

COUR DE CASSATION

Audience publique du **24 juin 2020**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 340 F-D

Pourvoi n° M 17-28.115

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 24 JUIN 2020

1°/ La Caisse des dépôts et consignations, dont le siège est 56 rue de Lille,
75007 Paris,

2°/ la société Services conseil expertises territoires, société anonyme, dont
le siège est 52 rue Jacques Hillairet, 75612 Paris cedex 12,

ont formé le pourvoi n° M 17-28.115 contre l'arrêt rendu le 26 octobre 2017
par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, dont le siège est 11 rue de
l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre chargé de l'économie, dont le siège est DGCCRF, télédoc
252, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation.

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les six moyens de
cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Caisse des dépôts et consignations et de la société Services conseil expertises territoires, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, et l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, après débats en l'audience publique du 12 mai 2020 où étaient présentes Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Darbois, conseiller, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 octobre 2017), l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) s'est saisie d'office, le 26 février 2015, des pratiques mises en oeuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'Etablissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes (l'Epora). Le 11 juillet 2016, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié à la société Services conseil expertises territoires (la société SCET) et à la société SETIS, en tant qu'auteurs des pratiques, ainsi qu'au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » (le Groupe CDC) et au Groupe Degaud, en tant que sociétés mères, un grief d'entente anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce pour s'être, préalablement à leurs remises, échangé des informations sur leurs offres en vue de la passation du marché d'assistance foncière de l'Epora.

2. Les sociétés SETIS et Groupe Degaud ayant demandé à bénéficier de la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2, III, du code de commerce, l'Autorité, par une décision n° 16-D-27 du 2 décembre 2016, a prononcé à leur encontre une sanction dans le respect des termes du procès-verbal de transaction signé le 22 septembre 2016.

3. Par une décision n° 16-D-28 du 6 décembre 2016, l'Autorité a dit établi que la société SCET, en tant qu'auteure, et le « Groupe CDC, en tant qu'entité mère », avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS et leur a infligé, solidairement, une sanction pécuniaire.

4. La société SCET et la Caisse des dépôts et consignations (la CDC) ont formé un recours contre cette décision devant la cour d'appel de Paris.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en ses troisième et cinquième branches, les troisième et quatrième moyens, le cinquième moyen, pris en ses quatrième et cinquième branches, et le sixième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen, pris en ses première, deuxième, et quatrième branches

Enoncé du moyen

6. La société SCET et la CDC font grief à l'arrêt de dire qu'elles ont, respectivement en tant qu'auteure et entité mère, enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'Épora et de leur infliger solidairement une sanction pécuniaire alors :

« 1°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; que cette exigence, qui doit s'apprécier objectivement, interdit qu'un même juge porte deux fois une appréciation sur les mêmes faits entre les mêmes parties ; qu'en excluant tout manquement des membres de l'Autorité à leur obligation d'impartialité objective, tout en constatant que par deux décisions distinctes, des 2 et 6 octobre 2016 "relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes", la même formation de l'Autorité a statué sur les mêmes faits et a infligé successivement une sanction pécuniaire de 40 000 euros à l'encontre des sociétés SETIS et Groupe Degaud, puis une sanction de 560 000 euros à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2°/ qu'après avoir précisément décrit les comportements relevés l'Autorité a, dans sa première décision n° 2016-D-27 du 2 décembre 2016, retenu que « la société SETIS, en tant qu'auteur, et le groupe Degaud, en tant que société mère, ont échangé avec la SCET, entre avril 2012 et janvier 2013, des informations sur leurs offres en vue de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA ; que ces échanges d'informations entre SETIS et la SCET ont porté sur les bordereaux de prix du marché concerné ainsi que sur leur intérêt respectif pour les marchés subséquents aux accords-cadres (et) avaient pour objet de se répartir les marchés subséquents aux deux accords-cadres (...) » avant d'en conclure qu'en

« participant à une telle entente avec la SCET et la société SETIS a méconnu les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce » ; que dès lors, en affirmant, pour considérer que cette première décision de l'Autorité ne constituait pas un préjugement, que pour cette décision, la formation a « prononcé une sanction pécuniaire de 40 000 euros à l'encontre des sociétés SETIS et Groupe Degaud » tandis que « pour la seconde, (elle a) statué sur le grief reproché à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations et leur a infligé une sanction pécuniaire de 560 000 euros », quand elle s'était déjà prononcée, dans sa première décision sur la participation de la SCET à l'entente, la cour d'appel qui a dénaturé la décision précitée, a violé le principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause, ensemble l'article 1192 du code civil ;

3°/ qu'en affirmant péremptoirement que les deux procédures ont été examinées au cours d'une même séance et d'un délibéré unique de l'Autorité, tout en constatant que les sociétés SETIS et Groupe Degaud d'un côté, et SCET et Caisse des dépôts et consignations, d'un autre côté, ont été auditionnées séparément et que deux décisions distinctes ont été rendues à des dates différentes, les 2 et 6 décembre 2016, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. »

Réponse de la Cour

7. Ayant constaté, sans dénaturation, que les pratiques reprochées aux sociétés SETIS et Groupe Degaud, d'une part, et à la société SCET et au groupe CDC, d'autre part, avaient donné lieu à une seule et même instruction, avaient été examinées par l'Autorité au cours d'une même séance, le 3 novembre 2016, et avaient fait l'objet d'un délibéré unique, la cour d'appel a exactement retenu, peu important que les sociétés en cause aient été entendues séparément par le collège lors de cette séance, que la circonstance que deux décisions distinctes aient été rendues par l'Autorité, à deux dates différentes, n'avait emporté aucun préjugement des pratiques reprochées à la société SCET et au Groupe CDC et ne pouvait être considérée comme jetant un doute sur l'impartialité objective des membres de l'Autorité.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

9. La société SCET et la CDC font le même grief à l'arrêt alors :

« 1^o/ que l'instruction et la procédure devant l'Autorité sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; qu'en considérant que le principe du contradictoire n'avait pas été méconnu malgré le refus de l'Autorité de communiquer à la SCET et à la Caisse des dépôts et consignations le procès-verbal de transaction signé par les autres parties à la prétendue entente quand la décision de l'Autorité du 6 décembre 2016 ayant condamné la SCET pour avoir participé à une entente avec SETIS a été expressément rendu au visa du « procès-verbal de transaction en date du 22 septembre 2016 signé par le rapporteur général adjoint de l'Autorité et les sociétés Eurl SETIS et Groupe Degaud en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce », la cour d'appel a violé l'article L. 463-1 du code de commerce ;

2^o/ que l'instruction et la procédure devant l'Autorité sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; qu'en affirmant, pour justifier l'audition séparée des parties à l'entente par l'Autorité, que les sociétés SETIS et Degaud n'auraient été entendues oralement que sur le montant de la sanction par elles encourue quand l'oralité de l'audience ne permet pas de s'assurer qu'aucune appréciation n'a été portée à cette occasion sur l'infraction reprochée, la cour d'appel a violé l'article L. 463-1 du code de commerce ;

3^o/ que l'instruction et la procédure devant l'Autorité sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; que le fait, pour l'Autorité, d'entendre séparément les parties à l'entente les prive d'un débat contradictoire à l'audience ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 463-1 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

10. En premier lieu, l'arrêt énonce exactement que le procès-verbal de transaction n'a pas vocation à être porté à la connaissance de tiers à la procédure de transaction, s'agissant d'un acte qui ne comporte pas d'examen des pratiques reprochées ni quant à leur réalité, ni quant à leur qualification juridique, et qui se borne à attester de l'accord des parties intéressées à la proposition de transaction du rapporteur général, laquelle, selon les termes mêmes de l'article L. 464-2 III du code de commerce, a pour seul objet de fixer le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée.

11. C'est dès lors à bon droit qu'il en déduit que le refus de l'Autorité de communiquer le procès-verbal de transaction du 22 septembre 2016 signé par les sociétés SETIS et Groupe Degaud à la société SCET et à la CDC, tiers à la procédure de transaction, ne caractérise aucune atteinte au principe de la contradiction, peu important que ce procès-verbal ait été visé, à titre de simple rappel de la procédure, dans la décision de l'Autorité.

12. En second lieu, après avoir constaté que la société SCET et la CDC avaient eu accès à toutes les autres pièces de la procédure et qu'elles avaient pu présenter des observations orales devant l'Autorité durant la séance du 3 novembre 2016, l'arrêt relève que, si les sociétés SETIS et Groupe Degaud ont été entendues séparément lors de cette séance, leur audition n'a porté que sur la détermination du montant de la sanction pécuniaire qui leur serait infligée dans les limites définies par la proposition du rapporteur général, soit sur des points étrangers à la défense des intérêts de la société SCET et de la CDC.

13. De ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a, à bon droit, déduit qu'aucune atteinte au principe de la contradiction n'était caractérisée.

14. Le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches.

Sur le cinquième moyen, pris en ses première, deuxième et troisième branches

Enoncé du moyen

15. La société SCET et la CDC font le même grief à l'arrêt alors :

« 1^o/ que seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel les parties ont pu présenter leurs observations peut être retenu à leur encontre par la formation de jugement ; qu'ainsi l'Autorité et sur recours la cour d'appel de Paris ne peuvent ni compléter, ni modifier les griefs notifiés, ni a fortiori prononcer une condamnation dont la possibilité n'avait pas été envisagée par la notification des griefs ; que dès lors, en affirmant, pour condamner en qualité d'entité mère de la SCET la Caisse des dépôts et consignations, aux lieu et place du « Groupe Caisse des dépôts et consignations » seul visé par la notification des griefs mais dépourvu de personnalité juridique, que si la décision attaquée a improprement attribué la qualité d'« entité mère » de la société SCET au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » et lui a, en conséquence, imputé les pratiques en cause, l'Autorité visait en réalité clairement la Caisse des dépôts et consignations, qui détient 100 % du capital de cette société, la cour d'appel qui a modifié la notification des griefs a violé les articles 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

2^o/ que l'erreur de droit commise pour déterminer le redevable d'une condamnation ne saurait être assimilée à une simple erreur matérielle pouvant être librement rectifiée ou interprétée ; qu'en considérant, pour condamner en qualité d'entité mère de la SCET la Caisse des dépôts et consignations, aux lieu et place du « Groupe Caisse des dépôts et

consignations », que si la décision attaquée a improprement attribué la qualité d'« entité mère » de la société SCET au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » et lui a, en conséquence, imputé les pratiques en cause, l'Autorité visait en réalité clairement la Caisse des dépôts et consignations, qui détient 100 % du capital de cette société, après avoir constaté pour réformer la décision déférée, que si l'Autorité souligne que « l'article L. 518-2 du code monétaire et financier fait de l'ensemble formé par la Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays (...) les sanctions prévues par l'article L. 464-2 du code de commerce ne peuvent, par définition, être prononcées qu'à l'encontre de personnes physiques ou d'entreprises ou d'organismes pourvus de la personnalité juridique (ce qui n'est pas le cas du « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations » visé par la décision », ce dont il résulte que l'Autorité a commis une erreur de droit en imputant l'infraction au Groupe Caisse des dépôts et consignations, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les articles 461 et 462 du code de procédure civile ;

3^o/ que selon la décision déférée de l'Autorité « le Groupe Caisse des dépôts et consignations détient 100 % du capital de la SCET depuis le mois de mars 2012, soit antérieurement à la date de début des pratiques (si bien que) dans ces conditions, le Groupe Caisse des dépôts et consignations est présumé exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale » ; qu'en affirmant au contraire, pour imputer les pratiques en cause non plus au Groupe Caisse des dépôts et consignations mais à la Caisse des dépôts et consignations que la décision déférée « s'est exclusivement fondée sur le constat qu'elle détenait, depuis mars 2012, tout le capital de cette société, appliquant ainsi la présomption, consacrée en jurisprudence tant communautaire que nationale, selon laquelle la société qui détient, directement ou indirectement, la totalité du capital d'une filiale est présumée exercer sur elle une influence déterminante », la cour d'appel a méconnu le principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause, ensemble l'article 1192 du code civil. »

Réponse de la Cour

16. Après avoir relevé que la CDC, représentée par son directeur général et un conseil, avait été destinataire de tous les actes de la procédure et avait présenté des observations écrites et orales pour la défense de ses intérêts, l'arrêt retient qu'en imputant improprement les pratiques en cause au «Groupe CDC», dépourvu de la personnalité juridique, visé par la notification des griefs, l'Autorité visait en réalité la CDC, détentrice de 100 % du capital de la société SCET.

17. Ayant ainsi fait ressortir que la désignation, dans la notification des griefs comme dans la décision de l'Autorité, de la CDC en tant que «Groupe CDC»

était le fruit d'une simple erreur matérielle qui n'avait pas porté atteinte aux intérêts de la CDC, la cour d'appel a pu retenir, sans modifier la notification des griefs ni dénaturer les documents de la cause, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la deuxième branche, que les pratiques en cause étaient imputables à la CDC.

18. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Services conseils expertises territoires et la Caisse des dépôts et consignations aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Services conseils expertises territoires et la Caisse des dépôts et consignations et les condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros.

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-quatre juin deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la caisse des dépôts et consignations et la société Services conseil expertises territoires

PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur l'impartialité de la formation de jugement)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA et de leur avoir infligé, en conséquence, solidairement une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'atteinte alléguée au principe d'impartialité, la société SCET soutient que, dans sa décision du 2 décembre 2016 condamnant les sociétés SETIS et Groupe Degaud à une sanction pécuniaire, l'Autorité a pris position sur les pratiques qui lui étaient reprochées, en les considérant comme établies, de sorte que les membres de cette formation avaient déjà procédé à un pré-jugement au fond de l'affaire avant de prendre la décision attaquée, manquant ainsi objectivement à l'impartialité requise de leur part ; que sans doute le principe d'impartialité qu'invoque la requérante s'oppose-t-il à ce que les membres de l'Autorité statuent au fond sur les faits qui leur sont soumis et, le cas échéant, les sanctionnent, alors qu'ils se seraient déjà prononcés sur ces mêmes points dans une précédente procédure dans laquelle la partie poursuivie n'était pas présente ; que (cependant) tel n'a pas été le cas en l'espèce ; qu'en effet, contrairement à ce qu'allègue la requérante, les pratiques reprochées, d'une part, aux sociétés SETIS et Groupe Degaud et, d'autre part, à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations n'ont pas été l'objet d'un « traitement différencié », mais ont donné lieu à une seule et même instruction, avant d'être examinées par l'Autorité au cours de la séance qu'elle a tenue le 3 novembre 2016 ; qu'au cours de cette séance, les sociétés SETIS et Groupe Degaud, qui n'avaient pas contesté le grief qui leur avait été notifié, ayant, par procès-verbal du 22 septembre 2016, donné leur accord à la proposition de transaction du rapporteur général, l'Autorité, à laquelle il incombait de statuer sur cette proposition, a, conformément à l'article L. 464-2 III du code de commerce, entendu ces sociétés et le commissaire du Gouvernement ; qu'elle a choisi de procéder à ces auditions hors la présence de la société SCET et de la Caisse des dépôts et consignations, qui contestaient le grief qui leur était reproché, et qu'elle a ensuite entendues ; qu'à l'issue du délibéré qui s'en est suivi, l'Autorité a rendu deux décisions distinctes, l'une et l'autre « relative[s] à des pratiques

mises en oeuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes », par lesquelles elle a, pour la première, prononcé une sanction pécuniaire de 40.000 euros à l'encontre des sociétés SETIS et Groupe Degaud et, pour la seconde, statué sur le grief reproché à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations et leur a infligé une sanction pécuniaire de 560.000 euros ; qu'il en ressort que les pratiques mettant en cause les sociétés SETIS et Groupe Degaud, la société SCET et la Caisse des dépôts et consignations ont été examinées au cours d'une même séance et d'un délibéré unique de l'Autorité, de sorte que la publication de deux décisions distinctes n'a emporté aucun préjugement, par ses membres, du grief reproché aux requérantes ; qu'à cet égard, la circonstance que ces deux décisions ont été rendues à des dates différentes, les 2 et 6 décembre, et publiées à quelques heures d'intervalle, le 5 décembre au soir et le lendemain matin, est sans incidence et ne peut être considérée comme jetant un doute sur l'impartialité objective des membres de l'Autorité ; que le moyen doit, en conséquence, être rejeté (...)

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) la cour observe, d'une part, que la société SCET et la Caisse des dépôts et consignations ont eu accès à toutes les pièces de la procédure, à l'exception du procès-verbal du 22 septembre 2016 par lequel les sociétés SETIS et Groupe Degaud, qui n'avaient pas contesté le grief, ont accepté la proposition de transaction que leur a soumise le rapporteur général ; qu'or, ce procès-verbal n'avait pas vocation à être porté à la connaissance de tiers à la procédure de transaction, et c'est à juste titre que l'Autorité ne l'a pas communiqué à la requérante (...)

1°) ALORS QUE toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ; que cette exigence, qui doit s'apprécier objectivement, interdit qu'un même juge porte deux fois une appréciation sur les mêmes faits entre les mêmes parties ; qu'en excluant tout manquement des membres de l'Autorité de la concurrence à leur obligation d'impartialité objective, tout en constatant que par deux décisions distinctes, des 2 et 6 octobre 2016 « relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes », la même formation de l'Autorité de la concurrence a statué sur les mêmes faits et a infligé successivement une sanction pécuniaire de 40.000 euros à l'encontre des sociétés SETIS et Groupe Degaud, puis une sanction de 560.000 euros à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

2°) ALORS QU'après avoir précisément décrit les comportements relevés (§25 à 62) l'Autorité de la concurrence a, dans sa première décision n° 2016-D-27 du 2 décembre 2016, retenu que «la société SETIS, en tant qu'auteur, et le groupe Degaud, en tant que société mère, ont échangé avec la SCET, entre avril 2012 et janvier 2013, des informations sur leurs offres en vue de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA ; que ces échanges d'informations entre SETIS et la SCET ont porté sur les bordereaux de prix du marché concerné ainsi que sur leur intérêt respectif pour les marchés subséquents aux accords-cadres (et) avaient pour objet de se répartir les marchés subséquents aux deux accords-cadres (...) » avant d'en conclure qu'en « participant à une telle entente avec la SCET, la société SETIS a méconnu les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce » ; que dès lors, en affirmant, pour considérer que cette première décision de l'Autorité de la concurrence ne constituait pas un préjugement, que pour cette décision, la formation a « prononcé une sanction pécuniaire de 40.000 euros à l'encontre des sociétés SETIS et Groupe Degaud » tandis que « pour la seconde, (elle a) statué sur le grief reproché à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations et leur a infligé une sanction pécuniaire de 560.000 euros », quand elle s'était déjà prononcée, dans sa première décision sur la participation de la SCET à l'entente, la cour d'appel qui a dénaturé la décision précitée, a violé le principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause, ensemble l'article 1192 du Code civil ;

3°) ALORS QUE manque aux exigences de l'article 6 §1 de la convention européenne le juge qui justifie une sanction par référence à des éléments d'une procédure distincte non versés aux débats, peu important que celle-ci ait été instruite et tranchée le même jour : qu'en décidant que l'impartialité objective de l'Autorité de la concurrence ne pouvait pas être mise en doute bien que sa seconde décision du 6 décembre 2016 ait été expressément rendu au visa du « procès-verbal de transaction en date du 22 septembre 2016 signé par le rapporteur général adjoint de l'Autorité et les sociétés EURL SETIS et Groupe Degaud en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce » ayant justifié le prononcé de la décision du 2 décembre 2016, mais dont la communication a été expressément refusée à la SCET et à la Caisse des dépôts et consignations, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

4°) ALORS QU'en affirmant péremptoirement que les deux procédures ont été examinées au cours d'une même séance et d'un délibéré unique de l'Autorité, tout en constatant que les sociétés SETIS Groupe Degaud d'un côté, et SCET et Caisse des dépôts et consignations, d'un autre côté, ont été auditionnées séparément et que deux décisions distinctes ont été

rendues à des dates différentes, les 2 et 6 décembre 2016, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

5°) ALORS QU'en affirmant que « les pratiques reprochées, d'une part, aux sociétés SETIS et Groupe Degaud et, d'autre part, à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations n'ont pas été l'objet d'un traitement différencié », tout en constatant que la SCET et la Caisse des dépôts et consignations étaient « tiers à la procédure de transaction », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 6 §1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 41 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur le principe du contradictoire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA et de leur avoir infligé, en conséquence, solidairement une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'atteinte alléguée au principe du contradictoire, la société SCET rappelle, en premier lieu, que conformément aux règles du procès équitable et, en particulier, au principe du contradictoire, chaque partie doit être mise en mesure de présenter utilement sa défense sur le grief qui lui est reproché et, pour cela, d'accéder à l'entier dossier et de prendre connaissance des observations déposées par toutes les parties ; qu'elle soutient que tel n'a pas été le cas en l'espèce, puisqu'elle n'a eu accès ni aux éventuelles observations des sociétés SETIS et Groupe Degaud, ni aux échanges qui ont eu lieu, hors sa présence, lors de la séance de l'Autorité, ni au procès-verbal de transaction, ces différents éléments, ayant, selon elle, « directement ou indirectement conduit le Collège à adopter la décision la condamnant ». ; que (cependant) la cour observe, d'une part, que la société SCET et la Caisse des dépôts et consignations ont eu accès à toutes les pièces de la procédure, à l'exception du procès-verbal du 22 septembre 2016 par lequel les sociétés SETIS et Groupe Degaud, qui n'avaient pas contesté le grief, ont accepté la proposition de transaction que leur a soumise le rapporteur général ; qu'or, ce procès-verbal n'avait pas vocation à être porté à la connaissance de tiers à la procédure de transaction, et c'est à juste titre que l'Autorité ne l'a pas communiqué à la requérante ; qu'il n'en résulte, pour autant, aucune atteinte

au principe du contradictoire, puisque cet acte ne comporte pas d'examen des pratiques en cause, reprochées tant aux sociétés SETIS et Groupe Degaud qu'à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations, ni quant à leur réalité, ni quant à leur qualification juridique, et se borne à attester l'accord des intéressées à la proposition de transaction du rapporteur général, laquelle, selon les termes mêmes de l'article L. 464-2 III du code de commerce, a pour seul objet de fixer « le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée » ; qu'il en va de même, d'autre part, des observations orales présentées en séance par les sociétés SETIS et Groupe Degaud ; qu'en effet, ces sociétés ayant été entendues sur la détermination, par l'Autorité, du montant de la sanction pécuniaire qui leur serait infligée dans les limites définies par la proposition du rapporteur général, le débat était étranger à la défense, par la société SCET et la Caisse des dépôts et consignations, de leurs intérêts (....) ;

1°) ALORS QUE l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; qu'en considérant que le principe du contradictoire n'avait pas été méconnu malgré le refus de l'Autorité de la concurrence de communiquer à la SCET et à la Caisse des Dépôts et consignations le procès-verbal de transaction signé par les autres parties à la prétendue entente quand la décision de l'Autorité de la concurrence du 6 décembre 2016 ayant condamné la SCET pour avoir participé à une entente avec SETIS a été expressément rendu au visa du « procès-verbal de transaction en date du 22 septembre 2016 signé par le rapporteur général adjoint de l'Autorité et les sociétés EURL SETIS et Groupe Degaud en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce », la cour d'appel a violé l'article L 463-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; qu'en affirmant, pour justifier l'audition séparée des parties à l'entente par l'Autorité de la concurrence, que les sociétés SETIS et Degaud n'auraient été entendues oralement que sur le montant de la sanction par elles encourue quand l'oralité de l'audience ne permet pas de s'assurer qu'aucune appréciation n'a été portée à cette occasion sur l'infraction reprochée, la cour d'appel a violé l'article L 463-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; que le fait, pour l'Autorité de la concurrence, d'entendre séparément les parties à l'entente, les prive d'un débat contradictoire à l'audience ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L 463-1 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur les pouvoirs d'enquête)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA et de leur avoir infligé, en conséquence, solidairement une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) Sur la régularité des investigations des enquêteurs, les enquêteurs de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du ministère de l'Economie (DGCCRF) ont accédé le 3 avril 2014 aux locaux de l'agence de Dijon de la société SCET et, sur le fondement de l'article L. 450-3 du code de commerce, ont pris copie d'un ensemble de documents numériques ; que la société SCET considère que, ce faisant, les enquêteurs ont excédé les pouvoirs que leur donne l'article L. 450-3 précité, en n'ayant pas, comme ils en ont l'obligation, préalablement identifié et spécifiquement demandé les documents dont ils ont pris copie ; elle précise, à cet égard, que ces enquêteurs n'auraient, en réalité, demandé la communication que des documents numérotés de 1 à 8 dans le procès-verbal de prise de documents, mais non des 200 documents figurant dans l'inventaire annexé à ce même procès-verbal ; que les dispositions de l'article L. 450-3 alinéa 4 et 5 du code de commerce, dans sa version résultant de la loi n° 014-344 du 17 mars 2014, sur la base desquelles les enquêteurs ont obtenu communication et pris copie des documents en cause, sont ainsi rédigées : « Les agents peuvent exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et obtenir ou prendre copie de ces documents par tout moyen et sur tout support. Ils peuvent également recueillir, sur place ou sur convocation, tout renseignement, document ou toute justification, nécessaires au contrôle ; que pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, ils ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle » ; qu'il est de principe que ces dispositions ne permettent pas aux enquêteurs de demander la communication, d'une manière générale et imprécise, de tous les documents se trouvant dans les postes informatiques de l'entreprise ; mais cette limite aux pouvoirs des enquêteurs ne saurait être interprétée comme exigeant de leur part qu'ils connaissent a priori l'existence et la dénomination de chacun des documents communiqués, ces informations n'étant, par définition, connues que du seul utilisateur du poste informatique ; qu'il convient, en revanche, que, comme cela a été le cas en l'espèce, les documents intéressant les enquêteurs aient été identifiés par eux comme étant les

documents relatifs aux consultations menées par l'EPORA en vue de la passation des marchés d'assistance foncière ; qu'enfin, la société SCET soutient que les enquêteurs ont procédé eux-mêmes aux recherches de documents sur le poste informatique de son agence ou, à tout le moins, que le procès-verbal des opérations ne permet pas de s'assurer que tel n'a pas été le cas. ; que cette allégation, cependant, est contredite par les termes mêmes de ce procès-verbal, qui retrace ainsi le déroulement des opérations : « En la présence de M F... [consultant foncier au sein de la SCET] nous procédons au formatage d'une clé USB d'une capacité de 8 GO que nous lui remettons afin de permettre la communication des fichiers informatiques » (cote 85) ; qu'il ressort sans équivoque de cette mention du procès-verbal, qui fait foi jusqu'à preuve contraire, que les fichiers informatiques stockés dans l'ordinateur de la société SCET ont été remis en copie par un de ses collaborateurs aux enquêteurs, sans que ceux-ci se livrent eux-mêmes à aucune recherche, aucun autre élément ne démontrant l'inverse ; qu'en conséquence, les moyens de la société SCET tirés de la prétendue irrégularité des investigations auxquelles les enquêteurs ont procédé seront rejetés ;

ALORS QUE les dispositions de l'article L. 450-3 du code de commerce imposent de remettre aux agents habilités les documents dont ces derniers sollicitent la communication ; que si les enquêteurs peuvent procéder à une recherche par simple mots clefs, lorsqu'ils agissent sur autorisation judiciaire dans le cadre d'une visite domiciliaire relevant des dispositions de l'article L 450-4 du code de commerce, les dispositions de l'article L 450-3 ne leur permettent d'obtenir la communication que de documents préalablement et précisément identifiés ; qu'en décidant au contraire que l'article L 450-3 du code de commerce peut être mis en oeuvre sans que les enquêteurs « connaissent a priori l'existence et la dénomination de chacun des documents communiqués » et que la demande portant sur les documents identifiés par les enquêteurs comme étant ceux relatifs aux consultations menées par l'EPORA en vue de la passation des marchés d'assistance foncière » est suffisamment justifiée, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur les pratiques)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA et de leur avoir infligé, en conséquence, solidairement une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) l'Autorité a considéré qu'il ressortait du dossier un « faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants » démontrant la participation de la société SCET à une entente anticoncurrentielle avec la société SETIS, dont l'objet était de se répartir les marchés subséquents aux deux accords-cadres ; que les indices qu'elle a relevés, à ce titre, sont au nombre de trois : des échanges d'informations entre les sociétés SETIS et SCET à partir d'avril 2012, la découverte dans les locaux de la société SCET des BPU de la société SETIS et, enfin, l'analyse des offres remises par ces sociétés en réponses aux consultations de l'EPORA pour la passation des marchés subséquents ; que la société SCET conteste la force probante de chacun de ces indices et soutient qu'aucun d'entre eux n'établit ni l'échange d'informations, ni le partage de marchés qui lui sont reprochés ; qu'elle considère que le grief d'entente est, en conséquence, « infondé en droit comme en fait » et que la décision attaquée doit être annulée ; que sur les échanges d'informations entre les sociétés SCET et SETIS ; que s'appuyant sur les déclarations de M. Z..., co-gérant de la société SETIS, et de Mme B..., directrice des agences de Lyon et Dijon de la société SCET, l'Autorité a considéré qu'il en résulte des indices que ces deux sociétés s'étaient concertées, à partir du mois d'avril 2012, pour échanger des informations précises sur leur intérêt respectif à l'attribution des marchés subséquents aux accords-cadres ; que la société SCET le conteste et reproche à l'Autorité de s'attacher à des déclarations « éparses et imprécises », dont elle ferait une « analyse partielle et erronée », et qui, selon elle, « ne permettent pas d'établir l'existence d'un accord de répartition géographique » puisqu'elles « ne font pas état d'un quelconque accord de répartition » ; que cependant, force est de constater que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ressort sans équivoque des déclarations en cause que les sociétés SETIS et SCET se sont informées réciproquement sur l'intérêt qu'elles portaient aux différentes consultations de l'EPORA ; que cet échange d'informations a pris la forme, notamment, d'une conversation téléphonique, dont M. Z... a ainsi décrit la teneur dans ses déclarations recueillies par les enquêteurs les 3 avril et 30 juin 2014 : « A l'issue de l'attribution de l'accord-cadre, l'autre attributaire, la SCET, par le biais de Mme B..., nous a appelés pour se présenter, connaître ma société, son positionnement et voir si des secteurs intéressaient davantage ma société pour le marché de l'EPORA et sur l'ensemble des marchés fonciers. Je lui ai expliqué comment ma société se positionnait de manière générale sur l'ensemble des marchés fonciers (...) Nous savions à ce moment-là que nous n'étions plus que deux et nous pouvions discuter pour voir qui allait travailler sur quelle zone afin de mieux satisfaire le client. J'ai indiqué à Mme B... que je n'allais pas casser les prix et que je n'allais pas répondre au-delà de mes lignes (tout sauf Nord-Ouest Rhodanien à l'exception de Roanne) et en fonction du volume des dossiers confiés par EPORA » (cote 2015), « Je lui ai également parlé au téléphone à l'issue de l'attribution de l'accord-cadre de l'EPORA » (cote 2381). La réalité de cet échange n'est pas contestée par Mme B... qui a déclaré que »

J'ai dû appeler M Z.. suite au premier marché qui a été passé en avril 2012 mais je ne me souviens pas vraiment. Je l'ai contacté par démarche commerciale » (cote 1900). ; que ces mêmes déclarations révèlent que les intéressés se sont ensuite rencontrés et ont évoqué les marchés de l'EPORA. Ainsi, M. Z... a-t-il déclaré le 30 juin 2014 que « J'ai rencontré Mme B... une fois dans mon entreprise, peu après son installation à Dijon (..) Lorsque j'ai vu Mme B... je lui ai signifié les territoires sur lesquels je répondrai (ceux près de mes bases) afin de pouvoir agir dans les temps. (..) La SCET devait être d'accord pour nous laisser Roanne (. J'ai indiqué à Mme B... que je ne répondrai pas pour les territoires du Nord-Ouest Rhodanien que je connais mal » (cote 2 381). Mme B... a, dans ses déclarations du 9 juillet 2014, confirmé cette rencontre et ces conversations dans les termes suivants : « Nous nous sommes contactés par la suite pour parler de l'avenant à l'accord-cadre. J'ai déclaré précédemment que nous avons abordé ensemble les secteurs géographiques du marché. En effet, nous avons discuté de ces secteurs afin d'échanger sur ce qu'il y avait comme opération, comme nombre de dossiers par secteur » (cote 1 900) ; que ces échanges de déclarations d'intérêts se sont poursuivis tout au long de l'année 2012, comme cela ressort des déclarations suivantes de Mme B... en date du 9 juillet 2014 : « Nous savions que nous étions en concurrence avec SETIS. Ne sachant plus comment répondre, dans la panique, nous avons échangé nos prix avec SETIS. Par contre, nous n'en avons pas tenu compte pour fixer nos prix par la suite. Je savais que c'était interdit mais je ne pensais pas à mal » (cote 1900). M. Z...a, pour sa part, fait le 30 juin 2014 des déclarations allant dans le même sens : « Vous m'informez du fait que vous avez trouvé dans les documents informatiques de la SCET des mentions indiquant « pour SETIS » sur des marchés de l'EPORA. Ceci est sûrement dû au fait que nous nous sommes mis d'accord sur le principe de privilégier nos territoires » (cote 2 381) ; que cependant, la société SCET fait valoir que ces déclarations ne font état d'aucun rapprochement ou échange en vue de l'attribution des consultations relatives aux marchés subséquents et qu'elles n'établissent pas qu'elle aurait passé avec la société SETIS un accord de répartition des marchés ; que sans doute ne résulte-t-il pas des déclarations ci-dessus rappelées que les sociétés SETIS et SCET auraient formalisé un accord précis de partage des marchés ; mais il en ressort sans équivoque qu'elles se sont mutuellement fait connaître leurs intérêts respectifs pour les différents marchés de l'EPORA et que ces échanges d'informations ont altéré le libre jeu de la concurrence, en limitant l'indépendance des différentes offres ; que c'est donc à juste titre que l'Autorité a considéré que ces échanges constituaient un indice pertinent, dont la réunion avec les autres indices relevés rapportait la preuve de la participation de la société SCET à l'entente qui lui est reprochée ;

QUE sur les BPU et DQE de la société SETIS, comme la cour l'a rappelé plus haut, lors de leur intervention le 3 avril 2014 dans les locaux de l'agence de Dijon de la société SCET, les enquêteurs ont obtenu communication et

copie des dossiers numériques relatifs au marché de l'EPORA ; que parmi ces documents, figurent trois fichiers contenant les BPU et les DQE de la société SETIS pour les lots 1 et 2 de l'accord-cadre ; que l'examen des propriétés de ces fichiers ayant montré que le document Excel avait été modifié, en dernier lieu, le 23 novembre 2012 par une assistante de direction de la société SCET, l'Autorité en a déduit que cette société avait donc eu connaissance, au plus tard à cette date, des prix de son concurrent, soit antérieurement à la passation de deux marchés subséquents sur un total de douze ; qu'interrogé sur ce point lors de son audition par les enquêteurs le 9 juillet 2014, Mme B... a, par la déclaration suivante, expressément reconnu avoir eu connaissance des prix de son concurrent SETIS figurant dans ces documents : « Vous m'informez que vous avez trouvé les BPU de l'accord cadre de SETIS dans mon agence de Dijon. Effectivement, j'ai pris connaissance des prix de SETIS fin novembre 2012 (.) L'échange de prix s'est réalisé fin novembre 2012. Vous me précisez que la dernière modification des BPU SETIS trouvés dans nos ordinateurs datent d'octobre 2012) (cote 1900). De son côté, M. Z... a, dans ses déclarations recueillies le 30 juin 2014, indiqué qu'il n'expliquait pas la présence des BPU de sa société dans un ordinateur de la société SCET, mais en a reconnu les conséquences : « Je n'ai aucune explication. Je suis très étonné. Cela signifie que depuis 2012 la SCET connaît nos prix (.) Je maintiens ne pas savoir que mes BPU avaient été transmis à la SCET Je pense qu'il y a eu méprise » (cote 2 381) ; que la société SCET soutient, en premier lieu, qu'on ne peut tirer de la découverte de ces fichiers aucune conséquence quant à la preuve du grief qui lui est reproché ; qu'elle souligne, d'une part, que ces bordereaux avaient été déposés par la société SETIS en 2011 dans le cadre de la consultation pour la passation des accords-cadres et qu'elle n'en avait eu connaissance, à supposer que cela soit le cas, qu'en novembre 2012, soit après la conclusion, à la fin de l'année 2011, de ces accords, et, d'autre part, que ces bordereaux ne concernaient pas les marchés subséquents et, de surcroît, n'étaient pas pertinents, puisque des avenants aux accords-cadres, passés en juillet 2012, en avaient modifié les conditions financières ; qu'enfin, elle fait valoir qu'en novembre 2012, date à laquelle elle est supposée avoir eu connaissance des BPU de la société SETIS, il ne restait que deux marchés subséquents à passer ; qu'elle en conclut que cette connaissance n'a eu ni objet ni effet anticoncurrentiel sur la passation des marchés subséquents ; que la cour observe, d'abord, que la réalité de la connaissance qu'avait la société SCET des prix de la société SETIS ne peut être sérieusement contestée, puisqu'elle résulte tant de la découverte dans l'un des ordinateurs de son agence de Dijon de fichiers contenant les BPU et le DQE transmis par la SETIS à l'EPORA, que des déclarations, ci-dessus rappelées, de Mme B... et de M Z Elle rappelle ensuite que l'Autorité n'a, dans la décision attaquée, nullement considéré que la transmission des bordereaux des BPU avait eu, à elle seule, un objet ou un effet anticoncurrentiel ; que l'Autorité, en revanche, y a vu, à juste titre, un indice dont le rapprochement avec les autres indices qu'elle a relevés apportait la

démonstration de l'entente anticoncurrentielle reprochée à la société SCET ; qu'en deuxième lieu, la société SCET considère que l'Autorité a écarté d'une manière totalement injustifiée l'hypothèse d'une transmission accidentelle des bordereaux et elle affirme apporter des « éléments de contexte pertinents » qui rendent « crédible et même probable » une telle hypothèse ; que c'est ainsi, d'une part, qu'elle fait valoir que les consultations ont été menées par l'EPORA dans des « conditions particulièrement difficiles et confuses » et que des erreurs ont été commises, « y compris par l'EPORA lui-même » ; que quoi qu'il en soit du bien-fondé du jugement porté par la société SCET sur le déroulement des consultations en cause, l'Autorité s'étant au demeurant fait l'écho, aux paragraphes 64 à 71 de sa décision, des difficultés dans la gestion de ces marchés, il est établi que les bordereaux n'ont pas été transmis par l'EPORA ; qu'en effet, comme l'Autorité l'a rappelé dans la décision attaquée, la comparaison des empreintes numériques des bordereaux pris en copie auprès de chaque société prouve que ces documents proviennent effectivement de la société SETIS, étant rappelé, de surcroît, que cette société avait répondu à l'appel d'offres de façon non dématérialisée et qu'elle n'avait communiqué à l'EPORA ses bordereaux de prix que sur support papier ; que la société SCET, d'autre part, rappelle qu'en réponse à d'autres appels d'offres, elle est intervenue dans le cadre de groupements aux côtés de la société SETIS, laquelle était alors pour elle non un concurrent, mais un partenaire, et qu'il est possible que les bordereaux lui aient alors été transmis par suite d'une confusion entre différentes consultations ; que (cependant) outre que cette explication n'est étayée par aucun élément qui la rendrait crédible, il n'en reste pas moins qu'il est établi non seulement que la société SCET disposait des BPU de la société SETIS, mais qu'elle en a pris connaissance, ainsi que Mme B... l'a reconnu dans les déclarations ci-dessus rappelées ; que sur l'analyse des offres, l'Autorité a considéré que la réalité des échanges d'informations entre les sociétés SETIS et SCET en vue d'une répartition des marchés subséquents était confortée par l'analyse des offres qu'elles avaient remises dans le cadre des consultations menées par l'EPORA ; qu'elle a récapitulé les résultats de ces consultations dans un tableau figurant au paragraphe 19 de sa décision, d'où il ressort, sans que cela soit contesté, que ces sociétés avaient, à plusieurs reprises, déposé des offres irrégulières, en ne remettant pas l'acte d'engagement, ou inacceptables, en ne respectant pas les conditions financières de l'accord-cadre, ou s'étaient abstenues de déposer une offre ; que les sociétés SCET et SETIS ayant, chacune, remporté quatre marchés, en utilisant la majoration de prix maximale prévue par les accords-cadres, elle en a conclu qu'elles avaient bénéficié de l'absence d'offre ou des offres irrégulières ou inacceptables de leur concurrent, qu'elle a analysées comme des offres de couverture ; que la société SCET s'oppose à cette conclusion et fait valoir que la simple constatation que certaines consultations aient donné lieu, de sa part ou de celle de la société SETIS, à des offres irrégulières ou inacceptables, ou à des absences d'offre, ne suffit pas à rapporter la preuve d'un accord de

répartition et elle considère que dans ce dernier cas, l'Autorité a posé une « présomption d'illicéité » ; que (cependant), les conclusions que l'Autorité tire de l'analyse des offres à laquelle elle a procédé sont corroborées par les déclarations de M. Z... et de Mme B... ; qu'ainsi s'agissant du secteur IA (Roanne, Couronne, Périphérie des Monts de la Madeleine), M. Z... a déclaré aux enquêteurs le 3 avril 2014 : « J'ai indiqué à Mme B... que (...) je n'allais pas répondre au-delà de mes lignes (tout sauf Nord-Ouest Rhodanien à l'exception de Roanne) » (cote 2 015), cette communication étant ainsi confirmée par Mme B... : « J'ai dû seulement indiquer à M Z... que je n'allais pas répondre sur le secteur de Roanne car il y était déjà présent » (cote 1 900). Les offres finalement déposées confirment cet échange de déclarations d'intérêts, puisque la société SCET, dans le cadre des consultations pour les marchés n° 12-132 et 12-133, a déposé des offres qui se sont avérées irrégulières, faute de remise de l'acte d'engagement, et que, lors des consultations n° 13-005 et 13-006 pour la relance de ces mêmes marchés, elle n'a pas remis d'offre (tableau § 19 de la décision), de sorte que la société SETIS a emporté ces deux marchés, correspondant audit secteur 1A ; que s'agissant du secteur 2 (Nord-Ouest Rhodanien), la communication d'informations sur le désintérêt de la SETIS pour ce secteur a été reconnu par son co-gérant dans les termes suivants : « J'ai indiqué à Mme B... que je ne répondrai pas pour les territoires du Nord Ouest Rhodanien que je connais mal. » (cote 2 381) ; que force est de constater que, sur les marchés n° 12-123 et 12-125 correspondants à ce secteur, la société SETIS n'a pas déposé d'offres, permettant ainsi à la société SCET de les emporter ; que s'agissant du secteur 3A (Saint-Étienne, Vallée de l'Ondaine, Vallée du Gier, Plaine du Forez), la société SETIS connaissait l'intérêt que son concurrent lui portait, ainsi que l'a indiqué Mme B... : « Il savait que je voulais le secteur de St-Étienne compte tenu du fait que j'étais précédemment employée à l'EPORA et que je suis stéphanoise mais je ne lui ai pas dit ouvertement » (cote 1 900). De fait, dans les deux marchés n° 12-130 et 12-131 correspondants, la société SETIS a déposé des offres inacceptables, car contraires aux conditions financières de l'accord-cadre, et la société SCET a emporté les marchés en augmentant ses prix ; que la société SCET, cependant, voit dans le dépôt d'offres irrégulières ou inacceptable et dans l'absence d'offres, de simples « carences formelles », qu'elle impute aux conditions dans lesquelles les consultations de l'EPORA se sont déroulées ; que c'est ainsi qu'elle souligne que ces consultations se sont tenues dans des délais très brefs, l'obligeant, par exemple, à en traiter, au mois d'octobre 2012, huit en seulement onze jours ouvrables. Elle considère que ce contexte explique que des erreurs ont été commises par son personnel et elle rappelle que l'EPORA a commis lui-même des erreurs dans le traitement des réponses à ses consultations, ainsi en invalidant à tort deux d'entre elles ; que cette explication ne peut être retenue ; qu'elle est, en effet, contredite par les déclarations, ci-dessus rappelées, des représentants des sociétés en cause, d'où il ressort, par comparaison avec les résultats des consultations, que les prétendues « erreurs » qu'aurait

commises la société SCET correspondent aux échanges de déclarations d'intérêts auxquels elle s'est livrée avec la société SETIS ; que de l'ensemble de ces constatations, il ressort que c'est à juste titre que l'Autorité a considéré qu'un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants démontrait la participation de la société SCET à une entente anticoncurrentielle avec la société SETIS ; que son moyen d'annulation sera, en conséquence, rejeté ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) sans doute l'Autorité a-t-elle considéré, au vu des éléments d'enquête à sa disposition, que les BPU de la société SETIS avaient été transmis à la société SCET, non d'ailleurs en novembre 2012, mais « au plus tard » à cette date, soit après que les conditions financières fixées à l'origine dans les accords-cadres avaient été modifiées par les avenants passés en juillet 2012 (...) ; qu'il ressort des termes mêmes de la décision attaquée que, loin de méconnaître la réalité de ces difficultés, l'Autorité en a expressément fait mention aux § 64 à 71 (« 3. Les difficultés dans la gestion des marchés de l'EPORA ») et les a prises en compte comme facteur d'atténuation de la gravité des pratiques. Elle a, en particulier, relevé que l'EPORA avait lui-même confirmé dans les termes suivants la complexité de ses marchés et la difficulté en résultant pour les attributaires des accords-cadres dans l'anticipation de leur plan de charge : « Une autre raison de la variété des prix est peut-être que lorsque nous avons passé nos marchés subséquents, les opérations n'étaient pas connues des attributaires. (...) Nous savons que les moyens d'ingénierie de la SCET et de SETIS pour répondre à nos missions sont limités. De plus, ils ne pouvaient pas présupposer du plan de charge que le marché à bons de commandes allait générer. Cette incertitude pouvait être matière à prendre des précautions financières » (§ 70 de la décision attaquée) ; que l'Autorité a, par ailleurs, considéré qu'en ne retenant que deux attributaires des accords-cadres, « au lieu d'au moins trois comme le veut la pratique », l'EPORA avait contribué « à restreindre la concurrence lors de la passation des marchés d'application de ces accords-cadres et à faciliter les échanges d'informations sensibles entre les deux seules sociétés admises à présenter des offres » (§ 167 de la décision attaquée) ; que dans ces conditions, elle a conclu qu'il convenait de tenir compte du comportement de l'EPORA « comme étant de nature à tempérer la gravité des faits en cause » (ibid.) ;

ALORS QUE seuls les échanges d'informations sur les prix futurs sont nécessairement anticoncurrentiels en ce qu'ils limitent le degré d'incertitude dans l'esprit des concurrents ; qu'en se bornant à reprocher à la SCET, pour établir le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations, d'avoir disposé et pris connaissance des BPU de la société SETIS au plus tard en novembre 2012, sans rechercher, comme elle y avait été invitée, si les données transmises qui dataient de 2011 n'étaient pas devenues obsolètes après que les conditions financières fixées à l'origine dans les accords-cadres aient été modifiées par les avenants passés en juillet 2012,

la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du Code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'imputabilité des pratiques à Caisse des Dépôts et Consignations)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant à une entente avec la société SETIS lors de la passation du marché d'assistance foncière de l'EPORA et de leur avoir infligé, en conséquence, solidairement une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur le moyen de nullité tiré de la condamnation du « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations » ; l'Autorité a imputé les pratiques en cause à la société SCET, « en tant qu'auteur », et au « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations », « en tant qu'entité mère », en relevant, d'une part, que celui-ci constituait « une entité économique au sens du droit de la concurrence » et, d'autre part, que la présomption d'influence déterminante sur sa filiale, résultant de ce qu'il en détenait 100 % du capital, n'était pas renversée ; qu'en conséquence, la sanction pécuniaire de 560 000 euros qu'elle a prononcée a été infligée solidairement à la société SCET et au Groupe Caisse des dépôts et consignations ; que la Caisse des dépôts et consignations soulève sur ce point un moyen de nullité de la décision, en faisant valoir que le « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations » est dépourvue de la personnalité morale et ne peut donc se voir imputer aucune pratique ni sanctionner, pas plus en qualité d'auteur qu'en qualité d'entité mère ; que l'Autorité s'oppose à ce moyen en faisant valoir que l'article L. 518-2 du code monétaire et financier fait de l'ensemble formé par la Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales un « un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays » ; qu'elle ajoute que la Caisse détient 100 % du capital de la société SCET et constitue avec celle-ci une « entité économique au sens du droit de la concurrence » ; qu'en tout état de cause, elle demande à la cour, dans le cas où elle considérerait que les pratiques ont été imputées à tort au « Groupe Caisse des Dépôts et consignations », de réformer sur ce point la décision, en rectifiant ce qui n'est à ses yeux qu'une « erreur matérielle », puisqu'elle entendait imputer ces pratiques à la société SCET et à la Caisse des dépôts et consignations ; que la cour observe que l'Autorité peut, au vu des circonstances de l'espèce, considérer que la Caisse des dépôts et consignations constitue avec sa filiale, la société SCET, dont elle détient 100 % du capital, un groupe formant une « entité économique au sens du droit de la concurrence » ; que (cependant, en tout état de cause, les sanctions prévues par l'article L. 464-2 du code de commerce ne peuvent, par définition, être prononcées qu'à l'encontre de

personnes physiques ou d'entreprises ou d'organismes pourvus de la personnalité juridique ; or, tel n'est pas le cas du « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations » visé par la décision ; que sans doute, la loi prend-elle en compte l'existence du groupe formé par la Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales ; que c'est ainsi que l'article L. 518-2 précité dispose que « ([l]a Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays ; que ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles » : que pour autant, il ne ressort pas de ces dispositions que le législateur aurait érigé ce groupe en sujet de droit, apte à être titulaire de droits et d'obligations et à l'encontre duquel, par conséquent, pourraient être prononcées les sanctions pécuniaires prévues par l'article L. 464-2 du code de commerce, cette qualité n'étant conférée qu'à la Caisse des dépôts et consignations et à ses filiales ; que c'est donc improprement que la décision attaquée a attribué la qualité d'« entité mère » de la société SCET au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » et lui a, en conséquence, imputé les pratiques en cause, et il en ressort clairement que l'Autorité visait en réalité la Caisse des dépôts et consignations, qui détient 100 % du capital de cette société, et qui, représentée par son directeur général et un conseil, a été destinataire de tous les actes de procédure et a présenté des observations écrites et orales en défense de ses intérêts. La décision sera dès lors réformée sur ce point, ainsi qu'il sera fait au dispositif ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE (...) Sur l'imputabilité à la Caisse des dépôts et consignations des pratiques de la société SCET, dans sa décision, l'Autorité a rappelé que la Caisse des Dépôts et Consignations détenait, depuis mars 2012, soit antérieurement au début des pratiques, 100 % du capital de la société SCET et elle en a conclu qu'elle était présumée exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale ; qu'elle a considéré qu'aucun des arguments développés par la Caisse n'était de nature à renverser cette présomption et, en conséquence, elle lui a imputé les pratiques dont sa filiale était l'auteur et l'a condamnée, solidairement avec celle-ci, au paiement de la sanction pécuniaire de 560 000 euros ; que la Caisse des dépôts et consignations prétend, à l'inverse, qu'elle apporte des éléments propres à renverser cette présomption et à démontrer qu'elle n'a exercé aucune influence déterminante sur le comportement de la société SCET ; que la cour constate, au préalable, que l'Autorité n'a, dans la décision attaquée, relevé aucune preuve ou indice d'où il résulterait que la Caisse des dépôts et consignations aurait participé, d'une façon ou d'une autre, aux pratiques mises en oeuvre par la société SCET ou aurait influencé celle-ci ; que pour lui imputer ces pratiques, elle s'est exclusivement fondée sur le constat qu'elle détenait, depuis mars 2012, tout le capital de cette société (§ 142 de la décision attaquée), appliquant ainsi la présomption, consacrée en jurisprudence tant communautaire que nationale, selon

laquelle la société qui détient, directement ou indirectement, la totalité du capital d'une filiale est présumée exercer sur elle une influence déterminante ; que de fait, il ne ressort du dossier - et, en particulier, des explications circonstanciées des représentants des sociétés SCET et SETIS, auxquelles la cour s'est référée plus haut à plusieurs reprises, pas plus que des documents communiqués par eux aux enquêteurs - aucun élément qui démontrerait que la Caisse des dépôts et consignations serait intervenue, à un stade quelconque et sous quelque forme que ce soit, dans la participation de la société SCET aux appels d'offres lancés par l'EPORA, ni même en aurait été informée ; qu'il convient donc de déterminer si, la charge de la preuve étant renversée par le jeu de la présomption, dont le principe n'est pas ici mis en cause, la Caisse des dépôts et consignations apporte des éléments propres à établir qu'elle n'a pas exercé d'influence déterminante sur le comportement de la société SCET dans le cadre des appels d'offres de l'EPORA ; qu'à cet égard, et en premier lieu, la Caisse des dépôts et consignations rappelle que la loi la soumet à un statut particulier et soutient que celui-ci empêche de considérer qu'elle constituerait, avec la société SCET, une même unité économique à laquelle pourraient être imputées les pratiques en cause ; qu'elle souligne, à cet égard, que ce statut prévoit, en particulier, une stricte séparation entre ses activités propres, d'intérêt général, et les activités commerciales de ses filiales, auxquelles elle ne peut pas prendre part ; que cependant, si ces dispositions instaurent ainsi une séparation organique entre les activités d'intérêt général de la Caisse et les activités commerciales et concurrentielles de ses filiales, on ne saurait considérer qu'il en résulte, d'une façon générale, l'impossibilité pour la première d'exercer une influence sur les secondes, et en particulier une influence déterminante ; que l'existence de ce dispositif n'est donc pas de nature à écarter la présomption ; qu'en deuxième lieu, la Caisse des dépôts et consignations fait valoir que, du fait de ce statut légal particulier, elle entretient avec ses filiales des liens spécifiques, d'ordre organisationnel, économique et juridique, différents de ceux qui ont cours dans les groupes privés de sociétés, et dont témoigne, par exemple, sa soumission, en tant que pouvoir adjudicateur, aux règles de la commande publique prévues par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative au marchés publics ; qu'elle précise que ces règles s'imposent à elle, même dans ses relations avec ses filiales, de sorte que celles-ci ne peuvent lui fournir des prestations que si elles ont été sélectionnées, à l'issue d'une procédure les ayant mises en concurrence avec des sociétés extérieures au groupe, voire avec d'autres de ses filiales ; que cependant, le constat de l'application des règles de la commande publique est ici sans effet sur le jeu de la présomption, puisque les appels d'offres n'ont pas été lancés par la Caisse des dépôts et consignations ; qu'en troisième lieu, la Caisse des dépôts et consignations expose que sa structure atypique et la taille de son groupe font obstacle à ce qu'elle ait effectivement exercé une influence déterminante sur la société SCET ; qu'elle rappelle que le nombre de ses filiales directes est de 150, dont plusieurs sont des sociétés holdings à la tête de groupe importants, et elle

affirme que, dans ses conditions, il ne lui serait pas matériellement possible d'exercer une influence sur la conduite de leurs affaires, sauf à disposer de représentants au sein de leurs organes définissant leur politique commerciale, ce qui n'est pas le cas ; que cet argument, cependant, n'est pas de nature à écarter la présomption que la Caisse des dépôts et consignations a exercé une influence déterminante sur la société SCET. En effet, cette présomption est fondée sur la détention de la totalité du capital d'une société filiale et, par voie de conséquence, sur le pouvoir, qui en résulte, d'orienter sa gestion, de sorte que le fait que le groupe en cause est composé de nombreuses filiales est inopérant à inverser la présomption ; qu'en quatrième lieu, la Caisse des dépôts et consignations fait valoir que la politique de la société SCET relevait du comité de direction de celle-ci, dont tous les membres étaient issus de cette société et n'avaient pas de lien organique avec elle-même ; que (cependant) ainsi que le rappelle l'Autorité dans ses observations, le fait qu'une filiale dispose de sa propre direction locale et de ses propres moyens ne prouve pas, en soi, qu'elle définit son comportement sur le marché de manière autonome par rapport à l'entité qui en est la mère ; qu'il ressort de ces constatations que la Caisse des dépôts et consignations n'apporte pas d'élément propre à écarter la présomption qu'elle a exercé une influence déterminante sur la comportement de la société SCET et qu'il convient donc de lui imputer les pratiques mises en oeuvre par celle-ci (...)

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) Sur l'appartenance de la société SCET à un groupe (...) la cour a jugé plus haut que la Caisse des dépôts et consignations était présumée avoir exercé une influence déterminante sur le comportement de la société SCET et que, pour cette raison, les pratiques mises en oeuvre par celle-ci devaient lui être imputées. Il s'en déduit, par définition, que l'appartenance de la société SCET au groupe à la tête duquel se trouve placée la Caisse des dépôts et consignations, qui en détient 100 % du capital, a joué un rôle dans la mise en oeuvre de ces pratiques ; que c'est donc à juste titre que l'Autorité, prenant en compte la taille de ce groupe qui a réalisé en 2013 un produit net bancaire de 3,65 milliards d'euros, a majoré de 10 % le montant de la sanction pécuniaire qu'elle a prononcée ;

1°) ALORS QUE seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel les parties ont pu présenter leurs observations peut être retenu à leur encontre par la formation de jugement ; qu'ainsi l'Autorité de la concurrence et sur recours la cour d'appel de Paris ne peuvent ni compléter, ni modifier les griefs notifiés, ni a fortiori prononcer une condamnation dont la possibilité n'avait pas été envisagée par la notification des griefs ; que dès lors, en affirmant, pour condamner en qualité d'entité mère de la SCET la Caisse des dépôts et consignations, aux lieu et place du « Groupe Caisse des dépôts et consignations » seul visé par la notification des griefs mais dépourvu de personnalité juridique, que si la décision attaquée a improprement attribué la qualité d'« entité mère » de la

société SCET au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » et lui a, en conséquence, imputé les pratiques en cause, l'Autorité de la concurrence visait en réalité clairement la Caisse des dépôts et consignations, qui détient 100 % du capital de cette société, la cour d'appel qui a modifié la notification des griefs a violé les articles 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE l'erreur de droit commise pour déterminer le redevable d'une condamnation ne saurait être assimilée à une simple erreur matérielle pouvant être librement rectifiée ou interprétée ; qu'en considérant, pour condamner en qualité d'entité mère de la SCET la Caisse des dépôts et consignations, au lieu et place du « Groupe Caisse des dépôts et consignations », que si la décision attaquée a improprement attribué la qualité d'« entité mère » de la société SCET au « Groupe Caisse des dépôts et consignations » et lui a, en conséquence, imputé les pratiques en cause, l'Autorité de la concurrence visait en réalité clairement la Caisse des dépôts et consignations, qui détient 100 % du capital de cette société, après avoir constaté pour réformer la décision déférée, que si l'Autorité souligne que « l'article L. 518-2 du code monétaire et financier fait de l'ensemble formé par la Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays (...) les sanctions prévues par l'article L. 464-2 du code de commerce ne peuvent, par définition, être prononcées qu'à l'encontre de personnes physiques ou d'entreprises ou d'organismes pourvus de la personnalité juridique (ce qui) n'est pas le cas du « Groupe Caisse des Dépôts et Consignations » visé par la décision », ce dont il résulte que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur de droit en imputant l'infraction au Groupe Caisse des dépôts et consignations, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce, ensemble les articles 461 et 462 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE selon la décision déférée de l'Autorité de la concurrence « le Groupe Caisse des dépôts et consignations détient 100 % du capital de la SCET depuis le mois de mars 2012, soit antérieurement à la date de début des pratiques (si bien que) dans ces conditions, le Groupe Caisse des dépôts et consignations est présumé exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale » (§ 142) ; qu'en affirmant au contraire, pour imputer les pratiques en cause non plus au Groupe Caisse des Dépôts et Consignations mais à la Caisse des dépôts et consignations que la décision déférée « s'est exclusivement fondée sur le constat qu'elle détenait, depuis mars 2012, tout le capital de cette société (§ 142 de la décision attaquée), appliquant ainsi la présomption, consacrée en jurisprudence tant communautaire que nationale, selon laquelle la société qui détient, directement ou indirectement, la totalité du capital d'une filiale est présumée exercer sur elle une influence déterminante », la cour d'appel a méconnu le

principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause, ensemble l'article 1192 du code civil ;

4°) ALORS QUE la présomption d'influence déterminante de l'entité mère sur le comportement de sa filiale n'est pas irréfragable et peut être renversée en apportant tout élément relatif aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale en question à l'entité mère de nature à démontrer qu'elles ne constituaient pas une entité économique unique ; qu'en affirmant que le statut légal de la Caisse de Dépôts et Consignations n'était pas de nature à renverser la présomption, tout en admettant que ces dispositions instaurent une séparation organique entre les activités d'intérêt général de la Caisse et les activités commerciales et concurrentielles de ses filiales, ce dont il résultait que la Caisse des Dépôts et Consignations ne pouvait pas légalement exercer une influence déterminante sur la SCET, la cour d'appel qui a, de fait, érigé cette présomption en une présomption irréfragable, a violé les articles L 420-1 et L 464-2 du Code de commerce ;

5°) ALORS QUE la présomption d'influence déterminante de l'entité mère sur le comportement de sa filiale n'est pas irréfragable et peut être renversée en apportant tout élément relatif aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale en question à l'entité mère de nature à démontrer qu'elles ne constituaient pas une entité économique unique ; qu'en imputant l'entente à la Caisse des dépôts et consignations, tout en admettant expressément « que de fait, il ne ressort du dossier - et, en particulier, des explications circonstanciées des représentants des sociétés SCET et SETIS, auxquelles la cour s'est référée plus haut à plusieurs reprises, pas plus que des documents communiqués par eux aux enquêteurs - aucun élément qui démontrerait que la Caisse des dépôts et consignations serait intervenue, à un stade quelconque et sous quelque forme que ce soit, dans la participation de la société SCET aux appels d'offres lancés par l'EPORA, ni même en aurait été informée », la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 420-1 et L 464-2 du Code de commerce.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé solidairement à la Société Services Conseils Expertises et Territoires, en tant qu'auteure, et à la Caisse des dépôts et consignations, en tant qu'entité mère une sanction pécuniaire de 560.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE sur le dommage causé à l'économie (...) en second lieu, la société SCET soutient qu'elle aurait été contrainte, même en l'absence de pratiques, d'augmenter ses prix dans la limite de 20 % prévue par l'accord-cadre. À l'appui de cette allégation, elle fait valoir que les avenants aux accords-cadres avaient modifié leur équilibre et les perspectives

financières des co-attributaires, que les augmentations de l'ordre de 18 à 20 % étaient intervenues après la conclusion de ces avenants et qu'au moment des appels d'offres en vue de la conclusion de ces accords, les candidats n'avaient pas connaissance du plan de charge qui serait généré par les consultations subséquentes ; qu'elle conteste, en conséquence, que les pratiques en cause aient pu entraîner un surpris et elle en déduit que le dommage à l'économie est « très faible voire inexistant ». ; que la cour, qui rappelle que l'évaluation chiffrée d'un surpris n'est pas nécessaire à la prise en compte d'un dommage à l'économie, observe que l'hypothèse défendue par la société SCET - une augmentation des prix même en l'absence de pratiques - ne peut cependant être considérée comme démontrée, la mise en cause elle-même indiquant que ses prix auraient « très probablement » été augmentés ; qu'elle relève, en outre, que les pratiques d'échange d'informations ont réduit l'incertitude de la société SCET quant au comportement de son concurrent dans le cadre des consultations, et qu'il a, en conséquence, été porté atteinte au principe d'indépendance des offres, entraînant nécessairement par là un effet sur les prix, de sorte que les procédures lancées par l'EPOA ont été privées de tout effet ; qu'en troisième lieu, la société SCET fait valoir qu'en retenant un surpris de 18 à 20 %, son montant aurait alors été de l'ordre de 10 000 euros, puisque les montants qu'elle a facturés à l'EPOA n'ont représenté qu'une somme totale de 57 176 euros ; que cependant, cette constatation objective, qu'il n'y a pas lieu de récuser, n'est nullement discordante avec l'appréciation portée sur le dommage à l'économie par l'Autorité, celle-ci ayant considéré qu'il était certain, mais « modéré » ; que de ces constatations, il résulte que l'Autorité a fait une juste appréciation du dommage causé à l'économie par l'entente à laquelle la société SCET a pris part ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur la gravité (...) il ressort des termes mêmes de la décision attaquée que, loin de méconnaître la réalité de ces difficultés, l'Autorité en a expressément fait mention aux § 64 à 71 (« 3. Les difficultés dans la gestion des marchés de l'EPOA ») et les a prises en compte comme facteur d'atténuation de la gravité des pratiques. Elle a, en particulier, relevé que l'EPOA avait lui-même confirmé dans les termes suivants la complexité de ses marchés et la difficulté en résultant pour les attributaires des accords-cadres dans l'anticipation de leur plan de charge : « Une autre raison de la variété des prix est peut être que lorsque nous avons passé nos marchés subséquents, les opérations n'étaient pas connues des attributaires. (...) Nous savons que les moyens d'ingénierie de la SCET et de SETIS pour répondre à nos missions sont limités. De plus, ils ne pouvaient pas présupposer du plan de charge que le marché à bons de commandes allait générer. Cette incertitude pouvait être matière à prendre des précautions financières » (§ 70 de la décision attaquée) ; que l'Autorité a, par ailleurs, considéré qu'en ne retenant que deux attributaires des accords-cadres, « au lieu d'au moins trois comme le veut la pratique », l'EPOA avait contribué « à restreindre la concurrence lors de la passation

des marchés d'application de ces accords-cadres et à faciliter les échanges d'informations sensibles entre les deux seules sociétés admises à présenter des offres » (§ 167 de la décision attaquée) ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) Sur l'appartenance de la société SCET à un groupe (...) la cour a jugé plus haut que la Caisse des dépôts et consignations était présumée avoir exercé une influence déterminante sur le comportement de la société SCET et que, pour cette raison, les pratiques mises en oeuvre par celle-ci devaient lui être imputées. Il s'en déduit, par définition, que l'appartenance de la société SCET au groupe à la tête duquel se trouve placée la Caisse des dépôts et consignations, qui en détient 100 % du capital, a joué un rôle dans la mise en oeuvre de ces pratiques ; que c'est donc à juste titre que l'Autorité, prenant en compte la taille de ce groupe qui a réalisé en 2013 un produit net bancaire de 3,65 milliards d'euros, a majoré de 10 % le montant de la sanction pécuniaire qu'elle a prononcée ;

1°) ALORS QUE pour mesurer le dommage à l'économie, le surprix payé doit être évalué ou à tout le moins estimé ; qu'en affirmant au contraire que « l'évaluation chiffrée d'un surprix n'est pas nécessaire à la prise en compte d'un dommage à l'économie », la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en affirmant péremptoirement que l'hypothèse défendue par la société SCET, à savoir une augmentation des prix même en l'absence de pratiques – « ne peut (...) être considérée comme démontrée », après avoir admis que, selon l'EPORA lui-même, les difficultés, dans la gestion des marchés de l'EPORA et l'incertitude qu'elle générerait pouvaient être matière à prendre des précautions financières, ce qui démontrait que l'augmentation des prix pouvait résulter du manque d'anticipation de l'EPORA, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE pour confirmer la décision déferée en ce qu'elle avait majoré de 10 % l'amende infligée en raison de l'appartenance de la SCET à un groupe, la cour d'appel s'est fondée sur le rôle joué dans la mise en oeuvre de ces pratiques et l'imputabilité de ces pratiques à la Caisse des Dépôts et Consignations ; que la censure à intervenir sur le cinquième moyen de cassation contestant l'imputabilité des pratiques à la Caisse des Dépôts et Consignations, entrainera, par voie de conséquence, la censure de l'arrêt attaqué sur le quantum de la sanction et spécialement sur la majoration de celle-ci pour appartenance à un groupe en application des dispositions de l'article 624 du Code de procédure civile.