

Grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 21 JANVIER 2016

(n° **10**, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2014/22811**

Sur renvoi après cassation d'un arrêt rendu le **21 octobre 2014** par la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de Cassation ayant cassé et annulé, 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** par la **Cour d'Appel de PARIS** (Pôle 5 - Chambre 5-7) ayant statué sur les recours formés contre la décision n° **11-D-13** du **05 octobre 2011** de l'**AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE** ;

DEMANDERESSES à la SAISINE :

- La société INEO RESEAUX SUD OUEST, S.N.C.

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 15 chemin de la Chasse - ZI en Jacca - 31770 COLOMIERS

Elisant domicile au Cabinet de Maître Olivier BERNABE

22 rue Bergère 75009 PARIS

Représentée par :

- Maître Olivier BERNABE,

avocat au barreau de PARIS,

toque : B0753

22 rue Bergère 75009 PARIS

- Maître Odile MEYUNG MARCHAND,

avocat au barreau de PARIS, toque : B0108

22 bis rue Jouffroy d'Abbans 75017 PARIS

- La société SPIE Sud-Ouest, S.A.S.

Prise en la personne de son représentant légal

Dont le siège social est : 70 chemin de Payssat - ZI de Mautauban - 31400 TOULOUSE

Chez Maître François TEYTAUD

61 boulevard Haussmann 75008 PARIS

Représentée par

- Maître François TEYTAUD,

avocat au barreau de PARIS,

toque : J125

61 boulevard Haussmann 75008 PARIS

- Maître Sylvain JUSTIER,

avocat au barreau de PARIS,

toque : C0477

La SELARL MAGENTA

60 rue de la Boétie 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Représentée par son Président
11 rue de l' Echelle 75001 PARIS

représentée à l'audience par M. Henri GENIN, muni d'un pouvoir

- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

TELEDOC 252 - D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol 75703 PARIS CEDEX 13

représenté à l'audience par M. André MARIE, muni d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 19 novembre 2015, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Olivier DOUVRELEUR, Président de chambre
- Mme Laurence FAIVRE, Conseillère
- Mme Marie-Annick PRIGENT, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine GUIDONI, Avocate Générale, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Olivier DOUVRELEUR, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Faits et procédure

Par lettre du 15 décembre 2006, le ministre chargé de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'ententes observées en 2003 et 2005 dans le secteur des travaux d'électrification dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes. Sur la base des constatations faites et des éléments recueillis, six griefs ont été notifiés à 36

entreprises auxquelles il était reproché de s'être concertées dans le cadre d'appels d'offres lancés entre 2003 et 2006 par EDF-GDF Services, EDF-GDF Distribution, des syndicats intercommunaux et diverses collectivités territoriales.

Par décision n° 11-D-13 du 5 octobre 2011, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'Autorité) a constaté que les éléments du dossier n'établissaient pas la réalité des pratiques qui avaient fait l'objet de quatre des six griefs notifiés et elle a, en conséquence, écarté les griefs n° 2, 3, 5 et 6. Elle a, en revanche, considéré qu'étaient constitués le grief n° 1, relatif à des pratiques concertées lors de deux marchés passés en 2003 par EDF-GDF Services en Dordogne, et le grief n° 4, relatif à des pratiques concertées lors de marchés de travaux d'électricité en Aveyron passés par divers donneurs d'ordres en 2004 et 2005.

L'Autorité a infligé aux entreprises en cause les sanctions pécuniaires suivantes :

- à ETPR une sanction de 130 900 euros ;
- à ERCTP une sanction de 59 500 euros ;
- à Allez et Cie une sanction de 707 400 euros ;
- à Ineo Réseaux Sud-Ouest une sanction de 551 400 euros ;
- à Spie Sud-Ouest une sanction de 5 104 800 euros ;
- à Cegelec Sud-Ouest une sanction 2 612 400 euros ;
- à QRG une sanction 185 200 euros ;
- à Elit et Angel Larren solidairement une sanction de 18 900 euros ;
- à Sega une sanction de 9 900 euros ;
- à Établissements Marti une sanction de 21 700 euros.

S'agissant de celles de ces sociétés appartenant à un groupe, l'Autorité a considéré qu'elles disposaient d'une complète autonomie pour déterminer leur politique commerciale et qu'en conséquence, il n'y avait pas lieu d'imputer à leur société mère les pratiques dont elles étaient l'auteur.

S'agissant de la détermination du montant de ces sanctions, l'Autorité a motivé sa décision au vu, comme le prévoit l'article L. 464-2 du code de commerce, de l'appréciation qu'elle portait sur la gravité des pratiques en cause, le dommage à l'économie en résultant, la situation des entreprises et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées. Elle a, notamment, indiqué que, pour déterminer le montant des sanctions qu'elle leur avait infligées, elle avait pris en compte l'appartenance des sociétés ERCTP, Ineo Réseaux Sud-Ouest, Spie Sud-Ouest, Cegelec Sud-Ouest et Forclum QRG à un "*groupe d'envergure nationale*" dont le chiffre d'affaires était "*particulièrement important*".

Les sociétés Ineo Réseaux Sud-Ouest, Spie Sud-Ouest et Allez et Cie ont formé contre cette décision un recours devant la Cour d'appel de Paris. Celle-ci a, par arrêt du 28 mars 2013, rejeté l'ensemble des moyens, de procédure et de fond, tendant à l'annulation et, subsidiairement, à la réformation de la décision de l'Autorité. S'agissant en particulier du montant des sanctions infligées aux sociétés Ineo sud-Ouest et Spie Sud-Ouest, la cour d'appel a jugé que c'était à bon droit que l'Autorité avait considéré que leur appartenance "*à un groupe dont le chiffre d'affaires est particulièrement important devait [être] prise en compte dans la détermination de la sanction*".

Les sociétés Ineo Réseaux Sud-Ouest et Spie Sud-Ouest ont formé contre cet arrêt un pourvoi en cassation.

Par arrêt du 21 octobre 2014 (chambre commerciale, financière et économique, pourvois n° Q 13-16.602, S 13-16.696, U 13-16.905), la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt attaqué "*mais seulement en ce qu'il a confirmé le montant des sanctions prononcées à l'encontre des sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest (...)*", et a renvoyé la cause et les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée. Elle a, en effet, jugé que l'article L. 464-2 du code de commerce prévoyant que les sanctions pécuniaires étaient déterminées individuellement pour chaque entreprise et de façon autonome pour chaque sanction, "*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" ; elle a constaté que la cour d'appel avait violé ce texte en retenant que c'était à bon droit que l'Autorité avait relevé que l'appartenance des sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Sud-Ouest à un groupe disposant d'une puissance économique importante devait être prise en compte dans la détermination de la sanction.

Les sociétés Ineo et Spie ont saisi la cour d'appel de Paris par déclarations au greffe en date, respectivement, des 14 novembre et 22 décembre 2014.

La Cour,

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 mars 2013 ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) du 21 octobre 2014 ;

Vu la déclaration de saisine après renvoi de la Cour de cassation déposée par la société Spie Sud-Ouest le 22 décembre 2014 ;

Vu la déclaration de saisine après renvoi de la Cour de cassation déposée par la société Ineo Réseaux Sud-Ouest le 14 novembre 2014 ;

Vu les mémoires déposés les 26 mars 2015 et 6 octobre 2015 par la société Ineo Réseaux Sud-Ouest ;

Vu les mémoires déposés les 26 mars et 6 octobre 2015 par la société Spie Sud Ouest ;

Vu les observations écrites déposées par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique le 30 juin 2015 ;

Vu les observations écrites déposées par l'Autorité de la concurrence le 2 juillet 2015 ;

Vu l'avis du ministère public en date du 17 novembre 2015 ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 19 novembre 2015 les sociétés Spie Sud Ouest et Ineo Réseaux Sud Ouest, qui ont été en mesure de répliquer et ont eu la parole en dernier, le représentant du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, le représentant de l'Autorité de la concurrence et le ministère public ;

La société Spie Sud-Ouest demande à la Cour de :

A titre principal,

- dire et juger que l'Autorité a méconnu les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce du fait, d'une part, du défaut de motivation du dommage à l'économie retenu et, d'autre part, des erreurs d'appréciation commises s'agissant de la gravité des pratiques et de l'importance du dommage à l'économie retenu et constater que cette situation a conduit (i) à retenir un montant de base et (ii) à imposer une sanction disproportionnés ;

- dire et juger que l'Autorité a méconnu les articles 6 et 7 de la CESDH, ensemble le principe du contradictoire, les droits de la défense et le principe de légalité et de prévisibilité de la loi, en faisant une application rétroactive du Communiqué, conduisant à retenir de manière imprévisible pour Spie Sud-Ouest un montant de base disproportionné et, partant, à lui imposer une sanction disproportionnée ;

- dire et juger que l'Autorité a méconnu les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, s'agissant des éléments d'individualisation de la sanction retenus contre Spie Sud-Ouest, en retenant à tort une circonstance aggravante du fait de son appartenance à un groupe d'envergure nationale ;
- en conséquence, annuler ou, à défaut, réformer l'article 3 de la Décision en réduisant le montant de la sanction imposée à Spie Sud-Ouest d'au moins 50 % ;

A titre subsidiaire,

- dire et juger que l'Autorité a méconnu les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, s'agissant des éléments d'individualisation de la sanction retenus contre Spie Sud-Ouest, en retenant à tort une circonstance aggravante du fait de son appartenance à un groupe d'envergure nationale ;
- en conséquence, réformer l'article 3 de la Décision en ce qu'il a condamné Spie Sud-Ouest à une sanction pécuniaire de 5 104 800 euros, en réduisant le montant de ladite sanction d'au moins 50 % ;

En tout état de cause,

- ordonner la restitution des sommes indûment payées par Spie Sud-Ouest au titre de l'article 3 de la Décision augmentées des intérêts au taux légal à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir et prononcer, en application des dispositions de l'article 1154 du code civil, la capitalisation de ces intérêts à chaque échéance annuelle ;
- condamner le ministre de l'économie au paiement d'une somme de 30 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Ineo Réseaux Sud-Ouest demande à la cour de :

I- Constaté que la sanction infligée à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest l'a été en fonction de la taille et du montant de onze marchés au titre desquels aucun grief n'a été retenu à son encontre, majorant ainsi de 60 % le montant du marché objet du grief n° 1 seul retenu à son encontre ;
Constaté que cette sanction a également été fixée en fonction d'un dommage causé à l'économie déclaré aggravé par un risque de banalisation, alors que ce dernier a déjà été pris en considération dans l'appréciation de la gravité de la pratique reprochée ;
Constaté que cette sanction a par ailleurs été aggravée au seul motif de l'appartenance de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest à un groupe.

En conséquence :

Dire et juger la sanction prononcée à l'encontre de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest contraire aux dispositions de l'article L. 464-2 I du code de commerce,
Réformer la Décision n° 11-D-13 rendue le 5 octobre 2011 par l'Autorité de la concurrence en ce qu'elle a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest et statuant à nouveau :

Dire et juger que la surévaluation de 60 % de la taille et du montant du marché objet du grief n° 1 seul retenu à l'encontre de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest justifie une réduction de la sanction prononcée ;

Dire et juger n'y avoir lieu à aucune aggravation de la sanction encourue par la société Ineo Réseaux Sud-Ouest et qu'en particulier, la circonstance aggravante tirée de son appartenance à un groupe indûment retenue à son encontre justifie également une réduction de la sanction prononcée à son encontre ;

Dire et juger l'Autorité de la concurrence irrecevable et mal fondée en sa demande subsidiaire de mesure d'instruction ;

II- Dire et juger que la sanction encourue doit par ailleurs être proportionnée à la situation de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest et tenir compte de la dégradation importante de ses résultats et de ses capitaux propres.

En conséquence, réformer également de ce chef la Décision n° 11-D-13 rendue le 5 octobre 2011 par l'Autorité de la concurrence en ce qu'elle a infligé une sanction pécuniaire de 551 400 euros

à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest.

Réduire également de ce chef le montant de ladite sanction eu égard à la capacité contributive réduite de celle-ci et au caractère inédit de la pratique reprochée.

Ordonner la restitution des sommes indûment payées par la société Ineo Réseaux Sud-Ouest en exécution de la Décision n° 11-D-13 rendue le 5 octobre 2011, outre les intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir et capitalisation dans les termes de l'article 1154 du code civil.

Le Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique invite la cour d'appel à réformer la décision de l'Autorité de la concurrence pour tenir compte de la cassation intervenue et s'en remet à sa sagesse quant au montant des sanctions pouvant être infligées à chacune des sociétés.

L'Autorité de la concurrence demande à la cour de rejeter les recours formés par les sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest ; à titre infiniment subsidiaire, au cas où la cour s'estimerait insuffisamment renseignée pour motiver l'aggravation des sanctions prononcées en considération de l'appartenance des sociétés à un groupe, elle lui demande d'ordonner toutes mesures d'instruction qu'elle jugera appropriées pour établir la capacité des sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest à mobiliser des ressources auprès de leur groupe respectif.

Le **Ministère public** demande à la cour d'apprécier l'incidence de l'appartenance à un groupe au regard de la cassation intervenue et, le cas échéant, de réformer la décision de l'Autorité quant au montant des sanctions pour chacune des entreprises requérantes.

Il sera renvoyé, pour un exposé plus ample des moyens, aux écritures des parties et aux développements qui suivent.

SUR CE,

Les sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest ont été sanctionnées, au titre du grief n° 1, pour s'être entendues, avec d'autres entreprises sur leurs prix préalablement à la passation de marchés de travaux groupés aéro-souterrains en Dordogne, dans le cadre d'appels d'offres lancés en 2003 par EDF-GDF Services.

La société Spie Sud-Ouest a, en outre, été sanctionnée pour avoir mis en œuvre avec d'autres entreprises une entente de répartition dans le cadre de dix marchés de travaux d'électricité en Aveyron passés par divers donneurs d'ordres en 2004 et 2005.

Les sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest contestent le montant des sanctions pécuniaires qui leur ont été infligées à hauteur, respectivement, de 5 104 800 euros et 551 400 euros. A l'appui de leur demande d'annulation et, à défaut, de réformation de la décision de l'Autorité, elles développent des moyens relatifs à la gravité des pratiques en cause, au dommage à l'économie en résultant, à leur appartenance à un groupe de sociétés et, s'agissant de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest, à ses difficultés financières.

Sur la gravité des pratiques en cause

L'Autorité a, dans sa décision, constaté que les pratiques en cause étaient "*particulièrement graves*" ; elle a fondé cette appréciation sur des motifs que les sociétés requérantes contestent en ce qui concerne la nature de ces pratiques, leur durée et la connaissance de leur caractère illicite.

Sur la gravité "par nature" des pratiques reprochées

L'Autorité a rappelé que les pratiques en cause ont consisté dans des concertations et des échanges d'informations sur les prix avant le dépôt des offres et, s'agissant du grief n° 4, dans la désignation par avance des attributaires des marchés. Elle en a conclu qu'en limitant ainsi l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles

s'étaient déterminées de manière indépendante, et en affectant le fondement même des appels à la concurrence, ces pratiques étaient "*particulièrement graves par nature*".

La société Spie Sud-Ouest reproche à l'Autorité d'avoir, par cette analyse, retenu "*l'échelon le plus grave des pratiques dont elle peut avoir à connaître*" et elle soutient que si, compte tenu des éléments du dossier, elle "*pouvait considérer que les pratiques alléguées étaient 'graves', elle ne pouvait pas pour autant les considérer comme revêtant une particulière gravité*". C'est ainsi qu'elle fait valoir qu'il "*ressort des points 366 à 369 de la Décision, mis en perspective avec le point 373*", que, aux yeux de l'Autorité, les ententes les plus graves sont celles commises dans le cadre de marchés publics et elle souligne que, cependant, aucune des ententes relevant du grief n° 1 n'était relative à un marché public relevant du code des marchés publics et, s'agissant du grief n° 4, que deux des marchés en cause n'étaient pas des marchés publics. Elle en déduit que ce constat ne permettait pas à l'Autorité de qualifier, comme elle l'a fait, les pratiques en cause de "*particulièrement graves par nature*".

Cette analyse est cependant démentie par la motivation même de la décision attaquée. Il en ressort, en effet, que l'Autorité n'a nullement considéré que les pratiques affectant des marchés publics étaient plus graves que celles affectant des marchés privés mais qu'elle a, au contraire, explicitement relevé, que les pratiques en cause "*ont porté sur des marchés privés et publics d'appels d'offres*" (§ 366). Par cette même motivation, elle a indiqué que leur "*particulière gravité*" procédait, non de ce qu'elles auraient porté sur des marchés publics, mais de ce qu'elles "*limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante*" (§ 367), avant de rappeler, sans distinguer entre les marchés publics et les marchés privés, que "*le fondement même des appels à la concurrence réside 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 concurrents, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas (...)*" (§ 368). Ces formules démontrent que, contrairement à ce que soutient la société Spie Sud-Ouest, l'Autorité n'a pas considéré qu'une atteinte au libre jeu de la concurrence était plus grave lorsqu'elle affectait un marché public qu'un marché privé ; à cet égard, il y a lieu de constater que si l'Autorité a ensuite expressément évoqué les marchés publics, ce n'est qu'à titre illustratif, pour souligner que "*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*" (§ 369).

La société Ineo Réseaux Sud-Ouest, pour sa part, fait valoir que les pratiques qui lui sont reprochées au titre du seul grief n° 1 ne relevaient pas des "*pratiques anticoncurrentielles les plus graves*", puisqu'elles ont consisté non, par exemple, dans des ententes de répartition, d'éviction ou d'organisation de cartels, mais seulement dans des échanges d'information.

S'il n'est effectivement pas reproché à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest d'avoir pris part à des pratiques de répartition de marchés, cette circonstance a bien été prise en compte par l'Autorité dans l'appréciation qu'elle a portée sur la gravité des différentes pratiques qu'elle a sanctionnées. Ainsi, dans les développements qu'elle a consacrés à cette appréciation, l'Autorité a clairement souligné que les unes, celles relevant du grief n° 1, avaient consisté dans "*des concertations et des échanges d'informations sur les prix*" et que les autres, celles relevant du grief n° 4, avaient, en outre, "*eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés*" (§ 366) ; cette distinction est, par ailleurs, explicitement marquée au point 373 de sa décision, par lequel l'Autorité, en conclusion de l'examen de la gravité des pratiques, souligne que cette gravité affecte "*notamment les pratiques retenues au titre du grief n° 4*".

Sur la durée des pratiques

L'Autorité a rappelé dans sa décision que l'appel d'offres étant par nature un marché instantané, les pratiques de concertation qui viennent à les fausser sont nécessairement ponctuelles et d'une faible durée. Elle en a conclu qu'en l'espèce, la brièveté des pratiques en cause ne pouvait être considérée comme un facteur d'atténuation de leur gravité et qu'il convenait d'en apprécier la durée en prenant en compte, comme elle le fait habituellement, la durée d'exécution du marché, soit en l'occurrence une durée d'un an pour les pratiques relevant du grief n° 1 et une durée de

"plusieurs mois" pour les pratiques relevant du grief n° 4 (§ 370).

Les sociétés requérantes, en premier lieu, soulignent, s'agissant des pratiques relevant du grief n° 1, que la durée des marchés en cause était effectivement d'une année, mais qu'il s'agissait de marchés à bons de commande "*ne s'exécutant pas continûment pendant un an, mais de façon ponctuelle et fractionnée, au fur et à mesure des commandes que passe le donneur d'ordres*". Elles en concluent que la durée des pratiques était "*nécessairement*" plus courte que la durée des marchés et elles reprochent à l'Autorité de ne pas en avoir tenu compte et de ne pas s'être "*assurée de la durée réelle d'exécution desdites commandes*".

Cependant, il ressort de la lecture de la décision déférée que l'Autorité n'a nullement occulté le fait que les marchés relevant du grief n° 1 constituaient des marchés à bons de commande, cette précision, au demeurant, figurant expressément dans le tableau inséré au point 380 de la décision. Il n'en demeure pas moins que même si le marché s'exécutait par des commandes successives, la relation contractuelle unissant le donneur d'ordres et les attributaires, qui a été faussée par les concertations et échanges d'informations, a duré une année.

En deuxième lieu, la société Ineo Réseaux Sud-Ouest fait valoir que la pratique qui lui est reprochée "*n'a porté que sur un seul marché (le marché des travaux aéro-souterrains du 7 novembre 2003) et qu'elle est restée isolée dans le temps : les 5-7 novembre 2003*".

Pas plus que la précédente cette circonstance n'a été écartée par l'Autorité ; au contraire, les pratiques pour lesquelles la société Ineo Réseaux Sud-Ouest a été sanctionnée, au titre du grief n° 1, ont été minutieusement décrites et appréciées par l'Autorité aux points 100 à 136 et 278 à 309 de sa décision et il n'est à aucun moment suggéré que cette société aurait été concernée par les autres pratiques sanctionnées au titre du grief n° 4. S'agissant de la durée de ces pratiques, l'Autorité a rappelé que les offres avaient été déposées par les entreprises soumissionnaires entre le 4 novembre et le 7 novembre 2003 et que la société Ineo Réseaux Sud-Ouest avait remis son offre le 7 novembre 2003 (tableau figurant au § 105) ; aussi, pour les raisons rappelées plus haut, pouvait-elle légitimement prendre également en compte la durée d'exécution du marché.

En troisième lieu, s'agissant des pratiques relevant du grief n° 4, la société Spie Sud-Ouest fait état de précédentes décisions de l'Autorité et de la Cour de cassation, dans lesquelles la durée d'une année d'un marché avait été qualifiée de "*limitée*". Ce simple rappel, cependant, qui n'est accompagné d'aucune précision qui permettrait d'établir la pertinence des comparaisons faites, n'est pas de nature à remettre en cause l'appréciation qu'a portée l'Autorité.

Sur la connaissance du caractère illicite des pratiques en cause

L'Autorité a rappelé dans sa décision que, selon sa pratique décisionnelle comme selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle avait commises constituait un "*facteur aggravant*". Elle a considéré que tel était le cas en l'espèce, puisque les entreprises en cause étaient habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et qu'elles ne pouvaient, en conséquence, ignorer le caractère illicite de leurs concertations et échanges d'informations lorsqu'elles ont soumissionné aux appels d'offres litigieux (§ 372).

La société Ineo Réseaux Sud-Ouest conteste cette allégation et demande à la cour d'écartier ce facteur aggravant en ce qui la concerne. Elle expose, d'une part, que les réponses aux appels d'offres sont préparées non par ses collaborateurs juristes, mais par ses collaborateurs opérationnels, lesquels n'ont pas connaissance du caractère illicite des pratiques en cause. Cet argument ne saurait être retenu, puisque l'expertise d'un juriste n'est nullement une condition nécessaire à la prise de conscience que les concertations et échanges d'informations entre

entreprises soumissionnaires à un appel d'offres sont par principe prohibées ; il s'agit au contraire d'une information élémentaire qui doit être connue de tout collaborateur de l'entreprise participant à un appel d'offres. La société Ineo Réseaux Sud-Ouest souligne, d'autre part, qu'elle n'a jamais été poursuivie ni sanctionnée pour des pratiques anticoncurrentielles ; force est de constater qu'à la supposer avérée, cette circonstance n'atténue en rien la gravité objective des faits qui lui sont reprochés.

La société Spie Sud-Ouest, pour sa part, fait valoir qu'il est de notoriété publique que les pratiques en cause sont illicites et qu'en conséquence l'Autorité "*ne pouvait inférer la gravité des pratiques du fait que Spie Sud-Ouest réponde fréquemment à des appels d'offres*". Cependant, cet argument manque de pertinence, puisque l'absence de doutes raisonnables sur l'illicéité de ces pratiques doit, à l'évidence, être au contraire considérée comme une circonstance aggravante.

Sur le dommage à l'économie

Sur les moyens développés par la société Spie

En premier lieu, la société Spie rappelle que si l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, il est de principe qu'elle doit en démontrer l'existence et en apprécier l'importance, son appréciation devant, selon la Cour de cassation, reposer sur une analyse claire, précise, intelligible et aussi complète que possible des éléments juridiques et factuels du dossier. Elle soutient que l'Autorité n'a, en l'espèce, pas satisfait à cette exigence puisqu'elle s'est contentée de faire état de "*considérations générales - et au demeurant incomplètes - sur les éléments qu'elle prend en compte au titre du dommage à l'économie*".

S'agissant de l'existence du dommage à l'économie, si, comme le rappelle la société Spie Sud-Ouest, ce dommage ne se présume pas et doit être prouvé, il ressort de la décision déferée que tel a bien été le cas. En effet, l'Autorité, dans la motivation de sa décision, après avoir souligné que ce dommage était distinct et indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage du fait de la collusion en plusieurs entreprises soumissionnaires à ses appels d'offres, a relevé que les pratiques en cause affectaient le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants, et constituaient une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussaient le libre jeu (§ 376). S'agissant de l'importance de ce dommage, l'Autorité, si elle n'a pas procédé à un chiffrage précis, s'est livrée à une approche quantitative la plus poussée possible, au vu des éléments dont elle disposait ; c'est ainsi qu'elle a récapitulé certains de ces éléments dans un tableau inséré au point 380 de sa décision et elle a expressément indiqué que "*pour chacune des pratiques retenues sur les marchés en cause*", l'importance du dommage à l'économie devait "*être appréciée en tenant notamment compte des éléments figurant dans [ce] tableau*". Chacun des marchés en cause est présenté de façon séparée dans ce tableau, lequel en indique les attributaires, le montant global et les montants facturés par chaque entreprise attributaire. Par ailleurs, l'Autorité a, au point 381 de sa décision, rappelé pour les années 2003 et 2004, correspondant à la commission des pratiques en cause, et pour les années 2009 et 2010, les chiffres d'affaires réalisés par chacune des entreprises sanctionnées ; enfin, elle a expressément relevé, d'une part, des facteurs d'atténuation du dommage causé à l'économie, consistant dans la dimension locale des marchés concernés et, en ce qui concerne les marchés retenus au titre du grief n° 1, dans le pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services et, d'autre part, un facteur d'aggravation procédant de 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*" (§ 382).

Il résulte de ces constatations que, contrairement à ce qu'allègue la société Spie Sud-Ouest, l'Autorité, pour apprécier l'existence et l'importance du dommage à l'économie, s'est appuyée sur une analyse concrète et précise et aussi complète que possible des éléments du dossier.

En second lieu, la société Spie Sud-Ouest soutient qu'en tout état de cause, l'appréciation du dommage à l'économie à laquelle a procédé l'Autorité est excessive, compte tenu du montant des marchés qu'elle juge "*modeste*", du caractère limité au niveau local des pratiques en cause et,

s'agissant du grief n° 1, du fort pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services.

Chacune de ces circonstances, cependant, a été expressément prise en compte dans l'appréciation que l'Autorité a portée sur l'importance du dommage à l'économie résultant des pratiques imputées aux requérantes ; ainsi, le montant précis des différents marchés figure expressément dans la motivation de la décision et, comme la cour l'a relevé plus haut, sans qu'il soit démontré que l'Autorité en aurait tiré des conséquences disproportionnées. La dimension locale de ces marchés a été expressément considérée par l'Autorité comme un facteur d'atténuation du dommage à l'économie ; enfin, s'agissant du pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services, on ne saurait postuler, comme le fait la société Spie Sud-Ouest, que ce pouvoir "*implique qu'aucun prix supraconcurrentiel n'ait pu trouver à s'appliquer*" et que le risque pour le donneur d'ordres de se voir proposer et d'accepter des prix supraconcurrentiels est "*hypothétique*", de sorte que le dommage à l'économie serait nul. En effet, un tel raisonnement, outre qu'il est arbitraire, reviendrait à considérer que le libre jeu de la concurrence peut être faussé sans qu'il en résulte jamais aucun dommage à l'économie, dès lors que les auteurs des pratiques anticoncurrentielles sont soumis à un fort pouvoir de négociation de leur client ou de leur fournisseur. C'est donc à juste titre que l'Autorité a considéré que le pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services, était un facteur d'atténuation du dommage à l'économie, mais ne faisait pas disparaître celui-ci.

Sur les moyens développés par la société Ineo Réseaux Sud-Ouest

En premier lieu, la société Ineo Réseaux Sud-Ouest rappelle qu'elle n'a été sanctionnée qu'au titre d'un seul des deux marchés relevant du grief n°1, et elle soutient que l'Autorité a cependant amalgamé le montant de ce marché - qui s'est élevé à 2 015 565 euros - aux autres marchés qui ne la concernaient pas, de sorte qu'elle a fixé le montant de la sanction qu'elle lui a infligée en fonction d'un montant total de 5 millions d'euros. Elle en conclut que "*l'un des paramètres essentiels gouvernant la proportionnalité de la sanction*" a été indûment "*gonflé de 60 %*".

La lecture de la décision déferée contredit cependant cette analyse. Il en ressort, en effet, que l'Autorité n'a nullement "*amalgamé*" le montant des différents marchés, mais que, comme la cour l'a relevé plus haut, elle s'est au contraire explicitement fondée, notamment, sur des éléments chiffrés tirés du tableau figurant au point 380 de sa décision. Il ressort de ce tableau que les pratiques reprochées à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest ont porté non sur tous les marchés, mais sur le seul marché de travaux aéro-souterrains qui avait fait l'objet, avec un autre marché, du grief n° 1, que le montant total facturé au titre de ce marché par ses tributaires s'est élevé à 2 015 565 euros HT et que la société Ineo Réseaux Sud-Ouest, l'un des quatre tributaires, a facturé pour sa part la somme de 623 528 euros HT. Il en résulte que la société Ineo Réseaux Sud-Ouest n'est pas fondée à prétendre que l'Autorité aurait amalgamé le montant du marché la concernant avec le montant des autres marchés et qu'elle n'a donc nullement "*gonflé indûment*" de 60 % le montant du marché au vu duquel elle a proportionné le montant de la sanction qu'elle a prononcée contre elle.

En second lieu, la société Ineo Réseaux Sud-Ouest fait valoir que l'Autorité a retenu des facteurs d'atténuation du dommage à l'économie, consistant dans la dimension locale des marchés concernés et dans le pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services, mais qu'elle en a ensuite "*stérilisé*" les conséquences en retenant un facteur d'aggravation tiré du "*risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter de telles pratiques*". Selon la requérante, ce facteur concerne non le dommage à l'économie, mais la gravité de la pratique reprochée et il fait donc double emploi avec la "*tromperie sur la réalité de la concurrence*" déjà retenue au stade de l'examen de la faute.

Ces critiques, cependant, ne sont pas corroborées par les termes de la décision attaquée. En effet, l'Autorité a, dans cette décision, indiqué que le dommage à l'économie, distinct et indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage, s'appréciait "*en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence*" et qu'en l'espèce, les pratiques en cause affectaient le principe même de l'appel d'offres, lequel repose sur la loyauté des participants, et que ces pratiques constituaient "*en soi une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent*

le libre jeu" (§ 376) ; elle a ajouté que cette entrave résultait "*notamment du risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter de telles pratiques*" (§ 382). C'est donc à juste titre que l'Autorité a fait état de cette circonstance dans son appréciation du dommage à l'économie.

Sur le montant de base

Afin de déterminer le montant des sanctions pécuniaires qu'elle a prononcées, l'Autorité a retenu comme "*base*" le "*chiffre d'affaires réalisé en France par les entreprises en cause au cours de l'année pendant laquelle ont eu lieu les pratiques retenues à l'encontre de chacune des parties mises en cause*", soit le chiffre d'affaires de l'année 2003 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief n° 1 et celui de l'année 2004 pour les pratiques sanctionnées au titre du grief n° 4 (§ 406).

La société Spie Sud-Ouest reproche à l'Autorité d'avoir ainsi pris en compte le chiffre d'affaires tous secteurs confondus, alors que jusqu'alors, elle prenait en compte la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction, et qu'elle ne retenait le chiffre d'affaires total qu'à défaut d'éléments probants sur cette valeur. La société souligne que l'application de cette méthode a conduit l'Autorité à retenir un montant de base disproportionné, puisque consistant dans les chiffres d'affaires de 203 millions d'euros pour l'année 2003 et 216 millions d'euros pour l'année 2004, soit des montants "*plus de dix fois supérieurs*" à ceux correspondant à la valeur des ventes en relation avec l'infraction, qui s'établissait en 2003 et 2004 à, respectivement, 11 millions d'euros et 8,3 millions d'euros. Elle soutient, en outre, que l'Autorité a, ce faisant, violé "*les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, ensemble le principe du contradictoire et les droits de la défense*" ; elle prétend, en effet, que l'Autorité, bien qu'elle s'en soit défendue dans sa décision, a appliqué la méthode décrite dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, lequel n'a été publié qu'après qu'elle a fait valoir ses observations sur le rapport des rapporteurs.

Cependant, l'article L. 464-2 du code de commerce, s'il prévoit 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'entreprise ou du groupe auquel elle appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées, n'impose à l'Autorité aucune méthode particulière de détermination de ces sanctions et en fixe seulement le montant maximum ; dans cette limite, il est donc loisible à l'Autorité d'appliquer toute méthode qui lui paraîtrait appropriée aux faits de l'espèce.

L'Autorité pouvait donc, comme elle l'a fait, retenir, pour déterminer les sanctions infligées aux sociétés requérantes, une "*base*" correspondant au chiffre d'affaires qu'elles avaient réalisé durant l'année au cours de laquelle les pratiques en cause avaient été commises. Si elle a, dans d'autres affaires, calculé cette base différemment, en retenant la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction, ce choix - qui procédait de son pouvoir d'appréciation des faits et circonstances de chaque espèce - n'avait aucun caractère absolu et ne pouvait être considéré comme la liant d'une façon générale pour l'avenir ; au demeurant, ainsi qu'elle l'a exposé dans sa décision, l'Autorité, dès avant la décision déférée, avait "*dans sa pratique décisionnelle récente*" choisi de s'écarter de la méthode qu'elle suivait jusqu'alors et de retenir comme base du montant des sanctions prononcées le chiffre d'affaires total des entreprises sanctionnées.

La circonstance que le communiqué du 16 mai 2011 indique que, dans les cas d'appels d'offres, le montant de base de la sanction consistera, non dans la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction - cette valeur ne constituant pas alors pour l'Autorité un "*indicateur approprié*" -, mais dans le chiffre d'affaires total réalisé en France par l'entreprise, est indifférente et ne saurait disqualifier la méthode appliquée dans la présente affaire. L'Autorité, en effet, a explicitement indiqué qu'elle ne mettait pas en œuvre ce communiqué, la séance s'étant "*tenue à une date trop rapprochée de sa publication pour avoir permis au contradictoire de s'être déroulé*" (§ 361). Il n'est, par ailleurs, pas contesté que la société Spie Sud-Ouest a eu connaissance de tous les éléments utiles quant à la méthode suivie pour la détermination de la sanction qui lui a été infligée et qu'elle a été mise en mesure d'en débattre. On ne saurait, dès lors, considérer que

L'Autorité aurait fait une application rétroactive et subreptice de son communiqué du 16 mai 2011 ; c'est donc à tort que la société Spie Sud-Ouest prétend qu'il a été porté atteinte aux droits qu'elle tire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, aux droits de la défense et au principe de la contradiction.

Sur l'appartenance des sociétés requérantes à un groupe

L'Autorité, après avoir rappelé qu'il convenait de proportionner la sanction prononcée contre une entreprise à la situation, le cas échéant, du groupe auquel elle appartenait, a souligné qu'il en résultait que pour une même infraction, la sanction prononcée contre une entreprise appartenant à un groupe pouvait être plus élevée que celle prononcée contre une entreprise non intégrée à un groupe (§ 388). Au cas d'espèce, elle a indiqué que l'appartenance des sociétés requérantes à un groupe de sociétés "*sera prise en compte dans la détermination de la sanction qui leur sera infligée*" (§ 389), sans toutefois préciser quel taux de majoration serait appliqué.

Selon l'article L. 464-2 I du code de commerce, les sanctions pécuniaires "*sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction*". En conséquence, le constat qu'une entreprise appartient à un groupe ne saurait conduire, à lui seul, à relever le montant de la sanction qui lui est infligée. Il y a lieu de relever qu'en l'espèce aucun élément concret du dossier ne conduit à considérer que le comportement des sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest aurait été influencé ou facilité du fait de leur appartenance à un groupe d'envergure importante, ou que ce groupe aurait été particulièrement reconnu dans le domaine concerné par les pratiques ou encore que cette appartenance aurait permis à ces sociétés d'entraîner dans ces pratiques des entreprises d'importance moindre. En effet, la décision déférée précise seulement, d'une part, que la société Spie Sud-Ouest est une filiale à 100 % de la société Spie SA, elle-même détenue à 100 % par la société Financière Spie (§ 58) et, d'autre part, que la société Ineo Réseaux Sud-Ouest est détenue à 87 % par la société Ineo SA qui fait partie du groupe GDF-Suez (§ 66) ; enfin, si au point 382 de sa décision, l'Autorité fait état "*du risque de banalisation et d'entraînement qui peut résulter*" des pratiques en cause, il n'en ressort pas la preuve que l'appartenance des requérantes à un groupe de sociétés aurait contribué à accroître ce risque.

Il convient dès lors de réformer la décision déférée et de réduire le montant des sanctions pécuniaires prononcées contre les requérantes ; compte tenu des éléments du dossier, cette réduction sera appliquée dans la mesure indiquée ci-dessous.

Sur la prise en compte des difficultés particulières de la société Ineo Réseaux Sud-Ouest

La société Ineo Réseaux Sud-Ouest avait fait valoir devant l'Autorité qu'elle avait enregistré une baisse sensible de son chiffre d'affaires et de sa rentabilité depuis 2008. L'Autorité avait considéré que "*cependant, les éléments qu'elle a fournis ne permettent pas de conclure à l'existence de difficultés particulières affectant sa capacité contributive*" (§ 417). Devant la cour d'appel, la société Ineo Réseaux Sud-Ouest expose que sa situation s'est, depuis la décision déférée, "*considérablement aggravée*" puisque l'exercice 2014 s'est soldé par une perte d'exploitation de 2 110 130 euros, un résultat courant avant impôt négatif de 1 732 604 euros et la perte de plus de la moitié de ses capitaux propres. Ces données, qui sont attestées par le bilan et le compte de résultat produits par la société (pièce n° 6), ne sont pas discutées par l'Autorité ni par le Ministre chargé de l'économie qui, dans leurs observations écrites, s'en remettent à la sagesse de la cour d'appel s'agissant d'apprécier les difficultés financières de nature à justifier une réduction de la sanction infligée à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest.

L'Autorité a fixé le montant de la sanction qu'elle a infligée à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest au vu, notamment, de son chiffre d'affaires de l'année 2003 (§ 416) ; si cette même année, la société avait réalisé un résultat courant avant impôts excédentaire, à hauteur de 1 095 978 euros (pièce n° 5 produite par la requérante), elle a, en revanche, enregistré en 2014 un résultat déficitaire de 1 732 604 euros (pièce n° 6). A défaut d'autres éléments sur les conséquences de cette dégradation financière, il sera tenu compte de son impact sur la capacité contributive de la société requérante par la réduction de la sanction pécuniaire dans la mesure qui

sera indiquée ci-dessous.

Sur le montant des sanctions pécuniaires infligées aux sociétés requérantes

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu, compte tenu de la gravité des faits reprochés, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation des sociétés requérantes, de réformer la décision de l'Autorité et de fixer à la somme de 4 500 000 euros le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Spie Sud-Ouest et à la somme de 400 000 euros le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest.

Sur les frais irrépétibles

Il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

REFORME la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-13 du 5 octobre 2011 relative à des pratiques relevées dans les secteurs des travaux d'électrification et d'installation électrique dans les régions Midi-Pyrénées, Languedoc-Roussillon, Auvergne et limitrophes, mais seulement en ce qu'elle a infligé à la société Spie Sud-Ouest une sanction pécuniaire de 5 104 800 euros et à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest une sanction pécuniaire de 551 400 euros ;

Statuant à nouveau de ces chefs,

FIXE à la somme de 4 500 000 euros le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Spie Sud-Ouest et à la somme de 400 000 euros le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Ineo Réseaux Sud-Ouest ;

RAPPELLE que les sommes payées excédant le montant ci-dessus fixé devront être remboursées aux sociétés concernées, outre les intérêts au taux légal à compter du présent arrêt et s'il y a lieu capitalisation des intérêts dans les termes de l'article 1154 du code civil ;

REJETTE les demandes de condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE les sociétés Spie Sud-Ouest et Ineo Réseaux Sud-Ouest aux dépens de l'instance.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

Benoît TRUET-CALLU

Olivier DOUVRELEUR

