

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 03 JUILLET 2008

(n° **33**, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2007/10671**

Décision déferée à la Cour : n° **07-D-15** rendue le **09 mai 2007**
par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDERESSES AU RECOURS :

- La société EIFFAGE CONSTRUCTION, S.A.S.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 3, avenue Morane Saulnier - BP 46 - 78141 VELIZY
VILLACOUBLAY

représentée par la SCP Patrice MONIN et François d'AURIAC de BRONS,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS

- La société INDUSTRIELLE DE CONSTRUCTIONS RAPIDES - S.I.C.R.A. -, S.A.S.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 36, rue du Séminaire 94550 CHEVILLY LARUE

représentée par la SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Gilles ROUMENS,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet COURTEAUD PELLISSIER
174, boulevard Saint Germain 75006 PARIS

- La société SPIE, S.A.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Parc Saint Christophe, Pôle Vinci,
10, avenue de l'Entreprise
95863 CERGY PONTOISE CEDEX

- La société SPIE- SCGPM, S.A.

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Parc Saint Christophe - Pôle Magellan
10, avenue de l'Entreprise
95863 CERGY PONTOISE CEDEX

représentées par SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistées de Maître Christine VILMART,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet Castaldi Mourre & Partners
73, boulevard Haussmann 75008 PARIS

11

ovh

- **La société VINCI CONSTRUCTION, SAS**
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 5, Cours Ferdinand de Lesseps 92500 RUEIL MALMAISON

- **La société DUMEZ CONSTRUCTION, SAS**
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 5, Cours Ferdinand de Lesseps 92500 RUEIL MALMAISON

représentées par SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistées de Maître Marie HINDRE GUEGUEN,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet PROSKAUER ROSE LPP
374, rue Saint Honoré 75001 PARIS

- **La société FOUGEROLLE, SAS**
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 3, avenue Morane Saulnier 78140 VELIZY VILLACOUBLAY

représentée par la SCP Anne-Laure GERIGNY-FRENEAUX,
avoué associé près la Cour d'Appel de PARIS

DÉFENDEUR AU RECOURS

- **Le CONSEIL RÉGIONAL D'ILE DE FRANCE**
représenté par son Président
33, rue Barbet de Jouy
75007 PARIS

représenté par la SCP BERNABE - CHARDIN - CHEVILLER,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assisté de Maître Beatriz de SILVA,
avocat au barreau de PARIS
SCP LUSSAN & Associés
250 bis, boulevard Saint Germain 75007 PARIS

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 LA MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI**
59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS

non représentée

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 mai 2008, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Didier PIMOULLE, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- 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 code de procédure civile.
- signé par M. Didier PIMOULLE, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

La loi de décentralisation du 22 juillet 1983, modifiée par la loi du 25 janvier 1985, a transféré aux régions "*la construction, la reconstruction, l'extension, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement des lycées et autres établissements d'enseignement de niveau équivalent*", à compter du 1^{er} janvier 1986.

Dès cette date, le Conseil régional d'Ile de France (ci-après le CRIF), qui se voyait en charge de 471 établissements, a engagé un vaste programme de rénovation de son patrimoine immobilier scolaire. A été prise à cette fin, notamment, une délibération du 26 juin 1990 énumérant des opérations à réaliser, pour 302 établissements scolaires, qui a donné lieu à l'attribution de 241 marchés publics de travaux, pour un coût global de 23,3 milliards de francs.

Ce programme, réalisé de 1990 à 1994 en sept "vagues" successives d'une dizaine d'opérations, s'est caractérisé par le recours systématique à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage (ci-après AMO), en l'espèce essentiellement au profit de la société Patrimoine Ingénierie, et par l'adoption de procédures dérogatoires au code des marchés publics, soit :

- les marchés d'entreprise de travaux publics (dits METP), associant, pour un marché unique, trois prestations de natures différentes, la construction ou la réhabilitation proprement dite, la maintenance de l'établissement pendant dix ans, et le financement par l'entreprise attributaire du marché au moyen d'un crédit égal au montant du prix des travaux et de la maintenance consenti à la collectivité territoriale et remboursable en dix annuités constantes, seules les prestations de travaux étant l'objet d'une mise en concurrence,

- les marchés de "conception-réalisation-maintenance", regroupant, dès la conception du projet, les études, l'exécution des travaux, et des prestations immobilières d'une durée de dix ans.

Le CRIF a par ailleurs eu recours, pour la quasi-totalité des marchés, à une procédure d'appel d'offres restreint comportant deux phases : une phase de pré-sélection des candidats admis à déposer une offre, effectuée par la société Patrimoine Ingénierie, et une phase de sélection des offres et d'attribution des marchés.

Ces opérations, qui ont suscité des critiques de la Chambre régionale des comptes, ont également donné lieu à des poursuites pénales visant, selon l'arrêt rendu par la cour d'appel de céans, 9^{ème} chambre, le 27 février 2007, un dispositif frauduleux de grande ampleur, conçu dès 1987, constituant pour l'exécutif régional et ses représentants à favoriser l'entente entre les entreprises, filiales de grands groupes de travaux publics, en vue d'une répartition "équitable" entre elles des marchés des lycées d'Ile de France, et à exiger en contrepartie de ces entreprises qu'elles financent les partis politiques représentés à la région et dont les membres siégeaient notamment à la commission d'appel d'offres, par un prélèvement de 2% sur le montant hors taxe des marchés passés avec le CRIF. Les pourvois formés contre l'arrêt précité ont été rejetés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 20 février 2008.

C'est donc dans ce contexte que, parallèlement à la procédure pénale, les appels d'offres lancés par la région Ile-de-France pour la construction ou la réhabilitation de son patrimoine immobilier scolaire ont, à partir du 18 juin 1996, donné lieu à cinq saisines du Conseil de la concurrence -une d'office, les autres émanant du président du CRIF- concernant, d'une part, des marchés attribués au cours des années 1989 à 1996, d'autre part, des opérations ponctuelles ayant eu lieu au cours des années 1998 à 2001.

En définitive, seuls les faits visés par la saisine d'office du 11 juillet 1996 (F 889), qui portaient sur 90 METP et avaient été simultanément instruits par le juge d'instruction - lequel avait ensuite transmis des éléments du dossier au Conseil de la concurrence- ont donné lieu à notifications de griefs.

Deux séries de griefs de concertation en vue d'une répartition des marchés ont en effet été notifiés et, le 9 mai 2007, le Conseil de la concurrence a rendu la décision n° **07-D-15 du 9 mai 2007** suivante :

"Article 1er : La pratique relative au grief n° 2 est prescrite.

Article 2 : La pratique d'entente de répartition des marchés n'est pas établie à l'égard de la société Campenon Bernard Construction.

Article 3 : Les sociétés Eiffage TP SAS, Vinci Construction SAS, Vinci SA, Effiparc Ile-de-France, SAEP Equipements SNC et SAEP SNC, Bouygues Bâtiment International SA, Rabot-Dutilleul Construction sont mises hors de cause.

Article 4 : Ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce les sociétés suivantes :

- Bouygues SA ;
- Bouygues Bâtiment Ile-de-France SA ;
- Gespace France SA ;
- Entreprise de Travaux Publics André et Max Brezillon ;
- Compagnie Générale de Bâtiment et de Construction (CBC) SA ;
- **Société Industrielle de Constructions Rapides (Sicra) SNC ;**
- **Fougerolle SAS ;**
- **Dumez Construction SNC ;**
- **Spie-SCGPM ;**
- **Vinci Construction ;**
- **Eiffage Construction ;**
- **Spie SA anciennement dénommée Amec SA ;**
- Nord France Boutonnat SARL ;
- SPGI.

Article 5 : Il n'y a pas lieu d'infliger de sanction pécuniaire aux sociétés **Dumez Construction SNC** et **SPGI** qui n'ont pas réalisé de chiffre d'affaires au titre du dernier exercice clos.

Article 6 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société **Bouygues SA** (RCS 572 015 246) une sanction de 3 213 000 euros ;
- à la société **Bouygues Bâtiment Ile-de-France SA** (RCS Versailles 433 900 834) une sanction de 20 765 000 euros ;
- à la société **Gespace France SA** (RCS Nanterre 354 098 170) une sanction de 242 100 euros ;
- à la société **Entreprise de Travaux Publics André et Max Brezillon** (RCS Compiègne 925 520 108) une sanction de 13 338 000 euros ;
- à la société **Compagnie Générale de Bâtiment et de Construction (CBC) SA** (RCS Nanterre 325 348 803), une sanction de 9 200 euros ;
- à la société **Société Industrielle de Constructions Rapides (Sicra) SNC** (RCS Créteil 300 939 113) une sanction de 516 300 euros ;
- à la société **Fougerolle SAS** (RCS 562 129 833) une sanction de 7 600 euros ;
- à la société **Spie-SCGPM** (RCS Pontoise 582 014 957) une sanction de 7 341 000 euros ;
- à la société **Vinci Construction** (RCS Nanterre 334 851 664) une sanction de 270 200 euros ;
- à la société **Eiffage Construction** (RCS Nanterre 552 000 762) une sanction de 527 500 euros ;
- à la société **Spie SA** anciennement dénommée **Amec SA** (RCS Pontoise 399 258 755) une sanction de 1 078 000 euros ;
- à la société **Nord France Boutonnat SARL** (RCS Evry 320 495 781) une sanction de 6 300 euros."

LA COUR :

Vu les recours contre cette décision déposés au greffe de la cour d'appel :

- le 21 juin 2007 par la société **Eiffage construction**, tendant à son annulation, subsidiairement à sa réformation,
- le 21 juin 2007 par la société **Fougerolle SAS**, tendant à son annulation, subsidiairement à sa réformation,
- le 22 juin 2007 par la **Société industrielle de constructions rapides (SICRA SAS)**, tendant à son annulation ou subsidiairement à sa réformation,
- le 22 juin 2007 par la société **SPIE SA**, anciennement **AMEC SA**, tendant à son annulation, à tout le moins à sa réformation en ce qu'elle lui inflige une sanction pécuniaire,
- le 22 juin 2007 par la société **SPIE SCGPM**, tendant à son annulation, à tout le moins à sa réformation en ce qu'elle lui inflige une sanction pécuniaire,
- le 22 juin 2007 par la société **Vinci construction SAS** et par la société **Dumez construction SAS**, tendant à son annulation, subsidiairement à sa réformation ;

Vu l'ordonnance du magistrat délégué par le Premier Président, en date du 8 octobre 2007, ordonnant la mise en cause du Conseil régional d'Ile de France ;

Vu le mémoire déposé le 20 juillet 2007 par la société **SICRA** au soutien de son recours ;

Vu le mémoire déposé le 20 juillet 2007 au soutien de son recours par la société **SPIE SCGPM**, complété par son mémoire en réplique du 13 mars 2008 ;

Vu le mémoire déposé le 20 juillet 2007 au soutien de recours par la société **SPIE**, anciennement **AMEC SA**, venant aux droits de **SPIE construction**, complété par son mémoire en réplique du 20 mars 2008 ;

Vu les deux mémoires déposés le 20 juillet 2007 au soutien de son recours par la **société Vinci construction**, venant aux droits respectivement de la **société GTM-BTP** et de la **société Campenon Bernard**, complétés par ses deux mémoires d'observations récapitulatives du 15 avril 2008 ;

Vu le mémoire déposé le 20 juillet 2007 au soutien de son recours par la **société Dumez construction** venant aux droits de la société Dumez Ile-de-France, complété par ses observations récapitulatives du 15 avril 2008 ;

Vu le mémoire déposé le 20 juillet 2007 par la **société Fougerolle** au soutien de son recours ;

Vu le mémoire déposé le 23 juillet 2007 par la **société Eiffage construction** au soutien de son recours ;

Vu le mémoire déposé le 17 janvier 2003, par lequel le **CRIF** poursuit le rejet des recours ;

Vu les actes déposés respectivement par la **société Fougerolle** le 15 avril 2008 et par la **société Eiffage construction** le 8 avril 2008, par lesquels ces sociétés se désistent de leurs recours ;

Vu les observations écrites du **Conseil de la concurrence** en date du 19 février 2008 ;

Vu le courrier en date du 20 février 2008 par lequel le **ministre chargé de l'Economie** informe la cour que, partageant l'analyse du Conseil dans cette affaire, il n'usera pas de la faculté légale de déposer des observations sur les recours dont la cour est saisie ;

Vu les observations écrites du **ministère public**, mises à la disposition des parties avant l'audience et tendant au rejet des recours ;

Où à l'audience publique du 20 mai 2008, en leurs observations orales, les conseils des requérantes qui ont été mis en mesure de répliquer et ont eu la parole en dernier, celui du CRIF, ainsi que le représentant du Conseil de la concurrence et le ministère public ;

SUR CE :

I sur les recours de la société Eiffage construction et de la société Fougerolle

Considérant que le désistement du recours entraîne l'extinction de l'instance et le dessaisissement de la Cour ; que tel est le cas à l'égard des sociétés susvisées ;

II sur les autres recours

1°) sur la recevabilité des moyens présentés par les sociétés SPIE et SPIE SCGPM dans leurs mémoires en réponse du 20 mars 2008, contestée par le ministère public

Considérant qu'aux termes de l'article R. 464-12 du code de commerce, lorsque la déclaration de recours ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence ; qu'il suit de là que sont irrecevables les moyens présentés au-delà de ce délai à moins que le demandeur ne démontre, soit qu'ils ont pour objet de répondre à des moyens invoqués dans des écritures adverses, les observations du Conseil de la concurrence ou celles du ministre de l'économie, soit qu'il était dans l'impossibilité

de les produire dans le délai précité ; qu'aucune de ces circonstances n'étant invoquée par les parties susvisées, qui ont formé leurs recours le 22 juin 2007, ne seront donc pas examinés les moyens et demandes présentés par elles pour la première fois dans leurs mémoires du 20 mars 2008, soit ceux tendant à l'annulation de la procédure par suite de l'irrégularité des saisines du président du CRIF, non habilité à saisir le Conseil, de l'incompatibilité du dossier pénal avec le principe du procès équitable et de la prescription subséquente, de la nullité de la transmission des pièces pénales par le Procureur Général, de l'absence d'entente généralisée et de la prescription subséquente ;

2°) sur la régularité de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence

- sur la validité de la notification de griefs et sur la prescription

Considérant que, faisant valoir que la décision de jonction prise par le rapporteur général le 14 septembre 2004 ne vise que les saisines du président du CRIF, la société Dumez construction et la SICRA soutiennent que la notification de griefs, qui se fonde quasiment exclusivement sur la saisine d'office du Conseil de la concurrence enregistrée sous le numéro F 889, est entachée de nullité ;

Que la SICRA ajoute que, n'ayant pas été jointe aux autres, la saisine F 889 est prescrite, faute d'acte interruptif pendant plus de trois ans, et que, pour ce qui est des autres saisines émanant du président du CRIF, l'interruption de la prescription relative à ces quatre saisines est devenue sans objet dès lors qu'elles n'ont donné lieu à l'établissement d'aucun grief ;

Considérant qu'il ressort de la décision qu'ont été instruites les saisines suivantes :

- **F. 883** : les lettres, enregistrées les 18 juin, 22 juillet et 19 septembre 1996, par lesquelles le président du CRIF a dénoncé des pratiques mises en oeuvre lors des appels d'offres pour la reconstruction ou la réhabilitation des lycées : Gustave Eiffel (Rueil-Malmaison), National (La Garenne-Colombes), Professionnel (Jouy-Le-Moutier), Charles Baudelaire et Bâtiment (Evry), Jean Isoard (Montgeron), d'Alembert (Paris) et Gustave Monod (Enghien) ;
- **F 889** : la saisine d'office du 11 juillet 1996, relative à la situation de la concurrence sur les marchés de conception-réalisation, d'entreprises de travaux publics et d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, relatifs aux établissements d'enseignement, lancés par la région Ile-de-France ;
- **F 1127** : la lettre, enregistrée le 2 mars 1999, par laquelle le président du CRIF a dénoncé des pratiques mises en oeuvre lors des appels d'offres relatifs aux marchés de travaux de reconstruction et réhabilitation d'un établissement régional d'enseignement adapté (EREA), dénommé "La Tour du Mail" situé à Sannois ;
- **F 1261** : la lettre, enregistrée le 21 août 2000, par laquelle le président du CRIF a dénoncé des pratiques mises en oeuvre lors de l'appel d'offres pour la réfection de l'étanchéité des toitures-terrasses du lycée polyvalent Fustel de Coulanges à Massy ;
- **F 1293** : la lettre, enregistrée le 26 février 2001, par laquelle le président du CRIF a dénoncé des pratiques mises en oeuvre lors de l'appel d'offres pour le marché de travaux de réparation au lycée polyvalent Jules Vernes à Cergy le Haut ;

Considérant que par "décision de jonction" datée du 14 septembre 2004, visant les saisines F 883, F 889, F 1127 et F1261 et F1293, le rapporteur général a joint les affaires ; qu'il n'importe que, par suite d'une erreur de plume, les motifs de cette décision ne se réfèrent qu'aux saisines du CRIF, cette omission "littérale" devant être rectifiée selon ce que la raison commande, à savoir que le rapporteur général n'avait aucun motif d'exclure de l'instruction commune la saisine d'office F 889 qui coiffait l'ensemble des pratiques dénoncées par le CRIF et qui est expressément visée en tête de la décision ;

Considérant qu'en cet état, et dès lors qu'un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés lorsque ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité, les moyens tirés de la nullité de la procédure et de la prescription ne sont pas fondés ;

- sur la régularité de la communication du dossier pénal par la juridiction pénale

Considérant qu'au soutien de leur demande d'annulation, les sociétés Vinci construction (venant aux droits de GTM BTP) et Dumez construction, rappelant que la décision, comme la notification de griefs, se fonde quasiment exclusivement sur des éléments de preuve recueillis au cours de l'instruction pénale, font valoir que les modalités de transmission de ces pièces, prévues à l'article L 463-5 du Code de commerce, sont incompatibles avec le principe d'égalité des armes et portent une atteinte grave aux droits de la défense ; qu'elles soulignent à cet égard que ces dispositions ne prévoient pas que les entreprises mises en cause aient, au même titre que le Conseil, accès au dossier pénal, afin de pouvoir, le cas échéant, s'assurer que certaines pièces à décharge ne devraient pas également être communiquées ; qu'elles estiment qu'il en résulte, à la fois, un déséquilibre entre les parties et une violation des droits de la défense, en ce qu'elles ont été privées de la possibilité de disposer de documents utiles à leur défense ;

Qu'elles ajoutent que la procédure suivie dans cette affaire est de toute façon entachée de nullité en ce qu'elle comporte une double violation de l'article L 463-5 du Code de commerce, dès lors que c'est le rapporteur qui a sélectionné les pièces que le juge d'instruction devait transférer au Conseil, alors que c'est au juge d'instruction de le faire, et que les pièces du dossier pénal transmises au Conseil n'ont pas été circonscrites aux seuls éléments "ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi", certaines pièces figurant dans le dossier ouvert à la consultation concernant d'autres pratiques faisant l'objet de l'instruction ;

Que, de son côté, la société Vinci construction (venant aux droits de Campenon Bernard) soutient qu'elle n'a pas pu exercer sa défense car la poursuite se fonde, en ce qui concerne cette dernière société, sur une seule pièce tirée du dossier pénal, qu'elle n'a pas pu contester, n'étant pas partie au procès pénal ;

Mais considérant que l'article L 463-5 du code de commerce dispose que les juridictions d'instruction ou de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi ; que ces dispositions ont été respectées en l'espèce dès lors qu'ayant été informé qu'il ne pouvait obtenir de la DGCCRF les résultats de l'enquête à laquelle cette dernière avait procédé pour le compte de la seule juridiction d'instruction, le Conseil de la concurrence a, le 31 mai 2000, demandé à cette dernière de lui communiquer les procès-verbaux ou rapports d'enquête ou les parties de ceux-ci ayant un lien direct avec les faits ; que les dispositions précitées ne prévoyant pas les modalités de la communication, aucune irrégularité ne saurait résulter de ce que, à la suite de cette demande, le juge d'instruction ait informé le rapporteur, le 3 juillet 2000, qu'il pouvait prendre connaissance du dossier et en prendre copie ; qu'au demeurant, ce n'est qu'ultérieurement, soit le 7 février 2002, que les pièces demandées ont été transmises au Conseil, ce dont il résulte que le juge d'instruction en avait agréé la transmission, partant, s'était assuré de leur relation directe avec les faits dont le Conseil était saisi ;

Qu'en outre, même si seul le rapporteur a été admis à consulter le dossier pénal, ce qu'impose l'article 11 du code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction, le principe de l'égalité des armes n'a pas été méconnu en l'espèce dès lors qu'il est constant que les pièces sur lesquelles le rapporteur a fondé les griefs ont fait l'objet d'un inventaire, qu'elles ont été cotées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises à la contradiction des parties poursuivies et que ces dernières ont, après la notification des

griefs, disposé de la faculté de présenter les moyens et de produire les documents qu'elles estimaient utiles à la défense de leurs intérêts ; qu'à cet égard, il était loisible à la société Vinci Construction (venant aux droits de la société Campenon Bernard) de soumettre au Conseil, qui aurait été tenu de l'examiner, toute contestation qu'elle jugeait utile quant à la validité ou la force probante du document retenu contre elle ;

Qu'enfin, en admettant que des pièces dépourvues de lien avec les faits dont le Conseil était saisi aient été versées au dossier, cette circonstance, qui ne fait pas grief aux requérantes, n'est pas de nature à vicier la procédure à leur égard ;

Qu'ainsi, les moyens pris de la communication du dossier pénal ne sont pas fondés ;

- sur la régularité de l'instruction menée par le rapporteur

Considérant que les sociétés Vinci construction (venant aux droits de GTM BTP) et Dumez construction poursuivent encore l'annulation de la procédure aux motifs que le rapporteur a violé le secret professionnel en menant une instruction commune avant même la décision de jonction du rapporteur général du 14 septembre 2004, qui seule lui permettait de confronter les informations qu'il détenait sur chacune des affaires ; qu'elles ajoutent que cette manière de procéder caractérise aussi une déloyauté à leur égard et, par voie de conséquence, une violation du principe de l'égalité des armes ;

Mais considérant qu'aucune violation du secret professionnel ne résulte du fait que certains actes délivrés par le rapporteur avant la décision de jonction visent simultanément plusieurs saisines, les actes invoqués par les requérantes n'impliquant pas la révélation à un tiers d'informations couvertes par le secret dont s'agit ; qu'aucune déloyauté n'en résulte non plus à l'égard des entreprises requérantes qui, n'étant pas encore parties à la procédure, n'y avaient donc pas accès et n'ont pu en être affectées, et qui ont été mises en mesure d'exercer l'intégralité de leurs droits de la défense après la notification des griefs, qui marque l'ouverture de la phase contradictoire de la procédure ;

3°) sur le fond

Considérant qu'au soutien de sa demande d'annulation de la décision, la SICRA prétend que la thèse de l'entente générale retenue par le Conseil en se fondant sur l'appréciation du juge correctionnel n'est pas établie, que sa propre implication n'est pas démontrée dès lors qu'aucun de ses représentants n'a participé à l'entente reprochée aux entreprises appartenant à de grands groupes et qu'il n'est pas établi qu'elle ait procédé à des échanges d'informations ni présenté des offres de couverture, que les faits allégués, à supposer qu'ils puissent lui être reprochés, n'ont pas eu d'effet sensible sur la concurrence et n'ont pas causé de dommage à l'économie, alors au surplus que la procédure METP introduisait une distorsion de concurrence qui n'était pas imputable aux entreprises mais au CRIF ;

Considérant que la société SPIE SA, venant aux droits de la société SPIE CITRA, qui a elle-même absorbé la société SPIE construction, objecte que le représentant de cette dernière société n'a assisté qu'à quatre réunions sur dix-sept et n'y a joué qu'un rôle mineur, ayant obtenu deux marchés seulement d'un montant peu élevé ; qu'elle estime que la sanction n'a pas été individualisée car elle n'existait pas au moment des faits, elle n'était pas une filiale de Schneider comme le retient à tort la décision, elle n'était pas l'instigatrice de l'entente, et se retrouve cependant plus sanctionnée que les autres qui en ont fait plus ; qu'elle invoque également l'absence de dommage à l'économie et l'existence de circonstances atténuantes, tenant aux particularités du METP, difficile techniquement et critiquable au plan concurrentiel, et au rôle du CRIF dans la mise en place des pratiques incriminées ; qu'elle demande en conséquence à la cour de la décharger de toute sanction pécuniaire, ou à tout le moins de réduire sensiblement le montant de la sanction prononcée ;

Considérant que la société SPIE SCGPM fait valoir pour sa part que la sanction est disproportionnée eu égard à son rôle mineur dans la commission des faits (elle a soumissionné à la troisième vague seulement, pour neuf marchés et n'a été attributaire que de deux) et aux circonstances atténuantes tenant aux particularités du METP, difficile techniquement et critiquable au plan concurrentiel, ainsi qu'au rôle du CRIF dans la mise en place des pratiques ; qu'elle souligne la lenteur de la procédure qui fait que, depuis 1990, SCGPM a changé trois fois de groupe et qu'une partie des archives et du personnel a disparu, ajoute qu'elle n'appartient plus au groupe Schneider et qu'il serait inéquitable de faire peser sur les nouveaux actionnaires une amende de plus de 7 millions d'euros pour des faits anciens ; qu'elle demande en conséquence à la cour de la décharger de toute sanction pécuniaire, ou à tout le moins de réduire sensiblement le montant de la sanction prononcée, en tenant compte de son rôle mineur et de sa participation déficitaire à seulement deux marchés sans qu'elle cause le moindre préjudice à l'économie ;

Considérant que la société Dumez Construction venant aux droits de Dumez Ile de France et la société Vinci Construction (venant aux droits de GTM-BTP) poursuivent la réformation de la décision au motifs que, contrairement à ce qu'a retenu le Conseil de la concurrence, il n'y a pas eu de dommage à l'économie, ni de tromperie du maître de l'ouvrage, seul responsable d'ailleurs de la restriction de concurrence résultant du recours aux METP ;

Considérant que la société Vinci Construction (venant aux droits de la société Campenon Bernard) soutient que la preuve n'est pas rapportée qu'elle s'est fait représenter aux réunions, qu'elle a échangé des informations ni qu'elle s'est mise d'accord avec d'autres entreprises sur l'attribution des marchés et la présentation d'offres de couverture ;

Mais considérant, sur la preuve des pratiques, que c'est au terme d'une analyse pertinente que la cour adopte que la décision retient les nombreux éléments (points 274 à 323) qui les établissent, en se référant aux déclarations des responsables des entreprises impliquées (points 39 à 136), concordantes et circonstanciées ;

Qu'y est notamment démontrée, car reconnue par les représentants des principales entreprises du secteur de la construction en Ile de France qui sont intervenues durant la période 1990-1997 sur les marchés lancés pour la construction et la réhabilitation du parc immobilier scolaire régional, l'entente générale qui s'est insérée dans le système de financement des partis politiques mis en place à cette occasion -lequel subordonnait l'accès des entreprises aux appels d'offres au versement d'une contribution de 2 %- et qui a affecté quatre-vingt-huit METP (énumérés au point 37) ; qu'est ainsi décrit le rôle essentiel joué par l'assistant à la maîtrise d'ouvrage, la société Patrimoine Ingénierie, qui, ayant obtenu la plupart des marchés d'AMO (80 %), est devenu le mandataire exclusif de l'exécutif régional pour les METP et, grâce à cette position privilégiée, a organisé les appels d'offres par vagues successives et présidé à la mise en place de l'entente, tout d'abord en provoquant et en participant à des réunions entre les entreprises ayant pour objet de les renseigner sur les spécificités du type de marché -le METP- choisi par le CRIF puis de répartir les marchés entre elles, ensuite en intervenant dans la pré-sélection des entreprises admises à concourir -les quatre ou cinq qui devaient s'entendre pour chaque appel d'offres- par le biais d'une commission occulte dite "commission Chevance" qui les choisissait en fonction d'une règle de répartition des marchés, dite "règle de Krieg", ayant pour objet de préserver l'équilibre économique entre grands groupes (2/3) et PME (1/3), tout en tenant compte de leurs capacités respectives, enfin en aidant l'entreprise pré-désignée à obtenir le METP concerné, la mise en oeuvre finale de l'entente se traduisant par le dépôt d'offres de couverture de la part des autres entreprises ;

Que M. Gilbert Sananes, dirigeant de la société Patrimoine Ingénierie a lui-même précisé : *"c'est au niveau de la présélection que tout se jouait pour chaque vague de METP, en effet, nous recevions plus de 1000 candidatures. Le groupe de travail (...) devait sélectionner cinq entreprises par lycée. Nous faisons en sorte qu'un équilibre soit respecté entre les groupes d'entreprises. Cela faisait l'objet de grands tableaux que nous*

AMS

communiquions ensuite à la commission d'appels d'offres qui entérinait. Puis, les entreprises présélectionnées s'organisaient spontanément entre elles pour que les attributions finales s'inscrivent dans le même équilibre." ; qu'il a précisé également, se référant aux difficultés que rencontraient les entreprises pour se répartir les marchés : "Cela m'a amené à accorder mon aide aux entreprises en leur donnant des informations sur les opérations à venir, la nature des projets, ceci pour qu'elle puissent se répartir les lycées et se préparer à les réaliser" ;

Que les responsables des entreprises concernées ont décrit une série de rencontres à caractère anticoncurrentiel, soit une première réunion, en 1989, "la réunion inaugurale" (dans un hôtel à Paris, proche des Champs-Élysées) qui avait eu pour objet de présenter la procédure METP sous ses aspects techniques, juridiques et financiers et qui avait donné lieu à un accord de principe sur la répartition des METP entre les entreprises, suivie de nombreuses réunions de répartition de marchés à l'occasion du lancement des vagues successives, sans préjudice de contacts plus discrets entre représentants des entreprises présélectionnées pour s'échanger des informations en vue de la l'élaboration des offres ;

Que, selon les personnes entendues, l'objet de l'entente était de limiter la prise de risques tenant à la procédure nouvelle du METP (sécurité juridique et risques financiers liés aux opérations de maintenance sur dix ans), d'éviter des coûts d'études trop importants, chaque entreprise ne procédant à une étude approfondie que lorsqu'elle était sûre d'obtenir le marché, de tirer les prix vers le haut, et de permettre, en accord avec l'exécutif de la région, de répartir les marchés entre le plus grand nombre d'entreprises petites et moyennes, d'une part, et entre les différents groupes, d'autre part ;

Considérant, pour ce qui est de l'implication des requérantes, que, contrairement à ce que soutient la SICRA, sa participation aux réunions de répartition de marchés est expressément décrite par M. Durand, directeur général de GTM (point 125), par M. Leleu, directeur de Bouygues (point 126), par M. Nautin de la société Nord France (point 128), par Mlle Piaud, directeur commercial de SCGPM (point 134), et par M. Bonnetain, directeur général adjoint de CBC Ile-de-France (point 132), qui mentionnent que c'est M. Boidé, son directeur général adjoint, qui la représentait ; qu'au demeurant, quoiqu'en dise la requérante, ce dernier n'a pas nié les faits, reconnaissant même qu'il était présent à la réunion inaugurale, qu'il a décrite, même s'il précisait alors que, sur l'instant, il était sceptique quant au bénéfice de l'entente pour la société qu'il représentait (point 42) ; que c'est donc à juste titre qu'ayant encore relevé qu'elle avait été présélectionnée vingt-cinq fois et attributaire à six reprises, la décision retient que la SICRA s'est beaucoup investie dans les METP et le système collusif qui en déterminait l'attribution (point 360) ;

Considérant que la société SPIE SA, venant aux droits de SPIE Citra et de SPIE construction, ne conteste pas la participation de cette dernière à l'entente, se bornant à minimiser son rôle en soulignant qu'elle n'a obtenu que deux marchés de peu d'importance ; que toutefois cette société a été présélectionnée dix-huit fois, de 1991 à 1993, (point 394), ce qui démontre qu'elle a participé dès le début à l'entente et qu'elle a accepté à de nombreuses reprises, lorsqu'elle n'était pas attributaire, de déposer des offres de couverture ;

Considérant que la société SPIE SCGPM, anciennement SCGPM, ne conteste pas non plus sa participation, mais fait valoir qu'elle n'y a joué qu'un rôle mineur ; qu'elle a cependant soumissionné à neuf marchés en 1993 et 1994, relevant des troisième, quatrième, cinquième et sixième vagues, et a été attributaire de deux marchés ; qu'en outre, en l'état d'une entente généralisée impliquant l'ensemble des entreprises du secteur, il n'importe que l'un des deux marchés n'ait pas été obtenu par l'intermédiaire de la société Patrimoine Ingénierie, ni que ces deux opérations se soient, en définitive, soldées par des pertes dont l'origine, d'ailleurs, n'est pas précisée ;

Considérant, s'agissant de la société Dumez Ile-de-France, aux droits de laquelle vient la société Dumez construction, que son directeur général, mis en cause par plusieurs de ses homologues acteurs de l'entente (point 410), a reconnu sa participation aux réunions anticoncurrentielles ; qu'elle a été présélectionnée vingt-quatre fois au cours des trois premières vagues, soit dès la mise en place du système collusif, et attributaire à cinq reprises ;

Considérant que la société GTM-BTP, aux droits de laquelle vient la société Vinci construction, et dont plusieurs responsables ont reconnu les pratiques en fournissant des précisions déterminantes sur le fonctionnement de la collusion généralisée, a été présélectionnée vingt fois et attributaire à quatre reprises, au cours des trois premières vagues soit alors que l'entente était dans sa période de fonctionnement la plus intense (point 369) ;

Considérant, en revanche, en ce qui concerne la société Campenon Bernard, aux droits de laquelle vient la société Vinci construction, qu'aucun des auteurs des agissements considérés, personnes physiques qui ont décrit en détail le fonctionnement de l'entente en désignant les membres de cette dernière, ne mentionne formellement cette société comme ayant assisté aux réunions anticoncurrentielles, tandis qu'aucun de ses représentants n'a été entendu, ni par la juridiction d'instruction, ni par le Conseil ; que la participation de cette société à l'entente ne pouvant être déduite des seules circonstances qu'elle appartient à un grand groupe et qu'elle a été présélectionnée à onze reprises et attributaire de quatre marchés, il y a lieu de la mettre hors de cause ;

Considérant, sur les sanctions, que, selon l'article L 464-2, alinéa 3, du code de commerce, en sa rédaction applicable en la cause, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné, et le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos ;

Considérant que c'est à juste titre que le Conseil a retenu l'extrême gravité des pratiques, s'agissant de la répartition occulte des appels d'offres sur les marchés de construction les plus importants de la région Ile-de-France, soit 88 METP pour un montant total de 10 milliards de francs ; qu'elles ont pénalisé en définitive les contribuables de la région Ile-de-France, payeurs en dernier ressort des travaux concernés, et se singularisent par leur durée, soit sept années, et leur complexité, liée au dévoiement généralisé des règles de mise en concurrence ; qu'elles ont donné lieu à des réunions de concertation répétées impliquant de nombreuses entreprises, dont certaines appartenaient à des groupes d'envergure nationale voire internationale ; que c'est avec pertinence d'ailleurs que le Conseil a souligné que la participation de ces entreprises, parmi les plus importantes du secteur, a donné à croire à l'ensemble des acteurs du marché que ces pratiques étaient d'un usage courant et que, par leur comportement, ces "majors" ont entraîné dans leur sillage des sociétés de taille plus modeste ; que, s'il est constant que c'est le maître de l'ouvrage qui, en recourant au METP, plus propice aux ententes, les a incitées, voire les a invitées à s'entendre pour parvenir à une participation jugée "équitable" de toutes les entreprises du secteur, cette circonstance n'est pas de nature à exonérer les requérantes, qui n'y étaient pas obligées, d'agissements aussi graves ;

Considérant, de même, que les requérantes ne peuvent utilement soutenir l'absence de dommage à l'économie au prétexte que les prix étaient préalablement arrêtés par le maître d'ouvrage, alors que, ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé avec justesse, seul le fonctionnement normal de la concurrence et l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents sont de nature à garantir l'obtention du juste prix ; que d'ailleurs, plusieurs responsables d'entreprises (M. Durand de la société GTM, M. Leleu de la société Bouygues, M. Lefebvre de la société Fougerolle) ont souligné que l'entente garantissait à la société désignée des marges substantielles (supérieures à 10 %, allant selon certains de 15 à 20 %), dépassant celles couramment obtenues dans ce secteur (entre 3 et

6 %), cette différence ne pouvant s'expliquer uniquement par les gains supplémentaires engendrés par la prestation de financement, alors au surplus qu'elles incluaient nécessairement la commission de 2 % versée aux partis politiques ; que M. Thous, adjoint de M. Leleu de la société Bouygues, a même relaté que, pour le lycée de Mantes-la-Jolie, il avait estimé, lorsque l'attributaire désigné lui avait communiqué son offre, que "*le niveau de prix était vraiment trop important*" et qu'"*il y avait un abus manifeste*", qu'il avait donc remis une offre inférieure mais que celle-ci avait été rejetée sans explication, puis qu'ayant réitéré cette manoeuvre à l'occasion du marché concernant le lycée Louis-le-Grand, il avait essuyé le même rejet (point 67), ces deux incidents ayant suscité une explication "*orageuse*" avec M. Sananes, qui s'était ingénié à faire rejeter son offre bien qu'elle fût vraisemblablement la moins-disante ; que, rapportés au montant global des marchés concernés et à la durée des pratiques, de tels excédents de prix caractérisent un dommage à l'économie exceptionnel ;

Considérant que, dans ces conditions et en tenant compte de l'implication personnelle de chaque entreprise, déjà évoquée, la cour estime que :

- s'agissant de la SICRA, qui a participé à vingt-cinq marchés, qui a obtenu six marchés pour un montant total de 940 millions de francs (143 millions d'euros environ) et qui a déclaré un chiffre d'affaires hors taxes pour 2005 de 10 326 298 euros, la sanction prononcée, de **516 300 euros**, est proportionnée ;
- il en va de même à l'égard de la société SPIE SA, venant aux droits de SPIE construction, qui ne conteste pas qu'elle doit répondre des pratiques commises par cette dernière et qui ne peut dès lors utilement invoquer son absence d'implication personnelle directe dans les pratiques en cause ; qu'eu égard à sa participation à dix-huit appels d'offres, à l'obtention de deux marchés pour un montant global de 435 millions de francs (66 millions d'euros environ) et à son chiffre d'affaires pour l'année 2005 de 21 563 195 euros, la sanction prononcée, de **1 078 000 euros**, est proportionnée et doit être maintenue ;
- s'agissant de la société SPIE SCGPM, anciennement SCGPM, le Conseil a également fait une exacte appréciation de la sanction en prononçant contre elle une sanction de **7 341 000 euros** dès lors que cette société, qui a pu exercer sa défense et n'a donc pas pâti de la longueur de la procédure, a soumissionné à neuf marchés, en a obtenu deux pour un montant de 201 millions de francs environ (30 millions d'euros) et a déclaré un chiffre d'affaires hors taxes de 146 834 482 euros ;

Considérant, en revanche, qu'eu égard à la mise hors de cause de la société Campenon Bernard, la sanction de **270 200 euros** prononcée contre la société Vinci construction, qui ne répond désormais que des pratiques commises par la société GTM-BTP, soumissionnaire vingt fois et attributaire de quatre marchés pour un montant global de 581 millions de francs (88,5 millions d'euros environ), et qui a déclaré un chiffre d'affaires hors taxes pour la France en 2005 de 5 404 807 euros, doit être ramenée à **185 000 euros** ;

PAR CES MOTIFS

- Sur les recours de la société Fougerolle et de la société Eiffage construction :

Donne acte à ces sociétés de leur désistement, constate l'extinction de l'instance les concernant et le dessaisissement de la cour ;

- Sur les recours de la SICRA et des sociétés SPIE SCGPM, SPIE SA, et Dumez construction :

Les rejette ;

- Sur le recours de la société Vinci construction :

Réforme la décision, mais seulement en ce qu'elle retient que la société Campenon Bernard a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et en ce qu'elle prononce contre la société Vinci construction une sanction pécuniaire de 270 200 euros ;

Et statuant à nouveau de ces chefs,

Dit qu'il n'est pas établi que la société Campenon Bernard, aux droits de laquelle vient la société Vinci construction, ait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Prononce contre la société Vinci construction, venant aux droits de la GTM-BTP, une sanction de 185 000 euros ;

Condamne les sociétés Fougerolle, Eiffage construction, SPIE, SPIE SCGPM, SICRA, Dumez construction et Vinci construction aux dépens ;

LE GREFFIER

Benoit TRUET-CALLU,

LE PRÉSIDENT,



Didier PIMOULLE,