

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 15 JANVIER 2008

(n° **3**, 6 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2007/02775**

Décision déferée à la Cour : n° **07-D-01** rendue le **17 Janvier 2007** par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDERESSE AU RECOURS :

- la société **DEVIN LEMARCHAND ENVIRONNEMENT (DLE)**
agissant poursuites et diligences de son représentant légal
dont le siège social est : **78, rue de la Garde 44300 NANTES**

représentée par Maître Frédéric BURET, avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Jean Louis LESQUINS, avocat au barreau de PARIS
toque TO 700
Cabinet DS AVOCATS
46, rue Bassano
75008 PARIS

DEMANDEURS AU RECOURS INCIDENT :

- la société **DEHE TP**
agissant poursuites et diligences de son représentant légal
dont le siège social est : **76, Route de Buchelay 78710 ROSNY SUR SEINE**

- la **SCP LAUREAU JEANNEROT**
Administrateur Judiciaire ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société DEHE TP
suivant jugement du Tribunal de Commerce en date du 24 août 2006
Demeurant : **7, rue Jean Mermoz 78000 VERSAILLES**

- Maître **Olivier CHAVANNE DE DALMASSY**
Mandataire Judiciaire ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société DEHE TP
suivant jugement du Tribunal de Commerce en date du 24 août 2006
Demeurant : **42, rue Hoche 78000 VERSAILLES**

Représentés par la SCP Laurence TAZE-BERNARD Catherine BELFAYOL-BROQUET,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistés de Maître Marianne DUFOUR CARBONI, avocat au barreau de VERSAILLES
SCP HADENGUE ET ASSOCIES
7, rue Jean Mermoz 78000 VERSAILLES

EN PRÉSENCE DE :

- M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté par Mme Irène LUC, munie d'un pouvoir

- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI
59, boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS

représentée par M. André MARIE, muni d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 27 novembre 2007, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Conseiller faisant fonction de Président, en remplacement de Mme PENICHON, Président, empêchée
- Mme Viviane GRAEVE, Conseillère
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

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

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues WOIRHAYE, Avocat Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

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

- signé par M. Christian REMENIERAS, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Les travaux de canalisation - parmi lesquels on distingue les travaux sur les réseaux de canalisation d'adduction d'eau potable, les travaux sur les réseaux d'évacuation des eaux usées et les travaux sur les réseaux d'évacuation des eaux pluviales - font essentiellement l'objet de marchés publics, à l'initiative de collectivités importantes ou de syndicats intercommunaux.

Ayant constaté, à partir de l'analyse d'un échantillon d'appels d'offres et de l'exécution des marchés de canalisation d'adduction d'eau potable, d'assainissement et d'évacuation des eaux pluviales passés par vingt-six communes ou syndicats intercommunaux répartis sur l'ensemble du département du Morbihan, que les travaux étaient toujours confiés aux mêmes entreprises et que les offres déposées paraissaient complémentaires, laissant suspecter des pratiques d'entente entre ces entreprises, le ministre chargé de l'Economie a, le 31 mai 2001, ouvert une enquête, au cours de laquelle ont été effectuées, avec l'autorisation du président du tribunal de grande instance de Lorient, diverses perquisitions et saisies dans les locaux des entreprises soupçonnées.

Le 22 août 2003, le ministre chargé de l'Economie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur des marchés de travaux publics de canalisations dans le département du Morbihan.

Après avoir notifié des griefs, le Conseil de la concurrence a, le 17 janvier 2007, rendu la décision n° 07-D-01 suivante :

“Article 1^{er} : Les sociétés Cise TP Ouest et Dehe TP Environnement sont mises hors de cause.

Article 2 : Aucune pratique n'est établie à l'encontre des sociétés Saur France, Toulgoat, Sade CGTH, Coca Atlantique, Spac, Sturno, Sarc, SBCEA Audo.

Article 3 : Il est établi que les sociétés Dehe TP, Devin Lemarchand et EGC Ouest ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 4 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes ;

. à la société Dehe TP une sanction de 74 000 euros ;

. à la société Devin Lemarchand Environnement une sanction de 858 600 euros ;

. à la société EGC Ouest une sanction de 12 000 euros.”

LA COUR :

Vu le recours en annulation et/ou en réformation formé le 23 février 2007 contre cette décision par la société Devin Lemarchand Environnement (ci-après la société DLE) ;

Vu le recours incident, en annulation subsidiairement en réformation, formé le 23 mars 2007 contre cette décision par la société Dehe TP et par la SCP Laureau Jeannerot, et M. Chavanne de Dalmassy, en qualité, respectivement, d'administrateur et de mandataire judiciaires de cette dernière suivant jugement du tribunal de commerce du 24 août 2006 ;

Vu le mémoire déposé le 23 mars 2007 par la société DLE à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire “récapitulatif” du 24 septembre 2007, par lequel cette société demande à la cour :

- à titre principal, de dire que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle n'a pas été rapportée à suffisance de droit, en conséquence qu'il n'y a pas lieu de la sanctionner, d'ordonner le remboursement des sommes concernées assorties du versement des intérêts au taux légal à compter du prononcé de la décision, objet du recours,

- à titre subsidiaire, de dire le taux de sanction prononcé disproportionné, de réformer la décision en réduisant ce taux de 1 % à 0,035 % au plus, de dire que le chiffre d'affaires à prendre en considération était le chiffre d'affaires clos au jour du prononcé de la décision, de réformer la décision en retenant le chiffre d'affaires 2006 (soit 380 845 euros), d'ordonner le remboursement des sommes concernées assorties des intérêts au taux légal à compter du prononcé de la décision, objet du recours ;

Vu le mémoire déposé le 23 mars 2007 par la société Dehe TP, la SCP Laureau Jeannerot, ès qualités, et M. Chavanne de Dalmassy ès qualités, au soutien de leur recours, soutenu par leur mémoire en réplique du 24 septembre 2007, par lequel ces requérants demandent à la cour de :

- à titre principal :

. vu les articles 369 du nouveau code de procédure civile et L. 622-22 du code de commerce, constater que l'administrateur et le mandataire judiciaires de la société Dehe TP n'ont pas été mis en cause dans la procédure, en conséquence prononcer la nullité de la décision déferée,

. vu l'article L. 622-21 du code de commerce, constater que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'a pas procédé à la déclaration de sa créance au passif de la société Dehe TP, en conséquence déclarer irrecevable la demande de condamnation pécuniaire à l'encontre de cette dernière,

- à titre subsidiaire, vu l'article L. 420-1 du code de commerce, constater que la preuve de l'antériorité du tableau saisi au sein de la société Dehe TP n'est pas démontrée au cas d'espèce et que ce tableau ne saurait constituer à lui seul un élément de nature à prouver l'existence d'une entente entre la société Dehe TP, Devin Lemarchand et EBL Ouest, en conséquence, dire qu'aucune pratique anticoncurrentielle ne doit être mise à la charge de la société Dehe TP, infirmer la décision du Conseil de la concurrence,

- à titre encore plus subsidiaire, constater l'absence d'impact de la prétendue pratique anticoncurrentielle mise à la charge de la société Dehe TP sur le marché de Morbihan, constater que l'agence de Vannes est une agence locale disposant d'une grande autonomie, en conséquence infirmer la décision du Conseil de la concurrence en ce qu'il a retenu le chiffre d'affaires de la société Société Dehe TP comme base de calcul à la sanction,

- en tout état de cause, constater qu'un redressement judiciaire a été ouvert à l'encontre de la société Dehe TP, dire qu'il n'est pas opportun de prononcer une sanction à son encontre eu égard à la procédure collective à laquelle elle est soumise ;

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence en date du 13 juin 2007 ;

Vu les observations écrites du ministre chargé de l'Economie, en date du 13 juin 2007, tendant au rejet des recours ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties à l'audience ;

Ouï à l'audience publique du 27 novembre 2007, en leurs observations orales, les conseils des requérantes qui ont été mis en mesure de répliquer, ainsi que le représentant du Conseil de la concurrence, celui du ministre de l'Economie et le ministère public ;

SUR CE :

- sur la régularité de la procédure, contestée par la société Dehe TP

Considérant que la société Dehe TP, qui s'est vu notifier des griefs le 8 juin 2005, fait valoir qu'elle a été mise en redressement judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Versailles du 24 août 2006, que ce jugement était interruptif d'instance en vertu des articles 369 du nouveau code de procédure civile et L. 622-22 du code de commerce, et que l'administrateur et le mandataire judiciaires n'ont pas été mis en cause dans la procédure, en violation de l'article L. 622-23 du code de commerce ; qu'elle en déduit que la procédure, qui a abouti à une sanction prononcée le 17 janvier 2007, doit être annulée en application de l'article 372 du nouveau code de procédure civile ;

Qu'elle objecte aussi que l'article L. 622-21 du code de commerce interdit toute action tendant au paiement d'une somme d'argent à compter du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire et que, faute d'avoir été déclarée dans le délai légal, alors que le délai de forclusion est expiré, la créance est éteinte ;

Considérant, tout d'abord, qu'à supposer que la créance de l'Etat née de la sanction pécuniaire, qui trouve son origine dans la décision du Conseil de la concurrence, doive être déclarée à la procédure collective, le délai pour ce faire ne court qu'à compter de la date d'exigibilité de cette créance, ainsi que le précise l'article L. 622-24 du code de

commerce, et une déclaration tardive, qui aurait pour seul effet de faire obstacle au recouvrement de la sanction, est sans emport sur la régularité de la procédure conduisant à son prononcé ;

Considérant en revanche que le jugement du tribunal de commerce de Versailles du 24 août 2006, qui a mis la société Dehe TP en redressement judiciaire, a désigné la SCP Laureau et Jeannerot en qualité d'administrateur judiciaire chargé d'assister la débitrice "dans tous ses actes de gestion et de disposition" et M. Chavanne de Dalmassy en qualité de mandataire judiciaire ; qu'à défaut de mise en cause des organes de la procédure collective devant le Conseil de la concurrence, alors que les poursuites en cours étaient susceptibles de conduire à l'adoption d'une décision affectant la situation juridique de l'entreprise, la procédure menée contre la société Dehe TP, représentée par son seul dirigeant, n'est pas régulière ; que la décision doit être annulée à l'égard de cette dernière ;

Considérant qu'en conséquence de cette annulation, la cour est tenue, par application des dispositions des articles L. 464-8 du Code de commerce, 561 et 562 du nouveau Code de procédure civile, de statuer, en fait et en droit, sur le grief notifié à la société Dehe TP ; que la SCP Laureau et Jeannerot ainsi que M. Chavanne de Dalmassy étant désormais présents à la procédure aux côtés de cette entreprise, qui a soumis à la cour divers moyens au soutien de sa défense, la procédure est en état d'être jugée ; qu'il y a donc lieu de statuer au fond, sous réserve toutefois du respect du principe général de non aggravation du sort du requérant en l'absence de recours du ministre chargé de l'Economie, qui s'oppose à ce que la sanction soit aggravée ;

- sur le fond

Considérant qu'il était reproché aux sociétés DLE et Dehe TP d'avoir, avec la société EGC Ouest, venant aux droits de la société Boeuf & Legrand, mis en oeuvre une entente anticoncurrentielle en s'échangeant des informations pour se répartir à l'avance les marchés passés par la ville de Vannes, en violation de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Que, pour tenir le grief établi du 1^{er} juin 1998 (date limite de la période non prescrite eu égard à la date de la demande d'enquête du ministre) au 20 juillet 2000, le rapport, en ce qui concerne la société Dehe TP, comme la décision, en ce qui concerne la société DLE, se fondent sur un fichier informatique saisi le 26 juin 2001 dans les bureaux de l'entreprise Dehe TP, qui contient un tableau (reproduit en page 21 de la notification de griefs et au point 31 de la décision) recensant 50 marchés d'assainissement passés par la ville de Vannes, dont se déduirait la démonstration d'un échange d'informations entre les trois entreprises précitées, antérieurement au dépôt des offres, en vue de se répartir les marchés concernés ;

Considérant que ce document présente en effet les apparences d'un tableau de répartition des marchés entre ces trois entreprises, en ce qu'il recense une cinquantaine de marchés suivant leur ordre chronologique, confronte les montants des offres présentées par la société Dehe ("Offre HT") avec ceux des offres censées être retenues ("Ajuste"), précisant à quelle entreprise du secteur le marché revient dans ce cas et pour quel montant (soit Dehe, Boeuf et Legrand, DLE, Eurovia, ETDE), et procède in fine à la totalisation des sommes ainsi portées ("TOTAL OFFRES AFFECTÉES"), pour comparer le montant global remporté par chacune des trois premières citées avec celui qu'elles auraient théoriquement dû obtenir ("QUOTAS") par application d'un coefficient préétabli ("COEFFICIENTS AFFECTÉS", soit 15 % pour la société Dehe TP, 42,5 % pour la société Boeuf et Legrand, 42,5 % pour la société DLE), et déterminer la différence, en plus ou en moins, à mettre au compte de chacune ("AVANCEMENT"), l'opération se soldant ainsi par un retard de 162 000 F de la société Boeuf et Legrand et de 246 000 F de la société DLE ;

Que toutefois, pour que ce tableau, dressé par un préposé de la société Dehe TP, puisse être retenu comme preuve d'une entente entre les entreprises qu'il vise, encore faut-il qu'il soit certain que les montants qui y sont portés résultent d'échanges intervenus entre les entreprises avant le dépôt des offres ;

Qu'à cet égard, c'est à juste titre que les requérantes objectent qu'aucun élément du dossier ne conforte cette hypothèse ; que la seule constatation que certains des chiffres mentionnés sont inexacts -les enquêteurs ayant relevé de nombreuses différences entre, notamment, les sommes portées dans la colonne "Ajuste" et les montants effectivement retenus par la commission d'appel d'offres et également ceux résultant des décomptes globaux définitifs établis après l'achèvement des travaux, voire entre les sommes portées dans la colonne "Offre HT" et les offres effectivement déposées par la société Dehe- ne permet pas de retenir, comme le rapporteur, puis le Conseil l'ont fait, que "*cela prouve que les données ont été intégrées progressivement au fur et à mesure du lancement des consultations*", alors que de telles discordances peuvent résulter de causes diverses ; que dès lors, cette appréciation, tirée d'un document unique, qu'aucun élément extrinsèque ne conforte, et considérée comme avérée du seul fait que les explications fournies, en particulier par l'auteur du tableau, n'ont pas été jugées convaincantes, ne peut être suivie ;

Et considérant qu'aucun acte positif d'échange d'information en vue de se répartir les marchés avec la société Boeuf et Legrand n'étant autrement démontré à la charge des sociétés Dehe TP et DLE, le grief ne peut être retenu et ces deux entreprises doivent être mises hors de cause ;

Considérant que le présent arrêt constitue le titre ouvrant droit à restitution des sommes versées au titre de l'exécution de la décision, lesdites sommes assorties des intérêts au taux légal à compter de la notification de l'arrêt, valant mise en demeure ; qu'il n'y a donc pas lieu de statuer sur la demande des parties tendant à cette restitution ;

PAR CES MOTIFS,

Sur le recours de la sociétés Dehe T, annule les articles 3 et 4 de la décision n° 07-D-01 rendue par le Conseil de la concurrence le 17 janvier 2007, mais en leurs seules dispositions visant cette entreprise,

Sur le recours de la société Devin Lemarchand Environnement, réforme les articles 3 et 4 de la décision n° 07-D-01 rendue par le Conseil de la concurrence le 17 janvier 2007, mais en leurs seules dispositions visant cette entreprise,

Et, statuant à nouveau, dit qu'il n'est pas établi que les sociétés Dehe TP et Devin Lemarchand Environnement ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor Public ;

LE GREFFIER



LE PRÉSIDENT

