

COUR DE CASSATION

Audience publique du **27 septembre 2017**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 1203 F-D

Pourvoi n° K 16-12.907

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 :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Spie Sud-Ouest,
dont le siège est zone industrielle de Montauban, 70 chemin de Payssat,
31400 Toulouse,

contre l'arrêt rendu le 21 janvier 2016 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à l'Autorité de la concurrence, dont le siège est 11 rue de
l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ à la société Ineo réseaux Sud-Ouest, dont le siège est zone
industrielle en Jacca 15 chemin de la Chasse, 31770 Colomiers,

3^o/ au ministre de l'économie de l'industrie et du numérique,
dont le siège est Teledoc 252 dgccrf, 59 boulevard Vincent Auriol,
bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 4 juillet 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Spie Sud-Ouest, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Delvolvé et Trichet, avocat de la société Ineo réseaux Sud-Ouest, l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 janvier 2016), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 21 octobre 2014, pourvois n° 13-16.602, 13-16.696, 13-16.905), qu'à l'issue d'une enquête 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 la société Spie Sud-Ouest (la société Spie) avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et lui a infligé des sanctions pécuniaires ; que cette société a formé un recours contre cette décision ;

Attendu que la société Spie fait grief à l'arrêt d'avoir fixé à la somme de 4 500 000 euros le montant de la sanction pécuniaire alors, selon le moyen :

1°/ 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 ; que toute pratique anticoncurrentielle porte nécessairement atteinte à l'intensité de la concurrence ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement déduire la "particulière gravité" des pratiques en cause 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, la cour d'appel de renvoi, qui a statué par des motifs impropres à démontrer concrètement la gravité des infractions, a privé sa

décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ 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 considérant au contraire que l'Autorité de la concurrence a pu valablement retenir que la brièveté des pratiques en cause ne pouvait être considérée comme un facteur d'atténuation de leur gravité, la cour d'appel de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ 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 que le rappel par la société Spie Sud-Ouest de la jurisprudence de la Cour de cassation non appliquée en l'espèce n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel de renvoi a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ 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'il incombe à l'Autorité de la concurrence de démontrer la gravité des pratiques incriminées ; qu'en affirmant que le rappel par la société Spie Sud-Ouest de la jurisprudence de la Cour de cassation « 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 », la cour d'appel de renvoi, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 1315 du code civil et L. 464-2 du code de commerce ;

5°/ que pour considérer que les pratiques reprochées à la société Spie Sud-Ouest sont particulièrement graves dans la mesure où elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, l'Autorité de la concurrence s'est expressément référée à sa pratique décisionnelle relative à des pratiques mises en oeuvre dans le cadre de marchés publics ; qu'en affirmant que « 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 » et que l'Autorité n'a évoqué les marchés publics « 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" », la cour d'appel

de renvoi, qui a dénaturé la décision déférée, a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

6°/ 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 seule la réitération est une circonstance aggravante de l'infraction ; qu'en affirmant au contraire que « l'absence de doutes raisonnables sur l'illicéité de ces pratiques doit, à l'évidence, être (...) considérée comme une circonstance aggravante », la cour d'appel de renvoi, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°/ que le dommage à l'économie ne peut plus être présumé ; que si l'Autorité de la concurrence n'est pas pour autant tenue de chiffrer précisément ce dommage, encore faut-il que l'appréciation de son existence et de son importance repose sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait suffisamment défini le dommage à l'économie en insérant un tableau au point 380 de sa décision indiquant expressément "pour chacune des pratiques retenues sur les marchés en cause", que l'importance du dommage à l'économie devait "être appréciée en tenant notamment compte des éléments figurant dans [ce] tableau", à savoir pour chacun des marchés en cause les attributaires, le montant global et les montants facturés par chaque entreprise attributaire, ce dont il résultait que l'Autorité de la concurrence s'était, en réalité, bornée à rappeler les caractéristiques principales de chaque marché en cause, la cour d'appel de renvoi, qui a statué par des motifs impropres à établir l'existence et l'importance du dommage à l'économie, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

8°/ que le dommage à l'économie ne peut plus être présumé ; qu'en considérant qu'il ne peut pas être soutenu que « le libre jeu de la concurrence peut être faussé sans qu'il en résulte jamais aucun dommage à l'économie », la cour d'appel de renvoi qui a estimé qu'un dommage à l'économie s'infère nécessairement de toute pratique anticoncurrentielle, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

9°/ que les articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposent à l'Autorité de la concurrence de respecter le principe du contradictoire et des droits de la défense et lui interdit de prononcer des sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux ; qu'en décidant que dans la limite maximale fixée par l'article L. 464-2 du code de commerce, il

est « loisible à l'Autorité d'appliquer toute méthode qui lui paraîtrait appropriée aux faits de l'espèce » sans tenir compte de sa pratique décisionnelle antérieure, la cour d'appel de renvoi a méconnu les textes susvisés ;

10°/ qu'en se bornant à affirmer, pour considérer que l'Autorité de la concurrence n'avait pas fait une application rétroactive et subreptice de son communiqué du 16 mai 2011 dont elle avait par ailleurs expressément exclu l'application que « 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, sans vérifier comme elle y avait été invitée, la portée de la décision sur laquelle l'Autorité entendait se fonder, la cour d'appel de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

11°/ qu'en décidant que l'Autorité de la concurrence n'avait pas fait application de son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions, tout en constatant qu'elle avait retenu en l'espèce, 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 et non comme dans d'autres affaires, la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction, et que son 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, ce dont il résulte que l'Autorité a in fine appliqué la nouvelle méthode de calcul mentionnée dans son communiqué, après avoir pourtant explicitement indiqué qu'elle ne mettait pas en oeuvre ce communiqué, la séance s'étant "tenue à une date trop rapprochée de sa publication pour avoir permis au contradictoire de s'être déroulé", la cour d'appel de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

12°/ que méconnaît les termes du litige le juge qui prétend à tort qu'un fait sur lequel il se fonde n'était pas contesté ; que la société Spie Sud-Ouest a expressément fait valoir qu'elle n'avait jamais eu connaissance de la nouvelle méthode de calcul du montant de base retenue par l'Autorité de la concurrence pour déterminer le montant de la sanction ; qu'en affirmant qu'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, la cour d'appel de renvoi a méconnu les termes du litige en violation des dispositions de l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que la gravité des pratiques est appréciée, notamment, au regard de la nature de la restriction à la concurrence, de leur durée, de leur objet, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune d'elles sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence et que, s'agissant d'un marché d'appel d'offres, par nature instantané, la durée à prendre en considération est celle du temps pendant lequel les prix et les parts de marché ont échappé, du fait de cet accord de volonté, au jeu normal qui serait résulté d'une compétition non faussée au départ ; que pour déterminer le montant de la sanction au regard de la gravité de la pratique, l'arrêt relève, d'abord, qu'elle consiste en un échange d'informations sur les prix avant le dépôt des offres et en la désignation par avance des attributaires des marchés ; qu'il relève, ensuite, que ceux-ci étant des marchés à bons de commande s'exécutant par des commandes successives, la durée à prendre en compte n'est pas celle de la pratique litigieuse, mais celle, d'une durée d'une année, de la relation contractuelle unissant le donneur d'ordre et les attributaires et qui a été faussée par les concertations et les échanges d'informations ; qu'il ajoute que l'absence de doute raisonnable sur la connaissance qu'avaient les auteurs de ces pratiques sur leur caractère illicite doit être considérée comme une circonstance aggravante ; qu'en cet état, c'est souverainement que la cour d'appel a, sans inverser la charge de la preuve ni dénaturer la décision invoquée, apprécié la gravité des pratiques par une analyse concrète au regard des faits de l'espèce ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'article L. 464-2 du code de commerce exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation qualitative de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève que les ententes ont été suivies d'effet puisque les marchés visés par les griefs, lorsqu'ils ont été attribués, ont tous été dévolus aux entreprises mises en cause ; qu'il relève encore que pour chacune des pratiques retenues sur ces marchés, l'importance du dommage à l'économie doit être appréciée en tenant compte, notamment, pour chacun des marchés, des attributaires, du montant global et des montants facturés par chaque entreprise ; qu'il relève en outre que l'Autorité a précisé le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises pour les années correspondant à la commission des pratiques ; qu'il ajoute qu'elle a expressément relevé, d'un côté, les facteurs d'atténuation du dommage à l'économie, soit la dimension locale des marchés et le pouvoir de négociation de la société EDF-GDF, dont l'existence ne peut écarter par principe ce dommage, de l'autre, le facteur d'aggravation, tenant au risque de banalisation et d'entraînement, qui peut

résulter de telles pratiques ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'après avoir rappelé que l'article L. 464-2 du code de commerce n'impose à l'Autorité aucune méthode particulière de détermination des sanctions et en fixe seulement le montant maximum de sorte que, dans cette limite, il lui est loisible d'appliquer toute méthode qui lui paraît appropriée aux faits de l'espèce, l'arrêt retient que l'Autorité pouvait se fonder, pour déterminer le montant des sanctions infligées aux sociétés, sur une base correspondant à leur chiffre d'affaires réalisé durant l'année au cours de laquelle les pratiques avaient été commises et que si, dans d'autres affaires, elle a retenu la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction, ce choix ne la liait pas pour l'avenir ; qu'il ajoute que la circonstance que le communiqué du 16 mai 2011 ait retenu, dans les cas d'appel d'offres, ce même critère ne disqualifie pas la méthode employée ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la douzième branche, la cour d'appel a rejeté à bon droit la demande de la société Spie tirée de la violation des droits de la défense et du principe de la contradiction ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Spie Sud-Ouest aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

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-sept septembre deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Spie Sud-Ouest

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir fixé à la somme de 4.500.000 euros le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société Spie Sud-Ouest ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur la gravité des pratiques en cause l'Autorité a, dans sa décision, constaté que les pratiques en cause étaient "particulièrement graves" ; qu'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 ; que 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 ; qu'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" ; que 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 ; qu'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" ; que cette analyse est cependant démentie par la motivation même de la décision attaquée ; qu'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) ; que 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 compétiteurs. de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas (...)" (§ 368) ; que 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; qu'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) (...);

QUE 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 ; qu'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) ; que 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" ; qu'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" : que 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 ; qu'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 (...); qu'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" ; que 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 ;

QUE 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" ; qu'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) (...) ; que 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", que 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 ;

QUE sur le dommage à l'économie et les moyens développés par la société Spie, la société Spie rappelle, en premier lieu, 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 ; qu'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" ; que 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 déférée que tel a bien été le cas ; qu'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; que c'est ainsi qu'elle a récapitulé certains de ces éléments dans un tableau inséré au point 380 de sa décision et qu'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" ; que 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 ; que 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) ; qu'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 ; qu'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 ; que 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; qu'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 ; qu'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 supra concurrentiel 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 supra-concurrentiels est hypothétique, de sorte que le dommage à l'économie serait nul ; qu'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 ; que 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 (...)

QUE 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) ; que 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 ; qu'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" ; qu'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 ; que 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 ; que dans cette limite, il est donc loisible à l'Autorité d'appliquer toute méthode qui lui paraîtrait appropriée aux faits de l'espèce ; que 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 ; que 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 ; qu'au demeurant, ainsi qu'elle l'a exposé dans sa décision, l'Autorité, dès avant la décision déferée, 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 ; que 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 oeuvre 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 ; qu'on ne saurait, dès lors, considérer que l'Autorité aurait fait une application rétroactive et subreptice de son communiqué du 16 mai 2011 ; que 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 (...) :

QUE sur le montant des sanctions pécuniaires (...), 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 AUX MOTIFS ADOPTES QUE 361. A titre liminaire, il convient de souligner, ainsi que cela a été indiqué lors de la séance du 21 juin 2011, que le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ne peut être mis en oeuvre dans la présente décision. En effet, la séance s'est tenue à une date trop rapprochée de sa publication pour avoir permis au contradictoire de s'être déroulé (voir, à cet égard, les points 17 et 18 du communiqué) (...); que sur la gravité des pratiques 366. 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. Elles 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, elles ont également eu pour objet de désigner à l'avance les attributaires des marchés concernés. 367. Or, 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. 368. En effet, ainsi que l'a souligné à de nombreuses reprises le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence, 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 compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas. Au contraire, 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 (voir notamment la décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-29 du 26 septembre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles ; voir également les arrêts de la cour d'appel de Paris du 28 octobre 2010, Maquet SA et du 16 juin 2009, Colas Midi-Méditerranée). 369. 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), il convient de 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. 370. En ce qui concerne le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation, une telle circonstance n'est 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. Il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché (voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques). En l'espèce, il convient de distinguer les pratiques retenues au titre du grief n° 1 qui portent sur des marchés de travaux groupés 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. 371. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les parties 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. 372. Enfin, comme l'a souligné l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des tables d'opération, lorsque des entreprises sont « habituées à répondre à de nombreux appels d'offres publics, de ce fait, elles ne p[euvent] ignorer le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres, rappelé par de très nombreuses décisions des autorités de concurrence et une jurisprudence constante ». Ainsi, la

connaissance par l'entreprise du caractère illicite des pratiques qu'elle a commises constitue un facteur aggravant (arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 mars 2004, SAS Novartis Pharma). En l'espèce, les entreprises en cause sont habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et ne pouvaient dès lors ignorer le caractère illicite de leurs concertations et échanges d'informations lorsqu'elles ont soumissionné aux appels d'offres litigieux. 373. Il résulte de ce qui précède que 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), sont particulièrement graves ; que sur l'importance du dommage causé à l'économie 374. Il convient tout d'abord de rappeler 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 (voir notamment l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 septembre 2008, Coopérative agricole l'Ardéchoise). 375. Afin de mesurer l'importance du dommage causé à l'économie par les ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, l'Autorité de la concurrence tient notamment compte de 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 (voir, notamment, les décisions n° 08-D-15 du 2 juillet 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire et n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent). 376. Il y a toutefois lieu de préciser que, selon une jurisprudence constante de la cour d'appel de Paris, 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. En effet, des pratiques telles que celles en cause 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 (voir notamment l'arrêt Maquet SA, précité). 377. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 2008, rendu dans le cadre d'un recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-29 du 26 septembre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil par laquelle celui-ci avait infligé à une entreprise qui s'était concertée avec une autre pour répondre à un appel d'offres une sanction pécuniaire nettement supérieure au montant du marché, alors même que ce dernier avait été attribué à une entreprise tierce ayant proposé un prix inférieur à celui proposé par l'entreprise sanctionnée. 378. Enfin, l'Autorité n'est pas tenue de chiffrer

précisément l'importance du dommage à l'économie (voir les arrêts de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France SAS et du 28 janvier 2009, Epsé Joué Club) 379. En l'espèce, les ententes ont été suivies d'effets, puisque les marchés visés par les griefs n° 1 et n° 4, lorsqu'ils ont été attribués, ont tous été dévolus aux entreprises mises en cause. 380. Pour chacune des pratiques retenues sur les marchés en cause qui représentent un montant total de 5 030 024 euros HT, l'importance du dommage à l'économie doit être appréciée en tenant notamment compte des éléments figurant dans le tableau suivant ; 381. Que les chiffres d'affaires réalisés en France par les mises en cause lors de la commission des pratiques (chiffres 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) se présentent comme suit ; 382. Enfin, si la dimension locale des marchés concernés et, en ce qui concerne les marchés retenus au titre du grief n° 1, le pouvoir de négociation d'EDF-GDF Services tendent à atténuer le dommage causé à l'économie par les pratiques en cause, il convient toutefois de prendre en compte comme facteur d'aggravation, ainsi qu'il a été rappelé au point 376 de la présente décision, 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 (...); que sur la méthode de détermination des sanctions 406. Conformément à la pratique décisionnelle récente de l'Autorité (voir, à cet égard, la décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale), 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 sera 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 n° 4. 407. Le montant de chaque sanction sera ainsi 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 telles qu'elles ont été analysées aux points 366 et suivants de la présente décision. Il sera ensuite tenu compte des éléments d'individualisation retenus aux points 383 et suivants. 408. Le montant de la sanction sera alors écrié s'il y a lieu afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des mises en cause. Il intégrera ensuite la réduction accordée, le cas échéant, au titre de la non-contestation des griefs. Enfin, lorsque des entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, le montant définitif de la sanction individuelle sera ajusté (...).

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 ; que toute pratique anticoncurrentielle porte nécessairement atteinte à l'intensité de la concurrence ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement déduire la "particulière gravité" des pratiques en cause 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, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à démontrer concrètement la gravité des infractions, a privé sa décision de base légale au regard de 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 considérant au contraire que l'Autorité de la concurrence a pu valablement retenir que la brièveté des pratiques en cause ne pouvait être considérée comme un facteur d'atténuation de leur gravité, la Cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

3°) 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 que le rappel par la société Spie Sud-Ouest de la jurisprudence de la Cour de cassation non appliquée en l'espèce n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence, la cour de renvoi a violé l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

4°) 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'il incombe à l'Autorité de la concurrence de démontrer la gravité des pratiques incriminées ; qu'en affirmant que le rappel par la société Spie Sud-Ouest de la jurisprudence de la Cour de cassation « 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 », la cour de renvoi qui a inversé la charge de la preuve, a violé les articles 1315 du Code civil et L. 464-2 du Code de commerce ;

5°) ALORS QUE pour considérer que les pratiques reprochées à la société Spie Sud-Ouest sont particulièrement graves dans la mesure où elles limitent l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises, si elles s'étaient déterminées de manière indépendante, l'Autorité de la concurrence s'est expressément référée à sa pratique décisionnelle relative à des pratiques mises en oeuvre dans le

cadre de marchés publics ; qu'en affirmant que « 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 » et que l'Autorité n'a évoqué les marchés publics « 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 cour de renvoi qui a dénaturé la décision déférée, a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

6°) 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 seule la réitération est une circonstance aggravante de l'infraction ; qu'en affirmant au contraire que « l'absence de doutes raisonnables sur l'illicéité de ces pratiques doit, à l'évidence, être (...) considérée comme une circonstance aggravante », la cour de renvoi qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas a violé l'article L. 464-2 du Code de commerce :

7°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut plus être présumé ; que si l'Autorité de la concurrence n'est pas pour autant tenue de chiffrer précisément ce dommage, encore faut-il que l'appréciation de son existence et de son importance repose sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait suffisamment défini le dommage à l'économie en insérant un tableau au point 380 de sa décision indiquant expressément "pour chacune des pratiques retenues sur les marchés en cause", que l'importance du dommage à l'économie devait "être appréciée en tenant notamment compte des éléments figurant dans [ce] tableau", à savoir pour chacun des marchés en cause les attributaires, le montant global et les montants facturés par chaque entreprise attributaire, ce dont il résultait que l'Autorité de la concurrence s'était, en réalité, bornée à rappeler les caractéristiques principales de chaque marché en cause, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à établir l'existence et l'importance du dommage à l'économie a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

8°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut plus être présumé ; qu'en considérant qu'il ne peut pas être soutenu que « le libre jeu de la concurrence peut être faussé sans qu'il en résulte jamais aucun dommage à l'économie », la Cour de renvoi qui a estimé qu'un dommage à l'économie s'infère nécessairement de toute pratique anticoncurrentielle, a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

9°) ALORS QUE les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposent à l'Autorité de la concurrence de respecter le principe du contradictoire et des droits de la défense et lui interdit de prononcer des sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux ; qu'en décidant que dans la limite maximale fixée par l'article L. 464-2 du Code de commerce, il est « loisible à l'Autorité d'appliquer toute méthode qui lui paraîtrait appropriée aux faits de l'espèce » sans tenir compte de sa pratique décisionnelle antérieure, la cour de renvoi a méconnu les textes susvisés ;

10°) ALORS QU'en se bornant à affirmer, pour considérer que l'Autorité de la concurrence n'avait pas fait une application rétroactive et subreptice de son communiqué du 16 mai 2011 dont elle avait par ailleurs expressément exclu l'application que « 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, sans vérifier comme elle y avait été invitée, la portée de la décision sur laquelle l'Autorité entendait se fonder, la cour de renvoi a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

11°) ALORS QU'en décidant que l'Autorité de la concurrence n'avait pas fait application de son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions, tout en constatant qu'elle avait retenu en l'espèce, 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 et non comme dans d'autres affaires, la valeur des ventes réalisées en relation avec l'infraction, et que son 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, ce dont il résulte que l'Autorité a in fine appliqué la nouvelle méthode de calcul mentionnée dans son communiqué, après avoir pourtant explicitement indiqué qu'elle ne mettait pas en oeuvre ce communiqué, la séance s'étant "tenue à une date trop rapprochée de sa publication pour avoir permis au contradictoire de s'être déroulé", la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé de plus fort les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article L. 464-2 du Code de commerce ;

12°) ALORS QUE méconnaît les termes du litige le juge qui prétend à tort qu'un fait sur lequel il se fonde n'était pas contesté ; que la société Spie Sud-Ouest a expressément fait valoir qu'elle n'avait jamais eu connaissance

de la nouvelle méthode de calcul du montant de base retenue par l'Autorité de la concurrence pour déterminer le montant de la sanction ; qu'en affirmant qu'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, la cour de renvoi a méconnu les termes du litige en violation des dispositions de l'article 4 du Code de procédure civile.