la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité et, notamment, de la décision n° 11-D-02 précitée, qui ne peut être invoquée utilement par la requérante en ce qui concerne le montant du chiffre d'affaires à retenir, dès lors qu'elle ne concernait pas, à la différence de la présente espèce, des appels d'offres ponctuels : qu'il est rappelé que la Décision explique également : - que le montant de chaque sanction a été déterminé, à partir du chiffre d'affaires qui vient d'être défini, en fonction de la gravité des pratiques retenues à l'encontre des parties ainsi que de l'importance du dommage à l'économie et qu'elle a ensuite tenu compte des éléments d'individualisation retenus (point 407) ; - que le montant de la sanction a, le cas échéant, été

écrêté afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des mises en cause ; que, compte tenu des explications ainsi données sur la méthode de détermination des sanctions et eu égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause des entreprises concernées, les moyens et justificatifs avancés par les requérantes ne sont pas de nature à conduire la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité : - à la société Allez et Cie (points 413 et 414) ; - à la société Inéo Réseaux Sud-Ouest (415 à 417), sauf à préciser que, pas plus que devant l'Autorité, cette société ne justifie de l'existence de difficultés particulières affectant sa capacité contributive ; - à la société Spie Sud-Ouest (418 et 419) ; que les recours seront rejetés ;

1°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que la gravité d'une entente s'apprécie in concreto en fonction des effets et de la durée de chaque pratique incriminée ; qu'en affirmant au contraire que « les pratiques en cause sont graves par nature » la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que la gravité d'une entente s'apprécie in concreto en fonction des effets et de la durée de chaque pratique incriminée ; qu'en affirmant au contraire que « contrairement à ce qui est soutenu, le caractère ponctuel ou la faible durée de la concertation ne constitue pas un facteur d'atténuation d'une pratique d'ententes horizontales en matière de marchés publics et privés », la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE la gravité d'une entente s'apprécie in concreto ; que seule la réitération de l'infraction par l'entreprise condamnée constitue une circonstance aggravante de la sanction ; qu'en affirmant au contraire que la connaissance par les entreprises mises en cause du caractère illicite des pratiques commises constitue sans nul doute un facteur aggravant de la sanction, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une circonstance aggravante qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en mesurer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence peut procéder à une appréciation globale du dommage causé à l'économie par chaque pratique ou encore qu'elle n'est pas tenue de chiffrer précisément ce dommage, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires sont notamment proportionnées à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause ; que seule la réitération de l'infraction par l'entreprise condamnée constitue une circonstance aggravante de la sanction ; qu'en décidant au contraire que le risque de banalisation et d'entraînement pouvant résulter de telles pratiques constituait en soi un facteur d'aggravation du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires sont notamment proportionnées à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause ; que le dommage à l'économie doit être évalué concrètement ; qu'en se bornant à affirmer que l'Autorité de la concurrence avait pris en compte le montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques sans pour autant tenir compte de la modicité des montants en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que ces différents critères sont distincts et cumulatifs ; qu'en se fondant sur les mêmes éléments pour caractériser le dommage à l'économie, puis les facteurs d'individualisation de la sanction, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

8°) ALORS QU'en l'absence de toute imputabilité des pratiques d'une entreprise à sa société mère, son appartenance à un groupe important ne saurait être prise en compte au titre de l'appréciation de sa situation individuelle pour la détermination de la sanction qui lui est infligée ; qu'en affirmant que c'est à bon droit et sans encourir le grief de contradiction avec une prétendue absence d'imputabilité des pratiques poursuivies aux sociétés mères d'Inéo Réseaux Sud-Ouest et de SPIE Sud-Ouest, que la Décision a relevé (point 389) que l'appartenance de ces sociétés à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction, la cour a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

9°) ALORS QUE l'article 6 de la CEDH impose le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense et l'article 7 de la CEDH interdit le prononcé de sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence pouvait valablement se référer, pour déterminer le montant de base pris en compte pour fixer le montant de l'amende infligée à la société

SPIE Sud-Ouest, au chiffre d'affaires réalisé, tous secteurs confondus, en France par ses soins dès lors que les dispositions du code de commerce ne lui imposent pas de respecter une assiette particulière pour la détermination des sanctions sous réserve de ne pas dépasser le maximum légal, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Moyens produits par Me Brouchet, avocat aux Conseils, pour la société Allez et compagnie, demanderesse au pourvoi n° U 13-16.905

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré régulière la procédure incluant l'enquête diligentée par la DGCCRF et d'AVOIR en conséquence rejeté le recours formé par la société Allez et Cie contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et lui ayant infligé une sanction pécuniaire de 707.400 euros ;

AUX MOTIFS QU'il suffit de relever, ainsi que le fait la Décision (point 244), que les entreprises mises en cause étaient d'ores et déjà en mesure d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, et ce dans un délai de deux mois à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation de 2005 pour celles ayant fait l'objet d'une visite, ou à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard de la notification des griefs pour celles n'ayant pas fait l'objet d'une visite mais mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies ; que force est de constater que seule la Société Languedocienne d'Aménagement (SLA) a formé un tel recours le 15 décembre 2005, à la suite duquel, par ordonnance du 25 avril 2006, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez a prononcé la nullité des opérations de visite et saisie effectuées dans ses locaux de la SLA en raison de la participation d'un enquêteur irrégulièrement désigné et a ordonné la restitution des pièces ainsi saisies ; que, surtout, les entreprises mises en cause par les pièces saisies mais n'ayant pas fait l'objet des opérations de visite et saisie dont s'agit, telles les requérantes, qui, alors qu'elles pouvaient introduire un recours devant le premier président de la cour d'appel de Montpellier pour contester le déroulement de ces opérations dans un délai de dix jours à compter de la notification des griefs en application de l'article L. 450-4, dernier alinéa, du code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance du 13 novembre 2008 et par la loi du 12 mai 2009, dont les dispositions répondent assurément aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH sur l'exercice d'un recours effectif devant un tribunal impartial, se sont cependant abstenues de former ce recours ; que, dès lors, quelle que soit l'appréciation portée par les requérants sur la conformité à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH des dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce en vigueur au moment des opérations de visite et saisie réalisées en vertu de l'ordonnance d'autorisation de 2005, Spie Sud-Ouest, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Allez et Cie n'étaient pas en droit de contester devant l'Autorité le caractère loyal des pièces les mettant

en cause qui avaient été saisies le 20 octobre 2005 chez un tiers, au motif, notamment, que ces pièces se trouvaient en dehors du champ de l'ordonnance d'autorisation de l'ordonnance d'autorisation 2005 ; qu'en effet, ces questions relèvent exclusivement du contentieux du déroulement des opérations de visite et de saisie, qui n'entre pas dans les attributions de l'Autorité de la concurrence, ni, a fortiori, de celles de cette cour dans le cadre de l'examen du recours au fond dont elle est actuellement saisie contre sa Décision ; qu'en revanche, Spie Sud-Ouest, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Allez et Cie n'en restaient pas moins en mesure de discuter, ainsi qu'elles l'ont d'ailleurs fait, tant dans leurs observations écrites produites auprès des services d'instruction en réponse à la notification des griefs et au rapport que lors de la séance devant le collège de l'Autorité et désormais devant la cour, la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre des opérations de visite et de saisie qui leur sont opposées, ce qui relève du débat de fond sur l'examen des pratiques auquel il sera procédé ci-après ; qu'au surplus, il suffit de relever qu'alors que les faits visés par la saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 portaient sur des pratiques observées dans le "secteur des travaux d'électrification dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes" que, ainsi que le relève l'Autorité dans ses observations, l'ordonnance du 7 octobre 2005 qui indiquait que des visites et saisies pourraient être effectuées dans les locaux de onze entreprises "afin de rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevées dans le secteur de l'électrification rurale" n'excluait pas ainsi les marchés passés par EDF-GDF Services, en limitant pas le champ des investigations aux seuls marchés publics passés par les collectivités locales et leurs regroupements ; que les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure seront rejetés (arrêt p. 10 et 11) ;

1°) ALORS QUE l'examen de l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant les visites et saisies par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction prononcée au titre de ces pratiques est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité et l'indépendance de la juridiction ; que, pour rejeter le moyen tiré de la nullité de la procédure comme contraire au principe du droit des parties à un libre accès à un procès équitable, la cour d'appel s'est fondée sur la possibilité pour la société Allez et Cie d'introduire un recours devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez, contre son ordonnance du 7 octobre 2005 ayant servi de fondement aux visites et saisies du document au sein de la société ETPR, opérées le 20 octobre 2005 ; qu'en retenant ainsi la validité d'un recours contre cette ordonnance devant le juge des libertés et de la détention qui l'avait lui-même prise, pour reprocher à la société Allez et Cie de ne pas l'avoir introduit, la cour d'appel a méconnu le principe susvisé et

violé les articles L. 450-4 du code de commerce et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°) ALORS QUE n'est pas raisonnable pour un justiciable le délai de trois ans qui sépare une visite domiciliaire de la reconnaissance du droit à un recours effectif résultant seulement de l'ordonnance du 13 novembre 2008 permettant d'interjeter appel et non plus un recours en cassation, de l'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention autorisant les visites et saisies domiciliaires ; que pour rejeter le moyen tiré de la nullité de la procédure, la cour d'appel s'est fondée sur la possibilité, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 modifiant l'article L. 450-4 du code de commerce, dont disposait la société Allez et Cie de faire appel devant le premier président de la cour d'appel de l'ordonnance du 7 octobre 2005, pour déclarer inopérante la discussion engagée par celle-ci relativement à la violation du principe du droit des parties à un procès équitable qui résultait de la seule possibilité pour une société, sanctionnée pour faits d'entente, sous le régime antérieur, de se pourvoir en cassation contre une telle ordonnance ; qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, au besoin même d'office, à partir de ses constatations et observations tirées de l'application de l'ordonnance du 13 novembre 2008, si pouvait être considéré comme raisonnable le délai de trois ans séparant les faits objet de la poursuite et la possibilité pour la société Allez et Cie de contester en fait et en droit l'ordonnance autorisant les visites et saisies de documents après son exécution, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 450-4 du code de commerce et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré régulière la procédure incluant l'enquête diligentée par la DGCCRF et d'AVOIR en conséquence rejeté le recours formé par la société Allez et Cie contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et lui ayant infligé une sanction pécuniaire de 707.400 euros ;

AUX MOTIFS QUE les sociétés Spie Sud-Ouest, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Allez et Cie n'étaient pas en droit de contester devant l'Autorité le caractère loyal des pièces les mettant en cause qui avaient été saisies le 20 octobre 2005 chez un tiers ; qu'elles étaient en mesure de discuter tant dans leurs observations écrites produites auprès des services d'instruction en réponse à la notification des griefs et au rapport que lors de la séance devant le collège de l'Autorité et désormais devant la cour, la valeur probante des pièces recueillies dans le cadre des opérations de visite et de saisie qui

leur sont opposées, ce qui relève du débat de fond sur l'examen des pratiques auquel il sera procédé ci-après ; qu'au surplus, il suffit de relever qu'alors que les faits visés par la saisine du ministre de l'économie du 13 décembre 2006 portaient sur des pratiques observées dans le "secteur des travaux d'électrification dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes", que l'ordonnance du 7 octobre 2005 qui indiquait que des visites et saisies pouvaient être effectuées dans les locaux de onze entreprises "afin de rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevées dans le secteur de l'électrification rurale" n'excluait pas ainsi les marchés passés par EDF-GDF Services, en limitant pas le champ des investigations aux seuls marchés publics passés par les collectivités locales et leurs regroupements (arrêt p. 11) ;

1°) ALORS QUE les ordonnances rendues par les juge des libertés et de la détention sur demande du ministère de l'économie ou des autorités de la concurrence déterminent strictement le champ des visites et saisies opérées en exécution et conditionnent l'utilisation des documents saisis ; qu'à l'appui de son moyen tiré de la nullité de la procédure de saisie, la société Allez et Cie, à l'instar des autres requérantes, avait fait valoir que l'ordonnance du 7 octobre 2005 rendue par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez n'avait autorisé, sur demande d'enquête faite, le 5 septembre précédent, une recherche de preuves par voie de visites et saisies dans les locaux des entreprises visées qu'afin de « rechercher la preuve des agissements qui entrent dans le champ des pratiques prohibées par les points 2 et 4 de l'article L. 420-1 du code de commerce relevés dans le secteur de l'électrification rurale dans les régions Midi-Pyrénées, Auvergne et Languedoc-Roussillon, ainsi que toute manifestation de cette concertation prohibée » suite à deux marchés publics sur appels d'offres passés par le Syndicat interdépartemental d'électricité du département de l'Aveyron ; qu'en déclarant régulière la saisie de documents opérée relativement à des marchés conclus en Dordogne, département ressortissant de la région Aquitaine, pour retenir à l'encontre de la société Allez et Cie des faits d'entente à raison de documents saisis relativement à des marchés en Dordogne, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et observations impliquant l'impossibilité de prise en considération des marchés conclus dans une région non expressément incluse dans celles visées par l'ordonnance du 7 octobre 2005, au regard des articles L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce qu'elle a ainsi violés ;

2°) ALORS QUE l'ordonnance du 7 octobre 2005 rendue par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Rodez avait limité la recherche des preuves des agissements entrant dans le champ des pratiques prohibées « dans le secteur de l'électrification rurale » de trois régions ; qu'en incluant dans le champ de ces marchés ceux conclus par

EDF-GDF Services ne ressortissant pourtant pas du champ du secteur de l'électrification rurale, la cour d'appel a dénaturé par adjonction ladite ordonnance, violant ainsi l'article 1134 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société Allez et Cie contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et lui ayant infligé une sanction pécuniaire de 707.400 euros ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce :
« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir 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, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement » ;

qu'ainsi que le rappelle l'Autorité (points 271 à 274), en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être ; que ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront faites les soumissions, voire de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le moins disant mais que de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou encore les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ; que sur le standard de preuve applicable en matière d'entente il suffit de rappeler, ainsi que le fait la Décision (points 272 à 274) :

- que la preuve de l'existence de telles pratiques peut résulter, soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de plusieurs documents ou déclarations, même si chacune des pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ;

- que la participation d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel suffit à démontrer son adhésion à une entente ;
- qu'un échange d'informations peut être prouvé à partir de documents internes à une entreprise et qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées et peut être utilisé comme preuve d'une concertation ou d'un échange d'informations entre entreprises, le cas échéant par le rapprochement avec d'autres indices concordants ;
- que la preuve de l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite, à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres ;

qu'en ce qui concerne les pratiques concertées lors des deux marchés passés en 2003 par EDF-GDF Services en Dordogne (grief n° 1) :

que ce grief recouvre deux appels d'offres de travaux groupés d'une durée de 12 mois pour des travaux débutant au 1^{er} février 2004 :

- le premier est relatif au marché de travaux aéro-souterrains, divisé en quatre lots avec une date limite de réception des offres fixée au 7 novembre 2003 ;
- le second a trait à un marché de travaux souterrains mixtes, divisé en trois lots avec une date limite de réception des offres également fixée au 7 novembre 2003 ;

que les candidats ont remis leurs offres entre le 5 et le 7 novembre 2003, à la seule exception d'ETDE qui a fait parvenir son offre le 4 novembre 2003 ; qu'il est rappelé qu'il ressort du dossier (points 100 à 110 de la Décision) :

- que la plate-forme d'achats EDF-GDF Services à Mérignac a passé deux marchés pour des travaux groupés de réseaux publics d'électricité du 1^{er} février 2004 au 31 janvier 2005 pour le centre EDF-GDF Services Périgord à Périgueux en Dordogne ; que le premier marché, divisé en quatre lots, concernait des travaux aéro-souterrains alors que le deuxième marché, divisé en trois lots, portait sur des travaux souterrains mixtes (gaz et électricité) ;
- que les marchés de travaux groupés sont ceux dont la localisation et le montant ne sont pas connus à l'avance mais estimés globalement à l'année ; que ces marchés sont passés sur la base de coefficients de prix, que les entreprises reportent sur le bordereau de prix, fourni par EDF ; que les entreprises soumissionnaires fournissent des coefficients ou prix du point exprimés en euros HT ;
- que les entreprises doivent scinder leur proposition tarifaire en sous-familles de prix, nommées notamment : X, Y, Z et W qui correspondent respectivement aux travaux en tranchée, matériaux de remblai, réfection bitumineux et sable en distinguant un X gaz et un X électricité pour les souterrains mixtes ; que EDF-GDF pondère ces coefficients pour choisir l'entreprise attributaire du marché ; que les critères de pondération, appliqués par EDF-GDF, ne sont pas transmis aux candidats soumissionnant aux

travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes ;

- que la date limite de remise des offres pour les deux marchés était fixée au 7 novembre 2003 ;

- que pour le marché de travaux groupés aéro-souterrains :

• EDF-GDF Services a reçu huit offres des entreprises soumissionnaires qui ont déposé comme suit leurs offres entre le 4 novembre et le 7 novembre 2003 :

· Allez et Cie /STETC : 5 novembre 2003 ;

· Cana-Elec : 7 novembre 2003 ;

· Darlavoix : 6 novembre 2003 ;

· ETDE : 4 novembre 2003 ;

· AMEC Spie Sud-Ouest : 5 novembre 2003 ;

· Ceras : 6 novembre 2003 ;

· ETPR : 6 novembre 2003 ;

· Inéo Réseaux Sud-Ouest : 7 novembre 2003 ;

• que les entreprises ayant été retenues pour les quatre lots de l'appel d'offres sont :

· ETPR 437 915 (Montant réalisé pour un montant contracté : 330.000 € HT) ;

· Inéo Réseaux Sud-Ouest 623 528 (Montant réalisé pour un montant contracté : 330 000 € HT) ;

· AMEC Spie Sud-Ouest 601 484 (Montant réalisé pour un montant contracté : 320 000 € HT) ;

· Allez et Cie 352 638 (Montant réalisé pour un montant contracté : 310 000 € HT)

- que pour le marché de travaux groupés souterrains mixtes :

• EDF-GDF Services a reçu neuf offres entre le 5 novembre 2003 et le 7 novembre 2003 :

· Allez et Cie : 5 novembre 2003 ;

· Ceras : 6 novembre 2003 ;

· AMEC Spie Sud-Ouest : 5 novembre 2003 ;

· Groupement Doche/Mainguy : 6 novembre 2003 ;

· ETPR : 6 novembre 2003 ;

· ERCTP : 7 novembre 2003, étant précisé que, spécialisée dans les canalisations, cette entreprise n'a été sélectionnée par EDF-GDF que pour cet appel d'offres et étant classée quatrième sur neuf entreprises soumissionnaires, derrière ETPR, STETC et Inéo Réseaux Sud-Ouest, elle n'a pas été retenue pour le tour des négociations ;

· Inéo Réseaux Sud-Ouest : 7 novembre 2003 ;

· PGC : 6 novembre 2003 ;

· STETC : 6 novembre 2003 ;

• les entreprises attributaires sont :

· Inéo Réseaux Sud-Ouest : montant réalisé de 668 714 pour un montant contracté de 220 000 € HT ;

- ETPR : montant réalisé de 246 768 pour un montant contracté de 200 000 € HT;
 - STETC : montant réalisé de 177 615 pour un montant contracté de 180 000 € HT ;
- qu'ainsi, sept contrats ont été signés avec EDF-GDF Services entre le 6 janvier 2004 et le 21 janvier 2004 (arrêt p. 11 à 13) ;

que c'est par des appréciations pertinentes (points 111 à 135 et points 278 à 298 et 308 de la Décision) que la cour fait siennes, que la Décision retient que, ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie et Amec Spie Sud-Ouest (devenue Spie Sud-Ouest) d'une part, et ETPR et ERCTP, d'autre part se sont entendues sur leurs prix préalablement à la passation des marchés de travaux groupés aéro-souterrains pour les quatre premières et de travaux groupés souterrains mixtes pour les deux dernières et qu'elles ont ainsi obtenu l'attribution des lots du premier marché en éliminant toute concurrence entre elles ; que contrairement à ce qui est soutenu, la preuve de l'existence de l'entente visée par le grief n° 1 résulte bien de l'existence d'un faisceau d'indices graves précis et concordants, peu important, au regard des principes ci-dessus sus-rappelés régissant la preuve des pratiques anticoncurrentielles poursuivies au cas d'espèce, que chacun des éléments pris isolément n'ait pas un caractère suffisamment probant ; qu'en effet la Décision a exactement identifié plusieurs indices reposant sur les mentions et les énonciations de documents saisis chez ETPR et qui sont constitués principalement par deux notes de M. Vincent Z..., directeur général :

- la première note (cote 3232) est datée du 5 novembre 2003, soit deux jours avant la date limite de remise des offres ; y figurent le nom d'un certain nombre d'entreprises, des calculs de coefficients ainsi que les mentions « Gpt Avec ETDE - Sout Mixte - Sous-Traitant [...] ETDE répond en couverture sur aéro-souterrain + mixte » ;

- la seconde note (cote 3235) n'est pas datée et comprend les indications « I » et « II » avec le nom des mêmes entreprises ;

qu'en outre :

- un document saisi extrait de l'agenda du dirigeant M. Michel Z... (cote 3540) mentionne, à la date du 5 novembre 2003 : « RDV TG 24 Boulazac à 14h30 » ;

- sur un carnet de notes de son fils, M. Vincent Z..., il est également indiqué : « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » (cote 3220) ;

- un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet de M. Vincent Z... ;

qu'il ressort des mentions de la note cotée 3232 (reproduite au point 113 de la Décision), exactement analysées par l'Autorité, que ETPR, qui envisageait de se grouper avec ETDE pour les travaux souterrains mixtes, voire d'être en sous-traitance avec cette dernière, laisse entendre que sa partenaire a répondu en « couverture » sur les deux marchés de travaux groupés

aéro-souterrains et souterrains mixtes ; que la Décision relève, à cet égard, que ETDE avait déposé une offre le 4 novembre 2003 pour le marché de travaux aéro-souterrains dont le prix trop élevé l'a exclue de la phase de négociation ; qu'en effet, le prix moyen pondéré (ci-après le « PMP ») des coefficients de prix remis par ETDE s'élève à 0,1766 contre 0,1703 pour ETPR, soit 3,69 % plus cher (cote 5948) ; que, s'agissant de la pondération des coefficients de prix, ETPR a confirmé, par courrier du 29 avril 2011, que « au moment du dépôt de leurs offres, les entreprises ne sont donc pas en mesure de connaître de façon précise la pondération attachée à leurs offres » (cote 15236) ; que la note cotée 3235 (point 113 de la Décision) mentionne, comme la note cotée 3232, des coefficients de pondération qui ont été utilisés par ETPR pour élaborer ses PMP et ceux de ses concurrentes, tant pour le marché des travaux aéro-souterrains que pour celui des travaux souterrains mixtes en fonction des coefficients de prix que les concurrentes ont dû lui communiquer ; que la Décision relève à juste titre :

- que le très faible écart portant sur la répartition pour le marché de travaux souterrains mixtes sur les coefficients X gaz et X électricité, dont le montant cumulé s'avère identique à 55 %, entre les sous-pondérations du X gaz et du X électricité (0,25 % pour chacun des deux coefficients) ne modifie en rien les résultats obtenus sur les PMP de ce marché ;
- que, selon ETPR elle-même (cote 11183), le document non daté coté 3235 présente les deux marchés de travaux groupés aéro-souterrains « I » et souterrains mixtes « II » et qu'il comprend des noms d'entreprises et des coefficients ;
- s'agissant du marché de travaux aéro-souterrains, il y a lieu de relever qu'ETPR prévoyait de ne pas descendre au-dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle s'est effectivement tenue en obtenant le premier lot avec un PMP de 0,1708 au 1^{er} tour puis 0,1703 après négociation (cote 5948) ;
- que, de plus, la mention d'un PMP de 0,173 euro lors du 1^{er} tour de l'appel d'offres de travaux aéro-souterrains alors qu'ETPR a remis dans son acte d'engagement du 6 novembre 2003 un PMP différent à 0,1708 confirme que la date du document coté 3235 se situe avant la remise des offres le 7 novembre 2004 ;
- qu'il en va de même de l'indication « Voir », qui évoque une prévision, dans la mention : « TG mixte => Voir ERCT pour Px => 0,180 Pondere 2004 » ; que cela permet également de dater le document coté 3235 avant la remise des offres, puisqu'il s'agissait d'approcher cette concurrente pour qu'elle fixe son PMP à 0,180, ce qu'elle a effectivement fait en remettant des coefficients X électricité, X gaz, Y, Z et W de telle façon que son PMP soit calculé par EDF-GDF à 0,1803, soit 0,180 arrondi au millième ;
- que, de plus, s'agissant de la liste d'entreprises accompagnées de leur PMP « Inéo 0,174<=>0,171, Spie 0,175<=>0,172, ALLEZ 0,175<=>0,172 » (cote 3235), suivant la mention « 2^{ème} » après la mention « 1^o tour », ETPR a indiqué par courrier du 9 novembre 2009 que « 2^{ème} » signifiait « 2^{ème} tour »

(cote 11184) et que, si cette observation a ensuite été réfutée par courrier du 29 avril 2011, la mention « 2^{ème} Groupe » a été maintenue (cote 15226) ; que la Décision constate également à juste titre, qu'en tout état de cause, les résultats des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres de travaux aéro-souterrains corroborent ces indications de prix (cotes 5947 et 5948), particulièrement en ce qui concerne le tour après négociation qui a conduit à l'attribution d'un lot aux quatre sociétés mises en exergue, à savoir ETPR, Inéo Réseaux Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec Spie Sud-Ouest ; que la Décision se réfère ainsi utilement :

- à un tableau (point 125 de la Décision) permettant, en ce qui concerne le 1^{er} tour et le 2^{ème} tour, pour les quatre entreprises concernées - ETPR, INEO, SPIE, ALLEZ - une comparaison entre, d'une part, les PMP mentionnés sur la note 3225 et, d'autre part, les PMP effectifs, qui démontre que, pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième (arrondi) par la note cotée 3235 saisie chez ETPR, étant observé que, pour le 1^{er} tour, les PMP sont vérifiés au millième (arrondi) pour Ineo Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour Spie Sud-Ouest et Allez et Cie ;

- à un tableau (point 127 de la Décision) qui met en évidence que les PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours du marché des travaux groupés aéro-souterrains relevés sur la note 3235 diffèrent de ceux remis lors des appels d'offres précédents du 1^{er} février 2002 au 31 janvier 2003, puis du 1^{er} février 2003 au 31 janvier 2004 (cotes 15950, 15955, 15960 et 15965) : à la différence de l'appel d'offres en cause dans la présente affaire, les PMP des deux marchés précédents de travaux aéro-souterrains ont été calculés en prenant en compte les coefficients principaux de la série S 1000, X, Y Z, W, mais aussi ceux B5000Mat et B5000MO et, qu'en outre, Allez et Cie n'était pas soumissionnaire à ce dernier appel d'offres ;

que la Décision observe exactement que ces PMP des deux marchés précédents n'ont pu inspirer le PMP d'ERCTP prévu par ETPR pour le marché de travaux groupés souterrains mixtes 2003/2004 ; qu'il est constant, par ailleurs, qu'une réunion était anticipée dès le 16 octobre 2003 ainsi que cela ressort de l'indication « EDF Dordogne Réunion à programmer pour niveau de prix + partage » figurant dans un carnet de notes du fils du dirigeant d'ETPR (cote 3220) ; qu'il ressort précisément de l'agenda du dirigeant d'ETPR, M. Michel Z..., à la date du 5 novembre 2003, la mention : « 14h30 RDV TG 24 BOULAZAC » (cote 3540), le terme TG 24 correspondant à « travaux groupés » et « 24 » au département de la Dordogne ; qu'ainsi, le principe d'une réunion était arrêté à la date du 5 novembre 2003, dans la commune de Boulazac, mais sans indication des participants ; qu'enfin, un post-it portant la mention « partage Dordogne » (cote 3434) a été retrouvé sur un carnet du fils du dirigeant d'ETPR ; que les éléments ci-dessus analysés doivent être rapprochés du fait :

- que ETPR, Allez et Cie Ineo Réseaux Sud-Ouest et Amec Spie Sud-Ouest ont, chacune, obtenu un des quatre lots attribués pour les travaux groupés aéro-souterrains ;

- que, de même, ETPR a obtenu un des trois lots attribués pour les travaux groupés souterrains mixtes, son offre ayant été meilleure que celle remise par ERCTP ;

qu'il est vrai que, dans le cadre de la procédure particulière de passation des marchés à bons de commande d'EDF-GDF dont les montants sont inférieurs au seuil communautaire pour les marchés de travaux les entreprises doivent scinder leur proposition tarifaire en sous-familles de prix et, après pondération de ces coefficients que EDF-GDF pour choisir l'entreprise attributaire du marché, des échanges entre l'acheteur et les soumissionnaires interviennent pendant une période qui débute lors de la remise des offres et qui se prolonge par différents tours de négociation, afin de finaliser l'obtention par EDF-GDF d'un prix conforme à ses souhaits ; que, cependant, contrairement à ce qui est soutenu, le pouvoir de négociation d'EDF-GDF ne rend pas en soi matériellement impossible ou, à tout le moins, ne prive pas d'intérêt toute concertation entre entreprises concurrentes en vue d'une répartition des lots entre elles, dès lors, d'une part, que les critères de pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas transmis aux candidats soumissionnant aux travaux groupés pour préserver l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes ainsi que l'égalité de traitement et, d'autre part, que la négociation n'intervient qu'après la remise des offres ; que les documents cotés 3232 et 3235 saisis chez ETPR contiennent ainsi les indices essentiels de l'existence d'un échange d'informations concernant les deux marchés de travaux groupés, aéro-souterrains et souterrains mixtes, entre les entreprises qui ont participé à cet échange dont ETPR a été le maître d'oeuvre et ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'elles au cours des deux tours de la négociation ; qu'en outre, ces deux documents ont bien été conçus par ETPR avant la date de remise des offres fixée au 7 novembre 2003, dès lors que le premier document coté 3232 est daté du 5 novembre 2003 et que, si le second document coté 3235 n'est pas daté, en revanche, l'analyse de son contenu et le rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, notamment avec le résultat des appels d'offres, démontrent qu'il a été établi avant la remise des offres ; qu'en effet, la mention d'un PMP de 0,173 lors du 1^{er} tour d'appel d'offres du marché de travaux aéro-souterrains, alors qu'ETPR remettra dans son acte d'engagement un prix différent, est une première indication de l'antériorité du document ; que les mentions par lesquelles ETPR prévoyait, d'une part, de ne pas descendre au-dessous de « 0,170 après négociation », ce à quoi elle s'est effectivement tenue, et, d'autre part, d'approcher une de ses concurrentes pour qu'elle fixe son PMP à 0,180 selon la mention « TG mixte => Voir ERCT pour Px => 0,180 Pondere 2004 », ce qui a été effectivement fait, sont deux autres indications de l'antériorité du document ; que, d'ailleurs, par courrier du 29 avril 2011, ETPR a elle-même entériné le fait que ce document coté 3235 avait précédé la remise de son offre : « L'indication 'TG

mixte > Voir ERCT' renvoie simplement à l'idée que Monsieur Vincent Z... souhaitait solliciter l'entreprise ERCT afin qu'elle lui fournisse un devis pour la réalisation de l'étude des travaux souterrain mixte. » (cote 15229) ; que l'échange d'informations entre ETPR et ainsi l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre sont suffisamment révélés par les mentions relatives aux PMP des 1^{er} et 2^{ème} tours de l'appel d'offres concernant le marché des travaux aéro-souterrains et des PMP de l'appel d'offres concernant le marché des travaux groupés souterrains mixtes, les prix étant presque identiques aux prix auxquels les lots de ces marchés ont été attribués aux entreprises mises en cause ; que, contrairement à ce qui est à nouveau soutenu, ETPR ne peut avoir eu connaissance des PMP par le donneur d'ordre avant la remise des soumissions, dès lors :

- que ces offres de prix se sont échelonnées dans un délai très court, entre le 5 et le 7 novembre 2003, soit trois jours, étant précisé que Inéo Réseaux Sud-Ouest et ERCTP ont pour leur part remis leur offre le 7 novembre 2003, soit le jour même de la remise des offres ;

- que si, dans le cas particulier et postérieur aux faits de l'espèce du marché de travaux aéro-souterrains 2009-2010 fourni par le service des réseaux Dordogne qui est mis en exergue par les requérantes, des informations ont pu être communiquées par ERDF après l'attribution des lots, ces informations ne portent pas sur les PMP, ni sur les coefficients intermédiaires lors de la remise des prix, puis lors des tours de négociation, mais sur les seuls coefficients finaux de prix ;

que, contrairement également à ce qu'affirment les requérantes, les annotations figurant sur le document coté 3235 ne pourraient résulter de simulations purement personnelles de ETPR, qui ne pouvait en effet s'inspirer des PMP des appels d'offres concernant des marchés de travaux précédents, dès lors qu'il est établi par le dossier, d'une part, que ces données ont été calculées sur la base de coefficients différents de ceux utilisés dans les appels d'offres en cause en l'espèce, et d'autre part que les entreprises qui participaient aux appels d'offres n'étaient pas les mêmes ; que s'il est vrai que les différents coefficients de pondération utilisés pour l'élaboration des PMP qui figurent sur les deux documents sont ceux qui ont été appliqués par EDF-GDF sous réserve d'un très faible écart concernant deux coefficients du marché des travaux groupés souterrains mixtes, la Décision a, cependant, exactement écarté les objections des requérantes sur ce point qui ne peuvent faire état d'inexactitudes, en relevant :

- que, comme il a été dit, les critères de pondération ne sont pas transmis par EDFGDF aux soumissionnaires, ce qui a d'ailleurs été confirmé par ETPR elle-même (point 103 de la Décision) : « Il s'agit bien là d'une simple hypothèse de travail, de réflexions, ne pouvant refléter de façon exacte la réalité, les critères de pondération des offres des candidats, n'étant pas communiqués à ces derniers par EDF [...] les critères de pondération, appliqués par EDF, ne sont pas transmis officiellement aux candidats soumissionnant aux travaux groupés. », cette explication ayant été renouvelée dans un courrier du 9 novembre 2009 : « Les critères de

pondération appliqués par EDF-GDF ne sont pas connus des candidats soumissionnant aux travaux groupés » (cote 11173) ;

- que ETPR, nécessairement informée par les entreprises de leurs coefficients de prix, était matériellement en mesure, sur la base des coefficients de pondération de calculer les PMP à remettre par elle et ses trois concurrentes pour le marché de travaux aéro-souterrains et celui à remettre par elle et ERCTP pour l'autre marché dans des conditions optimales concernant la fixation des prix et le classement des offres ;

- que les résultats du 1^{er} et du 2^{ème} tours d'appel d'offres du marché des travaux aéro-souterrains (cotes 5947 et 5948) corroborent les indications de prix mentionnés sur le document 3235 après la mention « 1^{er} tour » et la mention « 2^{ème} groupe » qu'ETPR a corrigée en précisant qu'il s'agissait du « 2^{ème} tour » pour réfuter ensuite cette correction, mais qui sans aucun doute concerne le deuxième tour de l'appel d'offres auquel ont participé les trois entreprises citées à côté de la mention et ETPR ;

- que, ainsi que l'établit le tableau déjà évoqué (point 125 de la Décision), les PMP remis pour le 1^{er} tour de l'appel d'offres sont ceux prévus au millième arrondi pour Inéo Réseaux Sud-Ouest et s'en approchent à un millième près pour Spie Sud-Ouest et Allez et Cie ; que les PMP remis pour le 2^{ème} tour après négociation sont ceux prévus au millième arrondi sur le document 3235 ; que l'appel d'offres a conduit à l'attribution d'un lot à chacune des quatre entreprises, à savoir ETPR, Ineo Sud-Ouest, Allez et Cie ainsi qu'Amec Spie Sud-Ouest selon les prévisions inscrites sur le document et que ces documents ne peuvent s'expliquer que comme étant le résultat d'une concertation entre les mises en cause, portant sur les offres qu'elles s'apprêtaient à déposer et sur la stratégie à suivre par chacune d'entre elles au cours des deux tours de la négociation et faussant ainsi la concurrence sur le marché constitué par l'appel d'offres ;

qu'enfin, au regard des éléments qui viennent d'être évoqués, la circonstance qu'au terme de développements précis et circonstanciés auxquels la cour se réfère expressément (points 303 à 306 de la Décision), l'Autorité a décidé de mettre hors de cause ETDE au motif que la preuve d'un échange d'informations entre ETPR et ETDE n'est pas établie à partir d'indices apparaissant en grande partie inexacts et qui n'étant pas complétés par d'autres éléments permettant qu'ils ne constituent pas un faisceau d'indices précis, graves et concordants, est sans incidence sur la caractérisation par la Décision de la pratique dénoncée à l'encontre des requérantes ; qu'en effet, la Décision retient exactement que les autres mentions des documents analysés qui mettent en évidence les PMP calculés par ETPR qui sont les prix remis par les concurrents lors des appels d'offres constituent un faisceau d'indices suffisants pour prouver l'échange d'informations entre les entreprises sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres documents saisis (extrait d'agenda) évoqués ci-dessus ; qu'il est suffisamment démontré par les développements qui précèdent que les appréciations retenues par l'Autorité pour décider que les pratiques étaient établies à l'encontre des entreprises mises en cause, dont la société Ineo Réseaux Sud-Ouest et la

société Spie Sud-Ouest, reposent bien sur un véritable faisceau d'indices et non, contrairement à ce qu'insinuent ces requérantes, sur l'analyse d'un seul document (arrêt p. 18 à 22) ;

1°) ALORS QUE ne peuvent être déclarées coupables d'entente prohibée que les parties ayant eu l'intention certaine de participer à une action concertée en vue de limiter l'accès au marché pertinent ou à la libre concurrence, cette concertation devant ressortir soit de preuves matérielles directes soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants faisant apparaître avec certitude un échange d'informations destinées à fausser le jeu de la concurrence ; que tout en constatant le caractère inexact des indices portés dans la note 3232 établie par le directeur général de la société ETPR servant de fondement au grief n° 1 retenu à l'encontre de la société Allez et Cie, ce qui avait conduit à la mise hors de cause de la société ETDE, la cour d'appel qui a cependant jugé suffisamment probante cette note pour déclarer la société Allez et Cie coupable d'entente prohibée, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et observations relativement au caractère inexact de ces indices impliquant sa mise hors de cause également, au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce qu'elle a ainsi violé ;

2°) ALORS QUE l'entente doit être caractérisée à défaut de preuves directes d'une concertation entre les parties concernées par un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; que dans son mémoire en réplique, la société Allez et Cie avait souligné le caractère non daté de la note 3235 pour en déduire l'impossibilité de déterminer avec certitude le moment de son établissement et par voie de conséquence son absence de caractère probant ; que tout en constatant le caractère non daté de ce document, la cour d'appel qui l'a cependant retenu à l'appui de sa décision de déclarer caractérisée une entente entre la société Allez et Cie et les autres entreprises visées, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et observations, au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce qu'elle a ainsi violé ;

3°) ALORS QUE les documents servant de fondement aux poursuites pour faits d'entente doivent viser précisément les entreprises concernées ; qu'en se fondant sur la note 3232 ne portant pas le nom de la société Allez et Cie, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'une entente ne peut être constituée qu'en cas de réunion effective ayant un objet anti-concurrentiel entre les entreprises concernées ; que pour déclarer justifié le grief n° 1 d'entente contre la société Allez et Cie, la cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'une réunion aurait été anticipée dès le 16 octobre 2003 entre les parties concernées ; qu'en se fondant ainsi sur l'anticipation d'une réunion sans constater la tenue effective de cette réunion,

ainsi uniquement envisagée, ce que contestait expressément la société Allez et Cie, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE ne constitue pas une entente, le fait pour diverses entreprises soumissionnaires de soumettre des prix moyens pondérés ou des coefficients, quasi similaires ou proches à l'appui de leurs offres ; qu'en se fondant sur le fait que les deux notes établies par le dirigeant d'une société poursuivie feraient ressortir la très grande proximité des prix moyens pondérés proposés par les parties à l'appui de leurs offres respectives, la cour d'appel, qui s'est prononcée à partir de considérations sinon inopérantes tout au moins insuffisantes, n'a pas légalement justifié son arrêt au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE dans son mémoire en réplique, la société Allez et Cie avait fait valoir que le processus de déroulement des appels d'offre excluait toute possibilité d'entente entre les parties soumissionnaires en ce que celles-ci devaient présenter leurs offres respectives en quelques heures ce qui excluait toute possibilité de concertation ; qu'en laissant sans réponse ce moyen pertinent de nature à exclure tout fait d'entente, la cour d'appel a violé les articles 455 du code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

7°) ALORS QUE l'échange d'informations entre entreprises ne peut être retenu comme constitutif d'une entente que s'il a eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; qu'en se bornant à faire état d'un échange d'informations qui résulterait de deux seules notes, soit inexacte soit non datée, la cour d'appel qui n'a pas procédé aux recherches requises, a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

8°) ALORS QU'en se fondant uniquement sur les mentions inexactes d'indices figurant dans la note 3232 et sur celles de la note 3235 non datée et ne portant pas le nom de la société Allez et Cie, insusceptibles de caractériser l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision de la déclarer coupable d'entente prohibée au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par la société Allez et Cie contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 novembre 2011 ayant décidé qu'elle avait enfreint, avec d'autres entreprises, les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et lui ayant infligé une sanction pécuniaire de 707.400 euros ;

AUX MOTIFS QUE

- en ce qui concerne les critères de détermination des sanctions :

que, pour déterminer si les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité à l'encontre des requérantes ont été fixées par la Décision conformément aux exigences des dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, il convient d'examiner successivement la gravité des pratiques, l'importance du dommage causé à l'économie ainsi que la situation individuelle des entreprises ; qu'en premier lieu, sur la gravité des pratiques, contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit et par des appréciations pertinentes (366 à 373 de la Décision) que la cour fait siennes, que la Décision a qualifié les pratiques en cause, et notamment les pratiques retenues au titre du grief n° 4 qui ont été mises en oeuvre à l'occasion de marchés publics d'appels d'offres, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac, particulièrement graves ; qu'en effet, les pratiques en cause retenues au titre des griefs n° 1 et n° 4 :

- ont porté sur des marchés privés et publics d'appels d'offres ;

- ont consisté en des concertations et des échanges d'informations sur les prix proposés par les entreprises avant le dépôt des offres ;

- en ce qui concerne le seul grief n° 4, ont également eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés ;

qu'il ne peut être sérieusement contesté que de telles pratiques sont particulièrement graves par nature, puisqu'elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, le fondement même des appels à la concurrence résidant dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'à l'opposé, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ; qu'au surplus, s'agissant, en particulier, des appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics, tels les appels d'offres litigieux retenus au titre du grief n° 4, à l'exception de ceux portant sur la maison de retraite de Ceignac (n° 5 et 5 bis), force est de constater que, ainsi que l'observe l'Autorité (point 369), le non-respect des règles de concurrence ne garantit plus à

l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; que, contrairement à ce qui est soutenu, le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation ne constituent pas un facteur d'atténuation de la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable et qu'il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché ; qu'ainsi, il convient, en l'espèce de distinguer les pratiques retenues au titre du grief n° 1 qui portent sur des marchés de travaux groupés d'une durée d'un an de celles retenues au titre du grief n° 4 qui, si elles portent sur des marchés d'appels d'offres ponctuels, résultent d'une entente de répartition des marchés mise en oeuvre pendant plusieurs mois ; que, par ailleurs, contrairement à ce qu'affirment les requérantes pour tenter de minimiser la gravité des pratiques et sans préjudice de l'appréciation du dommage causé à l'économie, ni la dimension locale des marchés litigieux, ni leur montant relativement peu élevé, ni l'existence d'un pouvoir de marché susceptible d'être exercé par les clients, tel EDF-GDF Services, ne peuvent justifier une pratique d'entente dans le cadre d'appels d'offres, ni remettre en question la gravité avérée des pratiques retenues à l'encontre des mises en cause ; qu'enfin, il n'est, ni contesté, ni contestable, que les entreprises mises en cause, notamment Spie Sud-Ouest et Inéo Réseaux Sud-Ouest, qui évoquent à plusieurs reprises, au soutien de leur recours, leur candidatures régulières aux appels d'offres, dont ceux d'EDF, sont assurément habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et que, dans ces conditions, elles ne peuvent prétendre sérieusement ignorer le caractère illicite de leurs concertations et échanges d'informations lorsqu'elles ont soumissionné aux appels d'offres litigieux ; qu'ainsi la connaissance par les entreprises mises en cause du caractère illicite des pratiques commises constitue sans nul doute, ainsi que l'a décidé l'Autorité, un facteur aggravant ; qu'en deuxième lieu, il est de principe que l'Autorité de la concurrence peut procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage causé à l'économie par chaque pratique, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques ; qu'au cas d'espèce, contrairement à ce qui est allégué par les requérantes, la Décision attaquée a, par des appréciations pertinentes (374 à 382) que la cour fait siennes, apprécié à sa juste mesure l'importance du dommage à l'économie provoqué par les ententes en cause ; qu'en effet, la Décision a exactement pris en compte :

- la circonstance que les pratiques ont été suivies d'effets, puisque, lorsqu'ils ont été attribués, les marchés visés par les griefs n° 1 et n° 4 ont tous été dévolus aux entreprises mises en cause ;
- au regard, pour les deux griefs, du montant total des marchés en cause qui s'élève à 5.030.024 HT, des éléments pertinents, résumés dans des tableaux (point 380 de la Décision) auxquels la cour se réfère expressément, portant, selon le cas, sur la date des marchés à bons de commande ou des marchés

concernés, sur les chantiers en cause, sur les maîtres d'ouvrage et les attributaires en cause ainsi que sur le montant total facturé pour chaque pratique ;

- les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises mises en cause (chiffre d'affaires 2003 pour le grief n° 1 et 2004 pour le grief n° 4) mis en regard de celui réalisé lors du dernier exercice connu (2009 ou 2010) dans un tableau (point 381 de la Décision) auquel la cour se réfère ; que ces éléments, tels que synthétisés dans ces tableaux, suffisent à établir que, comme elle y est astreinte pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie par les ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, l'Autorité de la concurrence qui, par ailleurs, n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie, a bien ainsi pris en compte la mise en oeuvre effective ou non des pratiques retenues, de leur durée, de la taille et de la position des entreprises concernées sur le secteur ainsi que du montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques ; que plus généralement, le dommage à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, les pratiques dénoncées en l'espèce affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'il s'infère également de ces constatations que l'éventuel défaut de profit retiré des pratiques anticoncurrentielles par les entreprises mises en cause voire une marge nette déficitaire ne sont pas de nature à minorer l'importance du dommage causé à l'économie ; qu'enfin, contrairement aux assertions des requérantes, la Décision a bien tenu compte de la dimension locale des marchés concernés et, en ce qui concerne les marchés retenus au titre du grief n° 1, du pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services comme facteur d'atténuation du dommage causé à l'économie ; que, cependant, et sans pour autant, ainsi que cela lui est reproché de manière inexacte, porter à nouveau, au stade de l'analyse de l'importance du dommage à l'économie, une appréciation sur la gravité des faits, la Décision était en droit de nuancer son appréciation en relevant aussitôt (point 382 de la Décision), que l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, du fait notamment du risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter de telles pratiques, constitue néanmoins, en soi, un facteur d'aggravation du dommage à l'économie ; qu'en troisième lieu, sur la situation individuelle des entreprises, l'Autorité a, tout d'abord, exactement déterminé (points 383 à 387 de la Décision) le rôle joué dans les pratiques en cause par Spie Sud-Ouest et Inéo Réseaux Sud-Ouest qui ne sont pas fondées à invoquer une circonstance atténuante au regard de leur rôle de suiveur ou de franc-tireur, dès lors que ces entreprises ne démontrent pas qu'elles auraient été contraintes de participer à l'infraction ou que, alors que les marchés visés par les griefs n° 1 et 4 ayant été dévolus aux entreprises mises en cause, elles auraient adopté un comportement concurrentiel au point d'avoir perturbé le fonctionnement même de la

concertation ; qu'ensuite, Inéo Réseaux Sud-Ouest et Spie Sud-Ouest reprochent à tort à l'Autorité d'avoir inexactement apprécié les conséquences de leur appartenance à un groupe d'envergure nationale, dès lors qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 464-2 du code de commerce que, afin d'assurer le caractère à la fois proportionné et dissuasif de la sanction, il peut être tenu compte, au titre des éléments d'individualisation de la sanction, de l'appartenance de l'entreprise concernée à un groupe disposant d'une taille ou d'une puissance économique importante ; qu'en l'espèce, c'est ainsi à bon droit et sans encourir le grief de contradiction avec une prétendue absence d'imputabilité des pratiques poursuivies aux sociétés mères d'Inéo Réseaux Sud-Ouest et de Spie Sud-Ouest, que la Décision a relevé (point 389) que l'appartenance de ces sociétés à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait être prise en compte dans la détermination de la sanction ; qu'enfin, si l'organisation de formations destinées à la sensibilisation de son personnel au droit de la concurrence qui a été mise en avant par Spie Sud-Ouest au titre de l'appréciation de sa situation personnelle constitue assurément, ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence dans ses observations, une démarche louable, il n'en demeure pas moins que l'instauration d'un programme de conformité pendant la phase préliminaire d'enquête ou la procédure d'instruction ne peut avoir d'impact sur la sanction de faits antérieurs à sa mise en cause ;

- en ce qui concerne le montant des sanctions :

que, sur la méthode de détermination des sanctions mises en oeuvre au cas d'espèce, il est rappelé que l'Autorité de la concurrence a expliqué, dans la Décision, que, conformément à sa pratique décisionnelle récente, le chiffre d'affaires réalisé en France au cours de l'année pendant laquelle ont eu lieu les pratiques retenues à l'encontre de chacune des parties mises en cause a été retenu comme base pour déterminer le montant des sanctions, soit le chiffre d'affaires réalisé en 2003 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief n° 1 et celui réalisé en 2004 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief (point 406 de la Décision) ; que ces explications, renouvelées ensuite par l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour, suffisent à établir que, contrairement à ce que soutient Spie Sud-Ouest, l'Autorité, à qui les dispositions précitées du code de commerce n'imposent pas une assiette particulière pour la détermination du montant des sanctions, n'a pas fait une application rétroactive du communiqué du 16 mai 2011 en ne se conformant pas à l'annonce faite à titre liminaire sur la non-application de ce texte dans la présente affaire ; qu'en effet, il était loisible à l'Autorité de rappeler, dans ses observations, que, s'agissant en l'espèce de pratiques anticoncurrentielles portant sur des appels d'offre ponctuels, la méthode, telle qu'elle ressort de sa pratique décisionnelle, qui a été appliquée dans le cadre de la présente affaire, demeure constante et, notamment, qu'elle n'a pas évolué lorsqu'elle a été explicitée et formalisée ensuite dans le cadre du communiqué du 16 mai 2011 ; qu'au surplus, Spie Sud-Ouest a été mise en mesure de prendre connaissance et de débattre de tous les éléments utiles sur la méthode suivie pour la détermination du montant des sanctions au

regard de la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité et, notamment, de la décision n° 11- D-02 précitée, qui ne peut être invoquée utilement par la requérante en ce qui concerne le montant du chiffre d'affaires à retenir, dès lors qu'elle ne concernait pas, à la différence de la présente espèce, des appels d'offres ponctuels ; qu'il est rappelé que la Décision explique également ;

- que le montant de chaque sanction a été déterminé, à partir du chiffre d'affaires qui vient d'être défini, en fonction de la gravité des pratiques retenues à l'encontre des parties ainsi que de l'importance du dommage à l'économie et qu'elle a ensuite tenu compte des éléments d'individualisation retenus (point 407) ;

- que le montant de la sanction a, le cas échéant, été écriêté afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des mises en cause ;

que, compte tenu des explications ainsi données sur la méthode de détermination des sanctions et eu égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause des entreprises concernées, les moyens et justificatifs avancés par les requérantes ne sont pas de nature à conduire la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité :

- à la société Allez et Cie (points 413 et 414) ;

- à la société Inéo Réseaux Sud-Ouest (415 à 417), sauf à préciser que, pas plus que devant l'Autorité, cette société ne justifie de l'existence de difficultés particulières affectant sa capacité contributive ;

- à la société Spie Sud-Ouest (418 et 419) (arrêt p. 31 à 35) ;

1°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre et déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que dans son mémoire, la société Allez et Cie avait fait valoir que la gravité des pratiques reprochés à l'appui du grief n° 1 la visant était nettement moindre que celle des pratiques reprochées à l'appui du grief n° 4 qui ne la concernait pas ; qu'en visant conjointement les deux griefs pour les réunir dans son appréciation de la gravité des manquements, sans procéder, ainsi qu'il le lui était demandé et ce qui s'imposait d'office, à une recherche séparée de la gravité de chacun des deux griefs en cause, au regard de la situation individuelle de chaque entreprise, la cour d'appel n'a pas légalement justifié son arrêt au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires étant appliquées en fonction de la gravité des fautes, conformément au principe de proportionnalité, doivent être déterminées individuellement et de façon motivée pour chaque entreprise ; qu'en se bornant à viser les entreprises concernées autres que

la société Allez et Cie, la cour d'appel qui s'est ainsi abstenue d'examiner précisément la situation individuelle de celle-ci, a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 464-2 alinéa 3 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie, ce dommage ne pouvant être présumé ; que dans son mémoire, la société Allez et Cie avait fait valoir que les prix pratiqués étaient économiquement justifiés et n'avaient fait naître aucun préjudice chez le client ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'il lui était ainsi clairement demandé, si les pratiques reprochées avaient causé de manière directe et certaine un dommage à l'économie au regard des clients, bénéficiaires de la protection légale, la cour d'appel n'a pas légalement justifié son arrêt au regard de l'article L. 464-2 al 3 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE les juges du fond doivent examiner précisément la situation individuelle de chaque entreprise à l'appui de leur détermination du montant des sanctions devant être appliquées conformément au principe de proportionnalité ; que la société Allez et Cie avait souligné que le montant de la sanction envisagée à son encontre représentait dix années de marge nette de l'agence de Sarlat ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen pertinent, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.