

COMM.

LM

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

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

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 Amoux, 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°/ 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°/ 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°/ 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°) 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°) 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°/ 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°/ 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°/ 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°/ 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'indices 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.