

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 18 février 2014

N° de pourvoi: 12-27643 12-27697 12-27698 12-27700 12-28026

ECLI:FR:CCASS:2014:CO00199

Publié au bulletin

Cassation partielle

M. Espel , président

Mme Tréard, conseiller apporteur

Me Spinosi, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Piwnica et Molinié, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Joint les pourvois n° V 12-27. 643, D 12-27. 697, E 12-27. 698, H 12-27. 700 et M 12-28. 026 qui attaquent le même arrêt ;

Statuant tant sur les pourvois principaux formés par la société Entreprise Pradeau et Morin (la société Pradeau et Morin), la société Pateu et Robert, la société Degaine, la société TERH monuments historiques (la société TERH) et la société Charpentier PM, que sur le pourvoi incident relevé par la société TERH ;

Donne acte à la société Pradeau et Morin et à la société TERH du désistement partiel de leur pourvoi respectif en ce qu'il est dirigé contre la société Entreprise H. Chevalier Nord, la société Faber, la SCP Berkowicz Henneau, en sa qualité d'administrateur de la société Faber, M. X..., en sa qualité de mandataire judiciaire de la société Faber, la société Pavy, la société Payeux Invest, la société Entreprise Georges Lanfry et la société Nouvelle Bodin ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'un signalement effectué en 2001 concernant une anomalie constatée lors d'une procédure d'appel d'offres pour la restauration d'un monument historique, une information judiciaire a été ouverte au cours de laquelle des perquisitions, des écoutes téléphoniques et des auditions ont été réalisées ; que le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), a par ailleurs été saisi, en 2005 et 2007, de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques et s'est lui-même saisi d'office de cette situation à la fin de l'année 2007 ; qu'à l'issue de différentes investigations et après avoir notifié à plusieurs sociétés des griefs d'ententes anticoncurrentielles par lettre du 26 janvier 2009, l'Autorité a, par décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011, notamment dit que la société TERH, la société Charpentier PM, la société Pradeau et Morin, l'Entreprise Degaine, la société Pateu et

Robert avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et leur a infligé des sanctions pécuniaires, assorties d'une mesure de publication ; que ces entreprises ont formé un recours contre cette décision ;
Sur le premier moyen des pourvois n° E 12-27. 698, H 12-27. 700 et M 12-28. 026, réunis :

Attendu que les sociétés Degaine, TERH et Charpentier PM font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours, alors, selon le moyen :

1°/ que les lois relatives à la procédure sont d'application immédiate ; que si les nouvelles dispositions de l'article L. 462-7 du code de commerce, instaurées par l'ordonnance du 13 novembre 2008, selon lesquelles la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci, ne peuvent pas priver d'effet une décision de l'Autorité de la concurrence rendue plus de dix ans après la cessation des pratiques avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la prescription décennale est, en revanche, immédiatement applicable dans toutes les procédures en cours au 13 novembre 2008 dans lesquelles l'Autorité de la concurrence n'a pas encore statué : qu'en refusant d'appliquer la prescription aux pratiques ayant cessé depuis plus de dix ans avant la décision de l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil, ensemble l'article L. 462-7 du code de commerce ;

2°/ que les lois qui organisent des prescriptions extinctives sont des lois de procédure et, comme telles, s'appliquent immédiatement aux faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur à condition de ne pas priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en l'espèce, pour dire que la prescription décennale prévue à l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, n'était pas applicable aux pratiques en cause, la cour d'appel ne pouvait faire application des dispositions transitoires fixées par le III de l'article 5 de cette ordonnance qui prévoient que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date quand, ayant elle-même relevé que la notification des griefs avait été adressée aux entreprises poursuivies le 16 décembre 2008, soit antérieurement à la première réunion de l'Autorité qui avait eu lieu en mars 2009, il en résultait que la prescription décennale issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008 était bien applicable car entrée en vigueur avant la première réunion de l'Autorité de mars 2009 ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008 par fausse application et l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce par refus d'application ;

3°/ que la décision de l'Autorité en date du 26 janvier 2011 ayant été rendue postérieurement à l'entrée en vigueur de la prescription décennale, elle ne constituait pas un acte accompli régulièrement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 et ne faisait donc pas obstacle à son application immédiate par la cour d'appel aux pratiques en cause, même si celles-ci avaient été commises antérieurement à son entrée en vigueur ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008 par fausse application et l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce par refus d'application ;

4°/ que selon l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci ; qu'en l'espèce, pour écarter la prescription, la cour d'appel ne pouvait retenir qu'un délai inférieur à dix ans s'était écoulé entre la cessation des ententes et la décision de l'Autorité de la concurrence en date du 26 janvier 2011, aux motifs que les ententes de répartition des marchés publics mises en oeuvre par les entreprises au niveau régional en

Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie constituaient des infractions continues, qui s'étaient poursuivies respectivement jusqu'au 24 février 2002, 12 février 2002 et 19 octobre 2001 quand elle avait constaté que la société TERH n'avait participé à l'entente en Picardie que jusqu'en juillet 1999, ce dont il résultait que la prescription décennale était acquise s'agissant des pratiques reprochées à la société TERH en Picardie ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

5°/ que de nouvelles lois de procédure s'appliquent immédiatement aux faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur à condition de ne pas priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en refusant de faire application de la prescription décennale prévue par l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce, lorsque la décision de l'Autorité de la concurrence avait pourtant été rendue le 26 janvier 2011, à une date à laquelle l'ordonnance du 13 novembre 2008 instaurant le délai de dix ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce était entrée en vigueur, la cour d'appel a violé les articles 2 du code civil et L. 462-7 du code de commerce ;

6°/ que l'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence et l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ; qu'en refusant de faire application de la prescription prévue par l'article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce, tout en constatant que la première réunion de l'Autorité était intervenue en mars 2009, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte issu de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations en violation de l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;

7°/ que la société Charpentier PM faisait valoir dans ses écritures en cause d'appel qu'un appel d'offres constitue un marché en soi, de sorte que la pratique anticoncurrentielle alléguée devait cesser le jour de la remise des offres ; qu'en s'abstenant de se prononcer sur l'existence de marchés distincts invoquée par l'exposante, la cour d'appel, qui n'a pas répondu à ses écritures, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt constate que les notifications de griefs, antérieures à la première réunion de l'Autorité intervenue le 2 mars 2009, ont été adressées aux entreprises poursuivies le 26 janvier 2009 et que l'Autorité a rendu sa décision le 26 janvier 2011 ; que ces actes de poursuite et de sanction, intervenus postérieurement à l'entrée en vigueur, le 15 novembre 2008, de l'ordonnance du 13 novembre 2008, sont soumis au régime de cette ordonnance ; que ce texte de procédure étant toutefois dépourvu d'effet rétroactif, le nouveau délai préfix qu'il instaure ne peut courir, à l'égard des pratiques ayant cessé avant le 15 novembre 2008, qu'à compter de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions ; que par ce motif de pur droit, suggéré par la défense, substitué à ceux critiqués par les six premières branches du moyen, l'arrêt ayant constaté que toutes les ententes avaient cessé avant 2008 et ayant écarté la prescription des pratiques qui ont été sanctionnées par une décision intervenue en 2011 se trouve justifié ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant constaté le nombre très important de marchés sur lesquels des pratiques anticoncurrentielles identiques avaient été identifiées et retenu l'existence d'ententes organisées à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et maintenues dans le temps, ce qui leur conférait un caractère général et continu, la cour d'appel a répondu, en l'écartant, au moyen prétendument délaissé ; D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en ses six premières branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° D 12-27. 697, pris en ses deux premières branches : Attendu que la société Pateu et Robert fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours, alors, selon le moyen :

1°/ que toute décision de condamnation ne peut se fonder dans une mesure déterminante sur les déclarations d'une personne que si l'accusé a été mis en mesure d'interroger ou de faire interroger celle-ci au stade de l'instruction ou pendant les débats ; qu'il n'est pas contesté que la décision de condamnation de la société Pateu et Robert repose exclusivement sur une écoute téléphonique entre une personne présentée comme le dirigeant de l'époque de la société Pateu et Robert et le dirigeant de l'entreprise M. Lefèvre et une audition du dirigeant de la société M. Lefèvre, le tout ayant été recueilli dans le cadre d'une procédure pénale à laquelle la société Pateu et Robert est toujours demeurée totalement étrangère ; qu'en considérant que ces écoutes téléphoniques et cette audition étaient opposables sans restriction à la société Pateu et Robert à la seule condition qu'elle ait eu la possibilité de faire valoir ses observations et présenter d'éventuels éléments à décharge après la notification des griefs, quand elle devait être mise en mesure d'interroger ou de faire interroger les auteurs des déclarations qui lui sont opposées, la cour d'appel a méconnu les droits de la défense et violé l'article 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que toute personne à qui on oppose le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans une procédure à laquelle elle est demeurée totalement étrangère doit toujours être en mesure d'en contester la régularité et le bien-fondé ; qu'en affirmant au contraire, pour considérer que les droits de la défense de la société Pateu et Robert avaient été préservés, que celle-ci avait été mise en cause sur la base d'écoutes téléphoniques indiscutables ou encore que l'article L. 463-5 du code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées à l'Autorité lesquelles sont « opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative », la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 463-5 du code de commerce, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que les éléments recueillis lors d'une procédure pénale, en lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie, peuvent lui être communiqués par les juridictions d'instruction, sur sa demande, conformément à l'article L. 463-5 du code de commerce, et justement retenu que les pièces ainsi communiquées sont opposables aux parties dans les mêmes conditions que celles qui sont rassemblées à l'occasion d'une enquête administrative, l'arrêt constate que l'ensemble des documents et pièces transmis par le juge d'instruction, qui fondaient les griefs notifiés, ont été communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire ; qu'ayant fondé la condamnation de la société Pateu et Robert, non sur les seuls propos tenus par un tiers au cours d'écoutes téléphoniques réalisées dans une procédure distincte à laquelle elle est restée étrangère, mais sur un faisceau d'indices comprenant l'analyse des appels d'offres et des conversations précisément attribuées à son dirigeant, et relevé que les entreprises ont pu faire valoir leurs observations et présenter d'éventuels éléments à décharge dans les délais légaux sur l'ensemble de ces pièces, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié la force probante de ce faisceau d'indices, en a justement déduit que ces éléments pouvaient être utilisés pour établir l'existence de l'infraction sans méconnaître les droits de la défense ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° D 12-27. 697 et le quatrième moyen du pourvoi n° E 12-27. 698, pris en ses trois premières branches, réunis :

Attendu que la société Pateu et Robert et la société Degaine font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours, alors, selon le moyen :

1°/ que l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; que si la preuve d'une entente peut être rapportée par un faisceau d'indices précis graves et concordants encore faut-il démontrer non seulement que les entreprises mises en cause se sont concertées mais encore que l'accord intervenu a effectivement été

mis en oeuvre et respecté par les parties ; qu'en considérant qu'il était établi que la société Pateu et Robert avait participé à une entente sur les marchés de l'Eglise Saint-Michel de Dijon et de l'Hôtel de ville d'Autun en octobre et novembre 2001, bien qu'il résulte des propres constatations de l'Autorité de la concurrence expressément adoptées que la société Pateu et Robert n'a in fine pas retiré son offre sur le marché de l'Eglise Saint-Michel de Dijon dont elle a été déclarée attributaire et n'a ainsi pas respecté les termes de la concertation prétendument établie, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2°/ que l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; que si la preuve d'une entente peut être rapportée par un faisceau d'indices précis graves et concordants encore faut-il démontrer non seulement que les entreprises mises en cause se sont concertées mais encore que l'accord intervenu a effectivement été mis en oeuvre et respecté par les parties ; qu'en déduisant l'existence d'une entente de la seule intention prétendue de la société Pateu et Robert de renoncer au marché de l'Eglise Saint-Michel de Dijon, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir l'existence d'une entente, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ qu'une entente entre entreprises n'est caractérisée qu'à la condition de démontrer qu'un échange d'informations a eu lieu avant le dépôt des offres en vue de se répartir les marchés ; qu'en reprochant à la société Pateu et Robert d'avoir participé à une entente sur les marchés de l'Eglise Saint-Michel de Dijon et de l'Hôtel de ville d'Autun, après avoir expressément admis que les échanges d'informations opposés à la société Pateu et Robert sont postérieurs au dépôt des offres pour le marché de l'Eglise Saint-Michel de Dijon, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

4°/ qu'en se bornant à adopter expressément la motivation de la décision déférée ayant retenu que les écoutes téléphoniques montrent que la société Pateu et Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis, sans rechercher comme elle y avait été invitée s'il ne résultait pas d'une lettre de la direction des marchés publics de la ville de Dijon adressée au Conseil de la concurrence que les échanges entre Pateu et Robert et la DRAC avaient en réalité été initiés par la DRAC elle-même, qui lui a demandé de lui fournir un sous-détail de prix relatif à la fourniture, la taille et la pose de pierre qu'elle jugeait anormalement bas, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5°/ que pour confirmer le jugement déféré, les juges du second degré ne peuvent pas se borner à adopter les motifs pertinents des premiers juges, sans analyser fût-ce sommairement, les nouveaux moyens de fait et de droit développés par l'appelant ; qu'en se bornant à confirmer la décision déférée sur les ententes en Bourgogne reprochées à la société Pateu et Robert par une seule adoption expresse de la motivation de celle-ci, sans procéder à la moindre analyse des pièces et des conclusions précises et détaillées de la société Pateu et Robert expliquant en quoi la décision de l'Autorité de la concurrence devait être réformée en fait et en droit et développant notamment des moyens nouveaux nés de la décision déférée, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile qu'elle a ainsi violé ;

6°/ que l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; qu'en se bornant à retenir, pour considérer que la société Degaine aurait participé à une entente régionale en Basse-Normandie, que les entreprises visées par la notification des griefs font partie du Groupement national de restauration des monuments historiques qui assure la liaison entre les professionnels de la restauration des monuments

historiques, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir que la société Degaine avait personnellement acquiescé à une entente régionale entre entreprises, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

7°/ que l'affirmation de l'existence d'une entente régionale en Basse-Normandie ne dispense pas l'Autorité poursuivante d'établir le comportement répréhensible de l'entreprise en cause sur chaque marché particulier incriminé, ne serait-ce que pour établir que les consignes décidées à l'avance ont ensuite effectivement été appliquées ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

8°/ que l'adhésion à une entente n'est établie qu'à la condition de démontrer que les décisions prises d'un commun accord ont ensuite été effectivement appliquées ; qu'en affirmant que « la circonstance que les pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations et que la répétition des concertations démontre bien l'existence d'un véritable système mis en place entre les entreprises répondant aux appels d'offres sur la région, de sorte que l'entente était bien organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause », quand cette constatation suffisait au contraire à établir que les entreprises n'avaient jamais entendu mettre en oeuvre une entente régionale généralisée, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant établi l'existence des deux ententes ponctuelles reprochées à la société Pateu et Robert au moyen d'un faisceau d'indices qu'elle a souverainement apprécié, résultant de l'analyse des appels d'offres, des déclarations du dirigeant de la société Lefèvre et de la retranscription de deux séries d'écoutes téléphoniques portant sur des conversations intervenues entre le dirigeant de la société Pateu et Robert et celui de la société Lefèvre, le premier échange faisant état du niveau des offres présentées, et ayant pour objet de faire retirer l'offre déposée par la société Pateu et Robert dans le cadre du marché de l'église Saint Michel de Dijon en vue de favoriser une société du groupe Lefèvre en contrepartie de l'attribution du marché de l'hôtel de ville d'Autun, et le second, postérieur, rendant compte au groupe Lefèvre des démarches entreprises auprès du maître d'ouvrage concernant l'intention de la société Pateu et Robert de renoncer au marché précité, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'objet anticoncurrentiel de ces concertations tendant à modifier le jeu normal de la concurrence, aussi bien dans le cadre d'un appel d'offres en cours d'attribution, pour la première, que dans la phase préalable au dépôt des offres du second appel d'offres à venir, et qui n'avait donc pas à procéder à d'autres recherches concernant leurs effets, a, sans être tenue de répondre à un moyen que ces constatations rendaient inopérant, légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'ayant retenu l'existence de trois ententes régionales sur le fondement des écoutes téléphoniques et des auditions des dirigeants des sociétés y ayant pris part, des documents découverts lors de perquisitions effectuées au siège des mêmes sociétés et des informations communiquées par les maîtres d'ouvrage sur les procédures d'appel d'offres, révélant que les pratiques constatées dans chacune de ces trois régions, concernant un volume très élevé de marchés et intervenant entre les principales entreprises actives dans la région concernée, présentaient un lien de complémentarité en ce sens que chacune d'elles était destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence, traduisaient la mise en oeuvre de jeux de compensation entre les entreprises et contribuaient, par le biais d'une interaction, à la réalisation des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objet identique, la cour d'appel a établi le caractère général des ententes intervenues en Basse-Normandie, Haute-Normandie et Picardie ;

Et attendu, en troisième lieu, que, s'étant fondée sur des preuves directes, résultant des déclarations de son directeur, confirmant tant le principe de répartition des marchés que le

système des offres de couverture, preuves corroborées par un faisceau d'indices graves, précis et concordants notamment fondé sur les déclarations de concurrents, confirmant l'existence de ces pratiques réciproques, et sur l'analyse des marchés relatifs au Mont Saint Michel, exclusivement attribués à la société Degaine conformément aux souhaits de répartition de marchés exprimés, la cour d'appel, qui n'a pas déduit l'adhésion de celle-ci à l'une des ententes régionales de son appartenance au groupement national des entreprises de restauration des monuments historiques, et qui n'avait pas à faire d'autres recherches, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° D 12-27. 697, pris en ses deuxième et troisième branches, et le cinquième moyen du pourvoi n° E 12-27. 698, pris en sa quatrième branche, rédigés en termes similaires, réunis :

Attendu que la société Pateu et Robert et la société Degaine font encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, le tout de façon motivée pour chaque sanction ; que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète des effets de chaque pratique incriminée ; qu'en affirmant au contraire que « les pratiques d'ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature » et que l'Autorité de la concurrence est en droit de procéder à une approche globale de la gravité des pratiques, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en affirmant que l'Autorité de la concurrence est en droit de procéder à une approche globale de la gravité des pratiques, après avoir constaté que lorsque les pratiques ne sont reprochées à une entreprise qu'à l'occasion d'un marché particulier, il convient d'examiner l'entente éventuellement constituée « sur ce marché spécifique », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que toutes les pratiques portent sur des marchés publics d'appels d'offres et se traduisent par des concertations et échanges d'informations sur des marchés particuliers, ou à un échelon plus vaste s'agissant de trois régions, l'arrêt retient qu'elles libèrent les concurrents de l'incertitude de la mise en concurrence et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte leurs données économiques propres mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents, en vue de tromper l'acheteur public sur la sincérité des offres et de parvenir à une répartition des marchés, que ces pratiques concernent un secteur presque exclusivement subordonné à l'engagement de procédures de mise en concurrence publiques et impliquent des entreprises qui, étant actives dans ce secteur et habituées à répondre à de nombreux appels d'offres, ne peuvent prétendre ignorer le caractère prohibé des échanges entre soumissionnaires se présentant comme concurrents ; que, de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'objet anticoncurrentiel de toutes ces pratiques, a justement déduit, sans être tenue de définir les effets propres à chacune, que les ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés lors de marchés publics sont particulièrement graves par nature ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant défini la nature, la portée et la durée des pratiques en cause, en réservant une analyse distincte aux ententes régionales, et examiné la contribution personnelle des sociétés Pateu et Robert et Degaine aux pratiques anticoncurrentielles qui leur étaient respectivement reprochées, la cour d'appel a fait

l'exacte application de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° E 12-27. 698, pris en sa première branche :

Attendu que la société Degaine fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision lui ayant infligé une sanction de 536 000 euros et la publication d'un texte faisant état de cette décision, alors, selon le moyen, qu'en faisant application, pour fixer le montant de l'amende infligée à la société Degaine à 7,49 % du chiffre d'affaires de 2009, des dispositions plus sévères de l'article L. 464-2 du code de commerce issues de la loi NRE du 15 mai 2001 relevant le plafond de l'amende de 5 % du chiffre d'affaires HT réalisé en France au cours du dernier exercice clos à 10 % du chiffre d'affaires HT réalisé au niveau mondial, après avoir admis que, contrairement à ce que l'Autorité de la concurrence a retenu, les pratiques reprochées à la société Degaine ne s'étaient pas poursuivies jusqu'au 18 juin 2002, mais seulement jusqu'au 13 février 2001, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, ce dont il résultait que les nouvelles dispositions plus sévères n'étaient pas applicables à la société Degaine, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé par fausse application l'article L. 464-2 dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, par refus d'application l'article L. 464-2 dans sa rédaction antérieure à la loi NRE, ensemble le principe de non rétroactivité des lois à caractère punitif ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que lorsque les pratiques relevées sont constitutives d'une pratique continue commencée antérieurement et terminée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il y a lieu de l'appliquer à cette infraction unique et continue, c'est à bon droit, dès lors qu'il n'était pas justifié que la société Degaine s'en était publiquement désolidarisée, que la cour d'appel a fait application de la loi du 15 mai 2001 pour sanctionner l'adhésion de cette société à un système de partage de marchés et à un pacte de non-agression mis en oeuvre en Basse-Normandie, qui a débuté en 1998 et a pris fin en février 2002, et dont le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité, a été saisi en 2005 ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° E 12-27. 698, pris en sa troisième branche :

Attendu que la société Degaine fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que la gravité d'une entente s'apprécie, notamment, en tenant compte de la durée des pratiques reprochées ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que les pratiques reprochées à la société Degaine ne se sont pas poursuivies jusqu'au 18 juin 2002, mais seulement jusqu'au 13 février 2001, et que l'Autorité de la concurrence a retenu par erreur la responsabilité de la société Degaine au titre d'un marché du 18 juin 2002 ; qu'en considérant néanmoins que l'absence de participation de la société Degaine au titre d'un marché du 18 juin 2002 n'était pas de nature à remettre en cause, par la décision de l'Autorité de la concurrence, la situation individuelle de cette entreprise, bien que la constatation de cette erreur conduisait nécessairement à diminuer sensiblement la durée des pratiques imputées à la société Degaine et, partant, leur gravité, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, après avoir relevé que la société Degaine avait été attributaire de dix marchés et non de onze, a retenu que cette rectification n'était pas de nature à modifier l'appréciation de sa situation individuelle ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le moyen pris en ses quatre premières branches, sixième et septième branches du pourvoi n° V 12-27. 643, le premier moyen, pris en ses troisième à septième branches et le troisième moyen pris en ses première, quatrième à neuvième branches du pourvoi n° D 12-27. 697, les deuxième et troisième moyens, et le quatrième moyen pris en sa quatrième branche, le cinquième moyen pris en ses deuxième, cinquième à septième,

neuvième et douzième branches du pourvoi n° E 12-27. 698, le deuxième moyen du pourvoi n° H 12-27. 700, les deuxième à quatrième moyens du pourvoi n° M 12-28. 026 et le pourvoi incident ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ; Mais sur le cinquième moyen du pourvoi n° E 12-27. 698, pris en sa huitième branche : Vu l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 ;

Attendu que les sanctions pécuniaires sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; Attendu que pour fixer la sanction prononcée à l'encontre de la société Degaine, l'arrêt retient qu'en raison de son appartenance au groupe Vinci, dont le chiffre d'affaires est particulièrement important, cette société n'est pas fondée à se prévaloir de difficultés financières particulières affectant sa capacité contributive ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir retenu que la société Degaine s'était comportée de manière autonome sur le marché, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si cette société avait la faculté de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient, a privé sa décision de base légale ; Et sur le moyen unique du pourvoi n° V 12-27. 643, pris en sa huitième branche : Vu l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 ;

Attendu que pour fixer la sanction infligée à la société Pradeau et Morin, l'arrêt retient que son appartenance au groupe Eiffage, dont le chiffre d'affaires est particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à en majorer le montant afin d'assurer son caractère à la fois dissuasif et proportionné ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir retenu que la société Pradeau et Morin s'était comportée de manière autonome sur le marché, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'appartenance de cette société au groupe Eiffage avait joué un rôle dans la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles ou était de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de ces pratiques, a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

DECLARE NON ADMIS le pourvoi incident ;

REJETTE les pourvois n° D 12-27. 697, H 12-27. 700 et M 12-28. 026 ;

Et sur les pourvois n° V 12-27. 643 et E 12-27. 698 :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a prononcé, avec publication, des sanctions pécuniaires de 536 000 euros à l'encontre de la société Degaine et de 4 000 000 euros à l'encontre de la société Entreprise Pradeau et Morin, l'arrêt rendu le 11 octobre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne le président de l'Autorité de la concurrence aux dépens exposés par les sociétés Degaine et Entreprise Pradeau et Morin et laisse aux autres parties la charge de leurs propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne le président de l'Autorité de la concurrence à payer à la société Degaine et à la société Entreprise Pradeau et Morin, la somme de 3 000 euros chacune et rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-huit février deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyen produit au pourvoi n° V 12-27. 643 par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour la société Entreprise Pradeau et Morin.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infligé à la société ENTREPRISE PRADEAU ET

MORIN une sanction pécuniaire de 4 millions d'euros et D'AVOIR ordonné des mesures de publication de l'arrêt à ses frais au prorata du montant de la sanction prononcée à son encontre ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE :

En ce qui concerne la méthode de détermination des sanctions

Sur l'assiette servant de calcul du montant des sanctions, que la Décision a rappelé à bon droit que la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de concurrence, dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de l'infraction ; qu'alors qu'il est acquis qu'aucune des entreprises requérantes ne réalise la totalité de son chiffre d'affaires dans le secteur concerné de la restauration des monuments historiques, la Décision relève cependant que cette référence ne pouvait être retenue au cas d'espèce comme montant de base des sanctions infligées, faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant ; que la Décision observe, à cet égard, que les entreprises, invitées en séance à communiquer les éléments relatifs à la proportion de leur chiffre d'affaires en rapport avec leur activité dans le secteur de la restauration des monuments historiques, réalisé au cours de la période de commission des pratiques sur les marchés affectés par celles-ci, n'ont, pour la plupart d'entre elles, pas fourni de données pertinentes, complètes et justifiées ; que, par ailleurs, certaines d'entre elles n'ont fourni aucun élément sur ce point ; que c'est dans ces conditions que l'Autorité, estimant ne pas disposer de données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes, a décidé d'utiliser le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises comme base pour déterminer le montant des sanctions ;

Qu'au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef de l'assiette de calcul du montant des sanctions retenue par l'Autorité, la plupart des requérantes n'ont pas communiqué à la cour de données répondant aux exigences définies par l'Autorité et approuvées par la cour ; qu'en effet :

- les sociétés Entreprise H Chevalier Nord, EGL, Charpentier PM, Pateu Robert, Société Nouvelle Bodin et Terh Monuments Historiques persistent à se référer, selon le cas, aux données brutes établies par elles dont l'authenticité n'a pu être vérifiée faute de pièces justificatives ou de certification et qui, par surcroît, ne portaient pas sur le même type de marchés-clientèle publique ou publique et privée-ou, en ce qui concerne spécialement Charpentier PM et Pateu & Robert-sur une période postérieure aux pratiques en cause ;

- la Société Nouvelle Bodin a seulement communiqué, dans le cadre de la réponse à la notification des griefs, un tableau récapitulatif de ses résultats entre 1996 et 2008 ;

Dès lors, que concernant ces sociétés, la Décision (point 716), était fondée à retenir le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause, en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties, la Décision expliquant que le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise a été plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction ;

En revanche, qu'il est constant qu'avant la séance de l'Autorité, Pradeau et Morin avait communiqué des éléments, certifiés par son commissaire aux comptes, attestant que son chiffre d'affaires-soit la valeur des ventes réalisées en Picardie la dernière année complète de l'entente soit l'année 2000 (1. 126. 512 euros)- lié aux monuments historiques était compris entre 12 et 20 % du chiffre d'affaires global, au moment des pratiques ; que, dans ses observations déposées devant la cour, l'Autorité explique qu'elle n'avait pas estimé devoir lui appliquer une réduction de sa sanction comme elle l'avait fait pour une autre

entreprise qui ne réalisait qu'un très faible pourcentage de son chiffre d'affaires total dans le secteur de la restauration de monuments historiques- « 0, 93 à 3, 2 » du chiffre d'affaires total au cours de la période en cause-à la différence des autres entreprises concernées ; que, toutefois, l'Autorité, tout en indiquant que tel n'est pas le cas pour Pradeau et Morin au regard du montant de son chiffre d'affaires dans le secteur des monuments historiques, déclare s'en remettre à la sagesse de la cour ; Que rien ne s'oppose ainsi à ce que, afin de proportionner la sanction à la réalité économique de l'infraction, la valeur des ventes réalisées par Pradeau et Morin de produits ou de services en relation avec l'infraction en cause soit, en l'espèce, dans le secteur de la restauration de monuments historiques, soit prise comme montant de base de la sanction infligée à cette entreprise en fonction de la gravité des faits et du dommage à l'économie de préférence au chiffre d'affaires total ; que la contestation de la société Pradeau et Morin tendant à obtenir une réduction en conséquence du montant de la sanction sera retenue dans les conditions qui seront précisées ci-après » ;
« En ce qui concerne la prise en compte de la situation individuelle des entreprises :

Que la société Pradeau et Morin, la société Charpentier Pm et la société Pavy font à tort grief à la décision de ne pas avoir correctement apprécié le rôle joué dans l'entente ; Qu'en effet, selon les déclarations de ses propres dirigeants, la société Pradeau et Morin a participé à deux ententes régionales de répartition des marchés pendant une durée de trois ans et demi, ce qui exclut une simple participation, mineure et ponctuelle, aux pratiques anticoncurrentielles ; Enfin, sur l'existence d'un groupe, que la Décision rappelle à bon droit (points 698 à 702) que l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction ; qu'en effet, l'article. L. 464-2 du code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier et que, ainsi que le rappelle la Décision, l'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puissante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise ; Que, dès lors, la société Pradeau et Morin invoque vainement le fait que son appartenance au groupe Eiffage n'a joué aucun rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui est imputé dès lors que, même en la supposant avérée, cette situation ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité tienne compte du fait que l'entreprise à laquelle elle impute l'infraction appartient à un groupe jouissant d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs, ce qui est le cas en l'espèce du groupe Eiffage, qui dispose, ce qui n'est pas contesté, de ressources globales considérablement plus importantes que celles des autres acteurs des ententes ; Que cette conclusion vaut pour les autres entreprises trouvant dans une situation comparable, sur ce point, à celle de Pradeau et Morin, à savoir Degaine et Pateu & Robert, qui appartiennent toutes deux au groupe Vinci ; En revanche, qu'il est constant qu'avant la séance de l'Autorité, Pradeau et Morin avait communiqué des éléments, certifiés par son commissaire aux comptes, attestant que son chiffre d'affaires-soit la valeur des ventes réalisées en Picardie la dernière année complète de l'entente soit l'année 2000 (1. 126. 512 euros)- lié aux monuments historiques était compris entre 12 et 20 % du chiffre d'affaires global, au moment des pratiques ; que, dans ses observations déposées devant la cour, l'Autorité explique qu'elle n'avait pas estimé devoir lui appliquer une réduction de sa sanction comme elle l'avait fait pour une autre entreprise qui ne réalisait qu'un très faible pourcentage de son chiffre d'affaires total dans

le secteur de la restauration de monuments historiques- « 0, 93 à 3, 2 » du chiffre d'affaires total au cours de la période en cause-à la différence des autres entreprises concernées ; que, toutefois, l'Autorité, tout en indiquant que tel n'est pas le cas pour Pradeau et Morin au regard du montant de son chiffre d'affaires dans le secteur des monuments historiques, déclare s'en remettre à la sagesse de la cour ;

Que rien ne s'oppose ainsi à ce que, afin de proportionner la sanction à la réalité économique de l'infraction, la valeur des ventes réalisées par Pradeau et Morin de produits ou de services en relation avec l'infraction en cause soit, en l'espèce, dans le secteur de la restauration de monuments historiques, soit prise comme montant de base de la sanction infligée à cette entreprise en fonction de la gravité des faits et du dommage à l'économie de préférence au chiffre d'affaires total ; que la contestation de la société Pradeau et Morin tendant à obtenir une réduction en conséquence du montant de la sanction sera retenue dans les conditions qui seront précisées ci-après ;

En ce qui concerne les éléments à prendre en considération :

Que, sous réserve de ce qui vient d'être précisé concernant le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la société Pradeau et Morin, la cour se réfère purement et simplement aux énonciations de la Décision (points 718, 719 et 720) explicitant, dans le cadre général défini par l'article L. 464-2 du code de commerce, à partir du chiffre d'affaires considéré, sa méthode de détermination des sanctions et, lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu ; qu'il est constant, à cet égard, que Charpentier PIV, Terh et Degaine qui avaient allégué de telles difficultés devant l'Autorité, le font à nouveau devant la cour au soutien de leur recours ;

En revanche, s'agissant de l'Entreprise Pradeau et Morin, que compte tenu de la modification de l'assiette servant au calcul du montant de la sanction, il y a lieu, eu égard aux éléments généraux retenus par l'Autorité et aux éléments individuels non critiquables relevés par l'Autorité (points 746, 747 et à 748 de la Décision) qui, par ailleurs, n'a pas commis l'erreur alléguée par la requérante lors de la mise en oeuvre de la procédure de non-contestation de griefs, de réduire le montant de la sanction à 4 000 000 euros » ;

ET AUX MOTIFS A LES SUPPOSER PARTIELLEMENT ADOPTES QUE :

« c) Sur la situation individuelle des entreprises

Sur le rôle joué dans l'entente

690. Pradeau et Morin soutient n'avoir joué qu'un rôle mineur et ponctuel dans la mise en oeuvre des pratiques, puisqu'elle n'a participé aux ententes que pour une durée de trois ans et demi sur les seuls territoires de Haute-Normandie et de Picardie. De même, la société Charpentier PM fait valoir qu'elle n'a joué qu'un rôle passif dans l'entente.

691. Cependant, si le rôle de meneur d'une entreprise constitue une circonstance aggravante pour l'individualisation de la sanction (Cour de cassation, 18 février 2004, OCP Répartition), la circonstance qu'une entreprise ait adopté une position de suiveur à l'occasion de la conclusion d'un accord restrictif de la concurrence ne saurait à l'inverse être prise en compte comme une circonstance atténuante, dès lors que cette entreprise n'a pas fait l'objet d'une contrainte irrésistible, qu'elle a approuvé la conclusion de l'accord et qu'elle a appliqué celui-ci. Seule pourrait être prise en compte au titre des circonstances atténuantes la démonstration par l'entreprise que sa participation à l'infraction était substantiellement réduite notamment parce qu'elle s'est effectivement soustraite à l'application de l'accord en cause en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché (franc tireur-voir, sur ce point, la décision n° 10- D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, point 731).

692. En outre, et en tout état de cause, Pradeau et Morin a selon ses propres déclarations, participé à deux ententes régionales de répartition des marchés pendant une

durée de trois ans et demi, ce qui ne peut manifestement pas être considéré comme une participation mineure et ponctuelle aux pratiques.

Sur l'appartenance à un groupe

698. Pradeau et Morin considère que son appartenance au groupe Eiffage n'a joué aucun rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui est imputé.

699. Cependant, cet argument, à le supposer avéré, ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité tienne compte du fait que l'entreprise à laquelle elle impute l'infraction appartient à un groupe jouissant d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs, voire considérables (voir, sur ce point, la décision n° 10- D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, point 432 et s.).

700. En effet, l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier. L'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puissante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise. En l'occurrence, il convient de tenir compte du fait que Pradeau et Morin appartient, à la différence d'autres entreprises en cause, à un groupe, le groupe Eiffage, lequel dispose de ressources globales considérablement plus importantes que celles des autres acteurs des ententes.

701. Cette conclusion vaut pour les autres entreprises se trouvant dans une situation comparable, sur ce point, à celle de Pradeau et Morin, à savoir Degaine et Pateu & Robert, qui appartiennent toutes deux au groupe Vinci.

702. Il s'ensuit que l'appartenance des entreprises susmentionnées à un groupe dont le chiffre d'affaires est en l'occurrence particulièrement important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction.

Les éléments à prendre en compte

718. Le montant de chaque sanction sera déterminé à partir du chiffre d'affaires qui vient d'être défini en tenant compte du nombre d'infractions auxquelles chacune des entreprises a participé. Le montant de la sanction repose sur les éléments généraux suivants : la gravité des infractions constatées ainsi que l'importance du dommage à l'économie, telles qu'elles ont été analysées aux points 628 à 689 de la présente décision. A cet égard, lorsqu'une entreprise a participé à une ou plusieurs des ententes régionales⁴³, infractions complexes et continues, sa participation à une ou plusieurs ententes ponctuelles sur appels d'offres sera également prise en compte pour moduler à la hausse le coefficient appliqué au chiffre d'affaires pour calculer le montant de base de la sanction.

719. Le montant de la sanction intègre ensuite les éléments d'individualisation retenus aux points 690 à 702 ci-dessus. Elle conduit, ensuite, à appliquer, le cas échéant, les coefficients de minoration, fixés aux points 703 à 711 au titre de la non-contestation des griefs et des engagements pris.

720. Enfin, le montant de la sanction est écrêté s'il y a lieu afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des parties. Lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu. Dans le cas présent, de telles difficultés sont alléguées par Quélin, Charpentier PM, Faber SA, Terh et Degaine.

Entreprise Pradeau et Morin

746. Le chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé connu réalisé par la Société Eiffage, société consolidante de Pradeau et Morin, est de 13, 6 milliards d'euros en 2008. Compte tenu de la mise en oeuvre de la procédure de non-contestation de griefs, le montant

maximal de la sanction s'élève donc à 0, 68 milliard d'euros.

747. Pradeau et Morin a mis son fonds de commerce en location-gérance auprès de la société Eiffage Construction Paris Patrimoine en décembre 2006, postérieurement à la commission des pratiques anticoncurrentielles en litige. En 2006, elle réalisait un chiffre d'affaires de 79, 5 millions d'euros. En 2009, les établissements Pradeau et Morin, qui exploitent le fonds de commerce de la SNC Pradeau et Morin au sein d'Eiffage Construction Paris Patrimoine, ont réalisé un chiffre d'affaires de 74, 9 millions d'euros. Le chiffre d'affaires de la SNC Pradeau et Morin en 2009, d'un montant de 241 115 euros, ne reflète donc aucunement l'activité de restauration de monuments historiques mise en location-gérance, seule en rapport avec la commission des infractions en litige. Compte tenu de cette situation particulière, le montant du chiffre d'affaires réalisé en 2009 par les établissements Pradeau et Morin au sein de la société Eiffage Construction Paris Patrimoine sera retenu comme assiette servant de calcul au montant de la sanction infligée à la SNC Pradeau et Morin.

748. Par ailleurs, il convient de relever qu'aux termes de l'article L. 221-2 du code de commerce : « Les associés en nom collectif (...) répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ». Il résulte de ces dispositions que la SNC Eiffage Construction Gestion et Développement, et la SAS Fougerolle, associées en nom de la SNC Pradeau et Morin, devront répondre indéfiniment et solidairement de l'amende infligée à la SNC Pradeau et Morin.

1°/ ALORS, DE PREMIERE PART, QUE selon le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ζ qui a été publié avant l'arrêt attaqué et était donc opposable à la cour d'appel ζ , l'Autorité de la concurrence retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, « une proportion de la valeur des ventes, réalisées par (ζ) l'entreprise (ζ) en cause, de produits ou de services en relation avec (ζ) les infractions en cause » et « la qualification (...) des infractions effectuée par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services » ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a affirmé que rien ne s'opposait à ce que la valeur des ventes réalisées par l'exposante de produits ou de services dans le secteur de la restauration de monuments historiques soit prise comme montant de base de la sanction prononcée à son encontre (arrêt p. 73 § 5), quand, ainsi que le faisait valoir l'exposante (mémoire en réplique p. 24 § 8 et p. 26 § 7), seule devait être retenue la valeur des ventes de produits ou de services qu'elle avait réalisées dans le secteur de la restauration de monuments historiques en Picardie, dès lors que la cour d'appel avait elle-même constaté qu'elle n'avait participé qu'à l'entente en Picardie (arrêt p. 58-59 et décision p. 124-125) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et le communiqué du 16 mai 2011 ;

2°/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, DE DEUXIEME PART, QUE, en matière de pratiques anticoncurrentielles, la sanction pécuniaire est déterminée par rapport à un pourcentage de la valeur des ventes des services réalisés par l'entreprise qui sont en relation avec l'infraction en cause ; qu'en outre, le juge ne doit pas dénaturer les éléments de la cause ; qu'en l'espèce, pour fixer le montant de la sanction infligée à la société PRADEAU ET MORIN, la cour d'appel ne pouvait affirmer qu'il était constant que le chiffre d'affaires réalisé par l'exposante en 2000 dans le secteur de la restauration de monuments historiques en Picardie était compris entre 12 et 20 % de son chiffre d'affaires global (arrêt, p. 73 § 4), quand l'exposante le contestait en faisant valoir et en justifiant, d'une part, que ce chiffre d'affaires ne représentait que 3, 9 % de son chiffre d'affaires total et, d'autre part, que c'était le chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé dans ce secteur au niveau national qui représentait 13, 93 % de son chiffre d'affaires total (mémoire en réplique p. 9,

10 et 24) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'exposante en violation de l'article 4 du Code de procédure civile ;

3°/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, DE TROISIEME PART, QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les éléments de preuve soumis à leur examen ; qu'en l'espèce, l'exposante produisait, d'une part, le courrier qu'elle avait adressé à l'Autorité de la concurrence le 3 novembre 2010 qui justifiait de ce que le chiffre d'affaires de 1 126 512 euros qu'elle avait réalisé en 2000 dans le secteur de la restauration de monuments historiques en Picardie représentait 3, 9 % de son chiffre d'affaires total (pièce n° 6 en appel p. 2), et d'autre part, le courrier qu'elle avait adressé à l'Autorité le 12 octobre 2010 qui justifiait de ce que le chiffre d'affaires de 4 025 007 euros qu'elle avait réalisé en 2000 dans le secteur de la restauration de monuments historiques au niveau national représentait 13, 93 % de son chiffre d'affaires total (pièce n° 5 en appel p. 10) ; qu'ainsi, à supposer même que pour fixer le montant de base de la sanction prononcée à l'encontre de l'exposante, la cour d'appel ait retenu seulement le chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé en 2000 dans le secteur de la restauration de monuments historiques en Picardie, la cour d'appel ne pouvait affirmer que ce chiffre d'affaires était compris entre 12 et 20 % de son chiffre d'affaires global (arrêt, p. 73 § 4), quand il ne représentait que 3, 9 % de son chiffre d'affaires global ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé les pièces susvisées en violation de l'article 4 du Code de procédure civile et du principe susvisé ;

4°/ ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'aux termes de l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce, les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées notamment à la gravité des faits reprochés et à l'importance du dommage causé à l'économie et, conformément au communiqué du 16 mai 2011, retenir comme montant de base de la sanction pécuniaire une proportion de la valeur des ventes, réalisées par l'entreprise en cause, de produits ou de services en relation avec les infractions en cause, ce qui permet de proportionner l'assiette de la sanction à l'ampleur économique des infractions en cause et au poids relatif, sur les secteurs ou marchés concernés, de chaque entreprise qui y a participé ; qu'en l'espèce la cour d'appel qui se réfère, par une motivation incohérente, à la fois au chiffre d'affaires que PRADEAU ET MORIN avait réalisé en 2000 dans le secteur de la restauration de monuments historiques au niveau national et à celui réalisé seulement en Picardie (p. 73 § 4 et 5) ne permet pas de savoir avec certitude quel montant de base de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de l'exposante a ici été retenu ; que ce faisant, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la proportionnalité de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de l'exposante et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

5°/ ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE AUSSI, QUE la contradiction de motifs équivaut à une absence de motif ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, énoncer, d'une part « qu'il est constant qu'avant la séance de l'Autorité, PRADEAU ET MORIN avait communiqué des éléments, certifiés par son commissaire aux comptes, attestant que son chiffre d'affaires ζ soit la valeur des ventes réalisées en Picardie la dernière année complète de l'entente, soit l'année 2000 (1 126 512 euros) ζ liés aux monuments historiques » ζ et ajouter que « rien ne s'oppose ainsi à ce que (ζ), la valeur des ventes réalisées par PRADEAU ET MORIN de produits ou de services en relation avec l'infraction en cause soit, en l'espèce, dans le secteur de la restauration des monuments historiques, soit prise comme montant de base de la sanction infligée à cette entreprise » (arrêt, p. 73, § 4 et 5), et en conclure que ceci modifie « l'assiette servant au calcul du montant de la sanction », puis, ajouter d'autre part, que le montant de la sanction sera fixé « eu égard aux éléments généraux retenus par l'Autorité et aux éléments individuels non critiquables relevés par l'Autorité (points 746, 747 et à 748 de la Décision) » (arrêt, p. 74, avant-dernier §), confirmant ainsi expressément le point 747 par lequel l'Autorité a dit que « le montant du chiffre d'affaires réalisé en 2009 par les établissements

PRADEAU ET MORIN au sein de la société EIFFAGE CONSTRUCTION PARIS PATRIMOINE sera retenu comme assiette servant au calcul du montant de la sanction infligée à la SNC PRADEAU ET MORIN », soit la somme de 74, 9 millions d'euros ; qu'en adoptant expressément des motifs contraires, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

6°/ ALORS, DE SIXIEME PART, QU'après avoir écarté le grief de participation de l'exposante à l'entente en Haute-Normandie (arrêt p. 50 et décision n° 428 et 429) et retenu uniquement sa participation à l'entente en Picardie et seulement pendant deux ans (arrêt p. 58-59 et décision p. 124-125), la cour d'appel ne pouvait retenir, pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre, que selon les déclarations de ses propres dirigeants, elle avait participé à deux ententes régionales pendant une durée de trois ans et demi, ce qui excluait une simple participation, mineure et ponctuelle, aux pratiques anticoncurrentielles (arrêt p. 70 § 7 et décision p. 151 n° 692) ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a derechef violé l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et le communiqué du 16 mai 2011 ;

7°/ ALORS, DE SEPTIEME PART, QUE le juge doit énoncer précisément dans ses motifs les critères d'évaluation dont dépend la fixation de la sanction ; qu'en l'espèce, les motifs de l'arrêt (arrêt p. 70 § 7 et décision p. 151 n° 692) ne permettent pas de savoir avec certitude si, au stade de la détermination du montant de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de l'exposante, il lui a été reproché d'avoir participé à l'entente en Haute-Normandie bien que la cour d'appel ait expressément écarté ce grief au stade de l'examen des pratiques (arrêt p. 58-59 et décision p. 124-125) ; que par cette incertitude, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la proportionnalité et l'individualisation de la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de l'exposante et a ainsi derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et du communiqué du 16 mai 2011 ;

8°/ ALORS, DE HUITIEME PART, QUE conformément à l'article L 464-2- I du Code de commerce et le point 49 du communiqué du 16 mai 2011, l'appartenance de l'entreprise sanctionnée à un groupe ne peut constituer une circonstance conduisant à majorer la sanction prononcée à son encontre que lorsque cette appartenance a joué un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui est imputé, c'est à dire « dans le cas où l'infraction est également imputable à la société qui la contrôle au sein du groupe », notamment en incitant d'autres entreprises à suivre l'entente ; qu'en l'espèce, pour décider que l'appartenance de la société PRADEAU ET MORIN au groupe Eiffage constituait une circonstance individuelle conduisant à majorer la sanction de celle-ci, la cour d'appel ne pouvait affirmer que la société PRADEAU ET MORIN invoquait vainement le fait que son appartenance au groupe Eiffage n'avait joué aucun rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui était imputé, au motif erroné que, même en la supposant avérée, cette situation ne faisait pas obstacle à ce que l'Autorité de la concurrence tienne compte de son appartenance à un groupe jouissant d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs (arrêt p. 71 § 5 et 6 et décision p. 152-153) ; qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier ni caractériser que l'appartenance de la société PRADEAU ET MORIN au groupe Eiffage avait joué un rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui était imputé, ce qui était fermement contesté (mémoire en réplique p. 30 et 31), la cour d'appel a privé sa décision de base au regard de l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et du communiqué du 16 mai 2011 ;

9°/ ALORS, DE NEUVIEME PART, QUE les juges du fond doivent apprécier concrètement la proportionnalité de la sanction pécuniaire qu'ils prononcent en la motivant précisément ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait infliger à l'exposante une sanction pécuniaire de 4 millions d'euros, sans apprécier concrètement la proportionnalité de cette sanction,

laquelle était contestée par l'exposante qui faisait valoir que l'application de la méthode de détermination des sanctions pécuniaires préconisée par l'Autorité de la concurrence dans son communiqué du 16 mai 2011 aurait dû conduire à une sanction d'un montant de base de l'ordre de 640 000 euros maximum, ce dont elle justifiait par un calcul détaillé appuyé de pièces justificatives de son chiffre d'affaires (mémoire en réplique p. 26 et 27) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, par une motivation générale, insuffisante et imprécise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et du communiqué du 16 mai 2011 ;

10°/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE la sanction pécuniaire doit répondre au principe de proportionnalité eu égard à la situation financière de la société condamnée ; qu'en infligeant à l'exposante une sanction pécuniaire de 4 millions d'euros, sans vérifier si le montant de cette sanction n'était pas disproportionné au regard du chiffre d'affaires réalisé par la société PRADEAU ET MORIN dans le secteur de la restauration de monuments historiques au niveau national, quand celle-ci justifiait qu'il s'élevait à un montant de 3 à 4 millions d'euros durant les années 1999 et 2000 (mémoire en réplique p. 9 et 10), années de sa participation à l'entente litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce et du communiqué du 16 mai 2011.

Moyens produits au pourvoi n° D 12-27. 697 par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Pateu & Robert.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (contestation des pièces du dossier pénal et durée de la procédure)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Pateu & Robert dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés dont la société Pateu & Robert ont enfreint les dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Pateu & Robert une sanction de 209 000 € et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE sur la durée de la procédure, le délai raisonnable prescrit par l'article 6, paragraphe I, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire et que la sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de la concurrence de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire, devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre (...)

QUE (...) la société Pateu & Robert prétend aussi que la durée excessive de la procédure a porté une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à ses droits de la défense et que la procédure étant entachée de nullité, elle demande à la cour d'annuler la Décision ; qu'en effet, cette requérante affirme qu'elle n'a jamais fait l'objet de mesures d'enquête ou de demande d'audition de ses représentants dans le cadre de la procédure pénale qu'elle n'a pas davantage été entendue dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence et qu'elle n'a finalement été informée de l'existence d'une procédure la mettant en cause qu'à la réception de la notification de griefs, le 29 décembre 2008, soit près de huit ans après les faits qui lui sont reprochés ; que la requérante expose qu'elle n'a pas alors été en mesure de retrouver les documents utiles concernant deux marchés de 2001 au titre desquels un grief d'entente lui a été notifié en 2008, en précisant que, depuis la date à laquelle les deux marchés visés par cette procédure ont été lancés, les

changements de dirigeants et les mouvements de personnel intervenus au sein de l'entreprise ont rendu impossible la collecte de preuves à décharge ; que tel est particulièrement le cas de M. Arrabal, dont les propos recueillis à l'occasion d'écoutes téléphoniques lui sont opposés comme constituant un indice de sa participation aux ententes reprochées, alors que celui-ci ayant quitté l'entreprise en décembre 2003, elle n'a pas été en mesure de le contacter, à tout le moins pour qu'il lui confirme qu'il était l'auteur de ces propos, ce qui n'a d'ailleurs été démontré, ni par les enquêteurs, ni par le rapporteur (...)

QUE si la durée de la procédure, phase non-contradictoire comprise, s'est, en effet, élevée à huit ans, force est cependant de constater que ce délai doit, au cas d'espèce, s'apprécier au regard de l'ampleur des pratiques mises en oeuvre, qui est avérée, et de la complexité de la procédure, qui est certaine ; qu'en premier lieu, en effet, l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2001 s'est d'abord traduite par une saisine du parquet de Rouen le 24 septembre 2001, le ministre en charge de l'économie n'ayant saisi le Conseil de la concurrence que le 20 novembre 2007 et que, pour sa part, le Conseil a décidé de se saisir d'office des mêmes faits le 13 novembre 2007 quelques jours seulement avant la saisine du ministre, à la suite notamment des éléments relevés dans le cadre de l'instruction de la saisine de la société GAR Rénovation Vieux Edifices en date du 18 mai 2005, complétée par lettre du 18 décembre 2006, et qui était limitée à des pratiques mises en oeuvre dans la région Ile-de-France ; qu'à la suite de ces saisines, les services d'instruction du Conseil ont demandé la communication des éléments de la procédure pénale au juge d'instruction qui y a procédé le 9 janvier 2008 et que la phase d'instruction contradictoire s'est ouverte un an plus tard avec l'envoi aux entreprises de la notification de griefs le 16 décembre 2008 ; qu'en second lieu, l'affaire concerne des ententes mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques sur un territoire comprenant douze régions, à savoir la Haute-Normandie, la Basse-Normandie, la Picardie, l'Aquitaine, l'Ile-de-France, la Bourgogne, la Lorraine, la Champagne-Ardenne, le Nord-Pas-de-Calais, les Pays-de-la-Loire, l'Auvergne et Rhône-Alpes et que les griefs, qui ont été notifiés à dix-sept entreprises, portent sur plus d'une centaine de marchés publics avec un dossier comportant plus de 24 000 pièces ; que par surcroît, les entreprises mises en cause ne démontrent pas que la possibilité de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés aurait été affectée de façon personnelle, effective et irrémédiable par la durée de la procédure car compte tenu de l'ancienneté des faits, elles ne disposent plus des documents à décharge relatifs aux marchés d'appels d'offres en cause et les responsables impliqués dans la commission des pratiques ne sont aujourd'hui plus présents dans l'entreprise, rendant ainsi plus difficile la possibilité de recueillir leur témoignage (...) (arrêt p. 31 et 32) ;

QUE concernant la société Pateu & Robert, c'est encore par d'exact motifs (322 à 325) que la cour fait siens, que la Décision relève que cette requérante ne démontre pas qu'à la date de la notification des griefs, ses possibilités de réfuter ceux-ci étaient effectivement atteints du fait de l'écoulement d'un délai déraisonnable au cours de la procédure antérieure d'enquête ; qu'en effet, cette entreprise a été mise en cause sur la base d'écoutes téléphoniques indiscutables effectuées dans le cadre de la procédure pénale et, plus particulièrement, de deux conversations entre M. Arrabal, dirigeant de la société Pateu & Robert et M. Hublet, cadre dirigeant du groupe M. Lefèvre, au cours desquelles ont eu lieu des échanges sur les prix des offres que les entreprises s'apprêtaient à déposer ; que, ni devant l'Autorité, ni devant la cour, Pateu & Robert n'a exposé la nature des éclaircissements qui auraient été nécessaires à sa défense pour apprécier la portée des conversations interceptées et n'a précisé ni quels renseignements émanant de témoins des faits auraient pu être utiles à sa défense ni les circonstances rendant impossible le témoignage des dirigeants ayant quitté l'entreprise ; que, par ailleurs, si la requérante affirme qu'elle n'a pas été en mesure de retrouver des documents afférents

aux marchés en cause, compte tenu de l'ancienneté de ceux-ci, elle s'abstient toutefois de préciser la nature et la portée des documents qui auraient été nécessaires à sa défense et que le délai écoulé entre les faits et la notification de griefs l'empêcherait de produire, alors qu'il lui était loisible, pour les besoins de sa défense, d'utiliser les pièces de la procédure administrative d'appel d'offres figurant au dossier (en particulier, avis d'appel public à la concurrence, avis d'attribution, rapport de présentation du marché, rapports des commissions chargées de l'attribution des marchés) ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen de Pateu & Robert tiré de la violation du principe de délai raisonnable doit être écarté (p. 33) ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur l'utilisation des pièces du dossier pénal aux termes de l'article L. 463-5 de code de commerce : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence devenu l'Autorité 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 la société Pateu & Robert soutient que la procédure est entachée de nullité en raison d'une violation des droits de la défense et du non-respect des exigences fixées par l'article 6 paragraphe 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le respect du principe d'égalité des armes, en raison de l'utilisation exclusive à son encontre de pièces tirées de la procédure pénale dans le cadre de laquelle elle n'avait jamais été en mesure se défendre ; qu'en effet, la requérante rappelle que les griefs qui lui ont été notifiés reposaient exclusivement sur une déclaration et des écoutes téléphoniques recueillies dans le cadre de la procédure pénale, qui ne la concernait pas, et au cours de laquelle ses dirigeants et ses salariés n'ont été, ni entendus, ni mis en cause ; qu'ainsi elle n'a jamais été mise en mesure de prendre connaissance du dossier pénal ni de s'assurer que la déclaration et les écoutes téléphoniques en cause n'étaient pas entachées d'un vice de forme ou n'étaient pas erronées, la faculté qui lui a été offerte de présenter ultérieurement sa défense devant l'Autorité en application des dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce ne suffisant pas à compenser les atteintes portées au principe d'égalité des armes ; que c'est dans ce contexte que la requérante affirme que les déclarations de ses dirigeants recueillies dans des procès-verbaux dressés au cours de l'enquête pénale « ne peuvent avoir la même portée probatoire que celles qui lui sont désormais opposées » dès lors, spécialement que les rapporteurs, qui en avaient pourtant la possibilité se sont abstenus de procéder à leur audition ; que la société Pateu & Robert souligne, enfin, que l'ancienneté des pratiques reprochées à la date de la communication de la notification des griefs, le 29 décembre 2008, ne lui a jamais permis de recueillir et de présenter pleinement les pièces utiles à sa défense et que les éléments du dossier pénal utilisés à son encontre ne permettent pas, à eux seuls, de caractériser les griefs, les rapporteurs auraient nécessairement dû procéder à des investigations complémentaires (...) ; QUE concernant en premier lieu l'opposabilité des pièces du dossier pénal, c'est par de justes motifs (points 326 à 332) que l'Autorité de la concurrence a décidé qu'elle était en droit d'utiliser les procès-verbaux relatifs et consécutifs à la garde à vue des responsables des entreprises concernées dans le cadre de la procédure pénale ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen pour prouver l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'en effet, l'article L. 463-5 de code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées à l'Autorité, qui sont donc opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative et que la prérogative permettant à l'Autorité de demander, pour accomplir sa mission de protection de l'ordre public économique, aux juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, lesquels sont à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne constitue pas par elle-même une atteinte au

principe de l'égalité des armes ; qu'en l'espèce, il est constant que l'ensemble des documents et pièces transmis par le juge d'instruction qui ont été utilisés par les rapporteurs pour fonder les griefs notifiés le 16 décembre 2008 ont été versés au dossier, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire et que les entreprises mises en cause, dont Pateu & Robert en ce qui concerne les écoutes téléphoniques, ont ainsi pu faire valoir leurs observations et présenter d'éventuels éléments à décharge, dans les délais prévus par les dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, étant observé, au surplus, que les contestations des entreprises relatives à la valeur probante des éléments recueillis au cours de la procédure pénale qui sont soulevées au titre de l'utilisation des pièces du dossier pénal, doivent faire l'objet d'un examen ultérieur dans le cadre de l'analyse du bien-fondé des griefs (¿) ; que concernant en second lieu les conséquences procédurales de l'instance en cours devant le tribunal de grande instance de Rouen, c'est à bon droit que la Décision rappelle :- que, malgré le lien étroit institué par le législateur entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du code de commerce et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, qui permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, la survie de l'action administrative n'est pas placée dans la dépendance de celle de l'action publique, les deux actions, indépendantes, suivant leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes ; la jurisprudence du Conseil d'Etat dont il résulte que l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions (décision du Conseil d'Etat du 8 janvier 1971, ministre de l'Intérieur/ Dame Desamis, Ass. n° 77800 ; ou, récemment, décision du 10 octobre 2003, Commune de Soisy-sous-Montmorency et Société anonyme pour l'aide à l'accession à la propriété des locataires, n° 259111) ; qu'au regard de ces principes, c'est à bon droit que la Décision relève que dans la présente affaire, l'Autorité de la concurrence n'est liée par aucune constatation de fait retenue par le juge pénal à l'appui d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée :- le jugement du tribunal correctionnel de Rouen en date du 2 décembre 2008 ne procède à aucune constatation quant aux faits en litige devant l'Autorité de la concurrence dès lors que cette décision se borne à constater l'imprécision de l'ordonnance de renvoi du 8 septembre 2006 pour en prononcer l'annulation : « le dispositif de l'ordonnance ne donne aucune précision. Or, il est impératif d'identifier les marchés publics à l'occasion desquelles les pratiques anticoncurrentielles auraient été mises en oeuvre (...) En l'absence de toute démonstration ou allégation quant à l'existence d'une entente interrégionale regroupant tous les mis en cause, on ne peut conclure à l'implication de chacun sur l'ensemble des marchés (...) Mais il n'est nulle part suggéré que les poursuites à l'encontre des prévenus se limitent aux marchés sur lesquels les propos sont rapportés (...) En tout état de cause, l'ordonnance de renvoi ne permet pas aux prévenus de connaître les faits pour lesquels ils sont poursuivis (...) l'imprécision étant générale et les faits étant commis en co-action, il y a lieu d'annuler l'ordonnance du 8 septembre 2006 dans toutes ses dispositions concernant les infractions en matière de concurrence » ; - par ailleurs, l'ordonnance du juge d'instruction en date du 15 décembre 2009, qui ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel de dix-huit responsables d'entreprises sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce, tout en considérant insuffisantes les charges afférentes à certains marchés spécifiques, n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée ; qu'au demeurant, c'est également à bon droit que la Décision mentionne (point 338 de la décision) que si les constatations de fait qui sont le support nécessaire d'une décision pénale s'imposent à elle, il appartient à l'Autorité de la concurrence de donner aux faits qui lui sont soumis leur qualification juridique au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris ; que le moyen sera rejeté ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QU'il est vrai que ces échanges sont intervenus les 9 et 14 novembre 2001, postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001, ils avaient toutefois, pour objet d'obtenir de la société Pateu & Robert, qui avait déposé une offre plus intéressante, qu'elle se retire du marché au profit de la société Jacquet, filiale de M. Lefèvre, en échange de l'attribution du marché de l'hôtel de ville d'Autun : les écoutes montrent que la société Pateu & Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis (p 60) ;

1°) ALORS QUE toute décision de condamnation ne peut se fonder dans une mesure déterminante sur les déclarations d'une personne que si l'accusé a été mis en mesure d'interroger ou de faire interroger celle-ci au stade de l'instruction ou pendant les débats ; qu'il n'est pas contesté que la décision de condamnation de la société Pateu & Robert repose exclusivement sur une écoute téléphonique entre une personne présentée comme le dirigeant de l'époque de la société Pateu & Robert et le dirigeant de l'entreprise M. Lefèvre et une audition du dirigeant de la société M. Lefèvre, le tout ayant été recueilli dans le cadre d'une procédure pénale à laquelle la société Pateu & Robert est toujours demeurée totalement étrangère ; qu'en considérant que ces écoutes téléphoniques et cette audition étaient opposables sans restriction à la société Pateu & Robert à la seule condition qu'elle ait eu la possibilité de faire valoir ses observations et présenter d'éventuels éléments à décharge après la notification des griefs, quand elle devait être mise en mesure d'interroger ou de faire interroger les auteurs des déclarations qui lui sont opposées, la cour d'appel a méconnu les droits de la défense et violé l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE toute personne à qui on oppose le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans une procédure à laquelle elle est demeurée totalement étrangère doit toujours être en mesure d'en contester la régularité et le bien-fondé ; qu'en affirmant au contraire, pour considérer que les droits de la défense de la société Pateu & Robert avaient été préservés, que celle-ci avait été mise en cause sur la base d'écoutes téléphoniques indiscutables ou encore que l'article L 463-5 du code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées à l'Autorité lesquelles sont « opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative », la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 et L. 463-5 du code de commerce, ensemble l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°) ALORS QU'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences, y compris l'obligation de trancher les causes dans des délais raisonnables ; que la durée de la procédure préalable à la notification des griefs est excessive lorsqu'elle résulte d'une inaction pendant plusieurs années de l'autorité poursuivante ; qu'en considérant que la durée de huit ans de la phase non contradictoire de la procédure n'était pas nécessairement excessive après avoir constaté que l'autorité poursuivante n'avait saisi le Conseil de la concurrence que six ans après avoir diligenté une enquête et saisi le parquet de Rouen, 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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°) ALORS QUE la nature économique des infractions ne rend pas en soi la procédure particulièrement complexe ; qu'en considérant que la complexité de l'affaire justifiait la longueur de la procédure d'instruction tout en constatant qu'après avoir été saisi de la totalité des faits en novembre 2007, le Conseil de la concurrence avait été en mesure de procéder à la notification des griefs à l'ensemble des entreprises mises en cause, le 16

décembre 2008, ce dont il résulte que le nombre d'entreprises mises en cause et le nombre de pièces ne sont pas de nature à justifier la carence de la DGCCRF et du parquet pendant six ans, 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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°) ALORS QUE la durée excessive de la phase non contradictoire préalable à la notification des griefs peut avoir une incidence sur les possibilités futures de défense des entreprises concernées, notamment en diminuant l'efficacité des droits de la défense lorsque ceux-ci sont invoqués dans la seconde phase de la procédure ; que plus la phase non contradictoire de la procédure est longue, plus le risque de disparition des preuves à décharge quant aux infractions reprochées est élevé en raison notamment des changements susceptibles d'intervenir dans la composition des organes dirigeants des entreprises concernées ; que l'allongement de la phase d'enquête préalable à la notification des griefs est en soi susceptible de porter atteinte aux droits de la défense des entreprises mises en cause et la seule déperdition des preuves à décharge avant la notification des griefs suffit à caractériser une atteinte aux droits de la défense ; qu'en reprochant à la société Pateu & Robert, pour considérer que ses droits de la défense n'ont pas été irrémédiablement compromis, de ne pas avoir exposé la nature des éclaircissements qui auraient été nécessaires à sa défense pour apprécier la portée des conversations interceptées ni précisé les renseignements émanant de témoins des faits qui auraient pu être utiles à sa défense ou encore les circonstances rendant impossible le témoignage des dirigeants ayant quitté l'entreprise, après avoir constaté que la société Pateu & Robert avait expressément indiqué que depuis la date à laquelle les deux marchés visés par cette procédure ont été lancés, les changements de dirigeants et les mouvements de personnel intervenus au sein de l'entreprise ont rendu impossible la collecte de preuves à décharge (et) que tel est particulièrement le cas de M. Arrabal, dont les propos recueillis à l'occasion d'écoutes téléphoniques lui sont opposés comme constituant un indice de sa participation aux ententes reprochées, alors que celui-ci ayant quitté l'entreprise en décembre 2003, elle n'a pas été en mesure de le contacter pour qu'il lui confirme qu'il était l'auteur de ces propos, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6°) ALORS QUE dans son mémoire récapitulatif d'appel (n° 22 et 23), la société Pateu & Robert avait expressément fait valoir qu'il lui avait été « impossible de retrouver la trace de M. Arrabal » qui « a quitté l'entreprise en 2003 » et serait à l'origine des propos qui lui sont opposés si bien qu'elle n'a jamais « pu se voir confirmer que M. Arrabal était bien à l'origine de ces propos (...) et dans l'affirmative, démontré que l'interprétation de ses propos qui est faite par l'Autorité de la concurrence ne correspond pas à ce qui a été dit en réalité, au vu du résultat des appels d'offres ; qu'en reprochant à la société Pateu & Robert de ne pas avoir exposé la nature des éclaircissements qui auraient été nécessaires à sa défense pour apprécier la portée des conversations interceptées ni précisé les renseignements émanant de témoins des faits qui auraient pu être utiles à sa défense ou encore les circonstances rendant impossible le témoignage des dirigeants ayant quitté l'entreprise, quand la société Pateu & Robert avait au contraire précisé qu'elle n'avait pas connaissance des coordonnées auxquelles M. Arrabal pouvait être contacté et avait ainsi été privée de toute possibilité d'obtenir des précisions sur les conditions et le contexte dans lesquels la conversation enregistrée avait été tenue, la cour d'appel a dénaturé les conclusions précitées en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

7°) ALORS QU'en retenant pour considérer que les droits de la défense de la société Pateu & Robert n'avaient pas été méconnus, que celle-ci a été mise en cause sur la base d'écoutes téléphoniques faisant état de conversations au cours desquelles « ont eu lieu

des échanges sur le prix des offres que les entreprises s'apprêtaient à déposer » tout en constatant que les échanges entre les sociétés Pateu & Robert et M. Lefèvre étaient intervenus postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur les pratiques)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Pateu & Robert dirigé contre la Décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés dont la société Pateu & Robert ont enfreint les dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Pateu & Robert une sanction de 209 000 € et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE (...) aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les ententes expresses sont interdites, notamment lorsqu'elles tendent à « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse » et à « répartir les marchés » ; qu'il n'est ni contesté ni contestable, ainsi que le rappelle la Décision (points 364 et 365) : que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en oeuvre ; qu'en l'espèce, le secteur concerné par les pratiques constatées au titre des griefs d'ententes anticoncurrentielles est celui de la restauration de monuments historiques en France, sans qu'il soit besoin de définir avec précision les limites géographiques des marchés en cause ; que les requérantes reprennent, pour l'essentiel, les moyens déjà soutenus devant l'Autorité, reposant principalement sur une contestation du standard de preuve retenu dans la Décision ainsi que de la valeur probante des éléments relevés par les services d'instruction pour démontrer leur participation effective à des ententes anticoncurrentielles, sur une remise en cause de la pertinence des indices retenus pour caractériser leur participation à des ententes sur les divers marchés particuliers identifiés par la notification de griefs, sur le fait que les pratiques dénoncées ne peuvent être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues mais, tout au plus, d'ententes ponctuelles, dictées notamment par les situations et les préoccupations particulières des entreprises concernées au regard des marchés en cause ; que selon le cas, sur le fait qu'elles auraient mis en oeuvre, dans telle ou telle région, une entente régionale de répartition, en contestant, marché par marché, leur absence de participation à une pratique anticoncurrentielle (...) (p. 40) ;

QUE la société Pateu & Robert soutient, en particulier, que la reconnaissance par l'Autorité de son absence de participation à une entente régionale en Bourgogne aurait cependant également dû la conduire à rejeter le grief d'entente ponctuelle de répartition en Bourgogne sur les deux marchés de l'église Saint Michel de Dijon du 8 octobre 2001 et de l'hôtel de ville d'Autun du 20 novembre 2001 ; qu'en effet, le grief d'entente régionale en Bourgogne faisait exclusivement référence aux deux marchés précités et les éléments de preuve utilisés pour le caractériser vainement étaient strictement identiques à ceux utilisés pour le grief d'entente ponctuelle ; qu'elle se prévaut ainsi de l'absence de preuve matérielle et/ ou de faisceau d'indices précis graves et concordants de sa participation à une entente de répartition ponctuelle sur les deux marchés visés (...) (arrêt p. 40) ;

QU'en ce qui concerne les éléments de preuve généraux recueillis par l'Autorité et les éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, l'instruction a permis de mettre en évidence une série de données et d'éléments (points 39 à 43) qui ressortent, d'une part, des procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques dressés dans le cadre de la procédure pénale et des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées établis dans ce même cadre ainsi que les documents découverts dans le cadre des perquisitions effectuées au siège des sociétés dans le cadre de la procédure pénale et d'autre part des informations communiquées par les maîtres d'ouvrage ; que les procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques autorisées par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen, des responsables des sociétés M. Lefèvre, et de plusieurs agences et filiales du groupe Lefèvre (Normandie Rénovation, Léon Noël et l'agence de Giberville), Coefficient, Terh, Dagand, Quélin et Lanfry ont permis de mettre en évidence l'existence de contacts entre ces entreprises préalablement au dépôt de leurs offres dans le cadre des procédures d'attribution de marchés publics de restauration de monuments historiques ; que ces écoutes ont également permis de prendre contact avec des responsables d'autres entreprises, et notamment ceux des sociétés Charpentier PM et Chevalier Nord ; que, par ailleurs, certaines des conversations interceptées portaient sur des zones géographiques différentes des zones visées par l'information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen, qui portait uniquement sur les appels d'offres lancés par les DRAC et les collectivités territoriales de Haute-Normandie, de Basse-Normandie et de Picardie ; qu'aux termes des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées menées dans le cadre de l'enquête pénale, la plupart des dirigeants ou cadres des entreprises concernées ont reconnu l'existence de pratiques de concertation préalable au dépôt des appels d'offres dans le secteur des monuments historiques, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ; qu'ont ainsi été entendus les responsables des sociétés Lanfry, Terh, M. Lefèvre ainsi que ceux de ses filiales Lefèvre SA, Normandie Rénovation et Léon Noël, des sociétés Coefficient, Charpentier PM, Faber, Entreprise Quélin, Dagand, Entreprise Pavy, Entreprise H Chevalier Nord, Payeux, Entreprise Pradeau et Morin et Entreprise Degaine ; qu'ont également été interrogés des élus et des fonctionnaires de l'administration culturelle ou territoriale, ainsi que des architectes ; que les documents saisis au cours des perquisitions pratiquées dans les locaux des entreprises ont permis de recueillir des éléments faisant état de pratiques de concertation préalable au dépôt des offres, soit de manière générale, soit concernant des chantiers particuliers ; qu'enfin, les informations communiquées par les maîtres d'ouvrage (DRAC) ont permis de constater que certaines entreprises déposaient régulièrement des offres dans des zones géographiques dans lesquelles elles n'étaient pas implantées, sans se voir attribuer le moindre marché ; qu'au regard de ces données et de ces éléments, dont la matérialité est incontestable, la Décision était en droit de constater que les pratiques en cause étaient mises en évidence par quatre types d'éléments de preuve avec d'une part, des éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, qui sont constituées par l'existence de réunions de répartition des marchés, par la pratique des offres de couverture réciproques ainsi que par des actions de coordination et de médiation (points 45 à 67), d'autre part, des éléments spécifiques à chacune des régions concernées (points 68 à 269 auxquels la cour se réfère expressément) et qui seront le cas échéant analysés dans le cadre de l'examen des pratiques ; que concernant tout d'abord l'existence de réunions de répartition des marchés, la Décision constate :- que toutes les sociétés visées par la notification de griefs à l'exception de la société Cazenave, font partie du Groupement National des Entreprises de Restauration des Monuments historiques (ci-après « GMH ») comptant 159 adhérents dont 92 entreprises de maçonnerie et taille de pierre qui a été constitué en 1959 sous l'égide de la Fédération Française du Bâtiment,

cette instance représentative assurant notamment la liaison entre les professionnels de la restauration de monuments historiques et du patrimoine ancien et les donneurs d'ouvrages, avec des cellules régionales, dans le cadre desquelles se rencontrent les entreprises spécialisées dans la restauration des monuments historiques étant précisé que cette instance a été dirigée de 1983 à 1987 par M. A..., dirigeant de la société Lanfry et qu'elle a également été dirigée par M. G..., cadre-dirigeant du groupe Lefèvre, et M. X.. " président de la société M. Lefèvre, en a été vice-président ; que l'existence de réunions ayant pour objet la répartition des marchés publics à venir dans certaines zones géographiques données est attestée par les déclarations des dirigeants d'entreprises auditionnés au cours de la procédure pénale, ces échanges pouvant notamment avoir lieu dans le cadre des réunions des cellules régionales du GMH, ou en marge de ces réunions (points 47. 48, 49 et 50) ; que concernant ensuite la pratique des offres de couverture réciproques, la Décision observe aussi à juste titre qu'une telle pratique a été reconnue par la plupart des dirigeants au cours de leurs interrogatoires (points 51, 52 et 53 de la Décision), la Décision relevant, par surcroît, qu'au cours de la perquisition du 13 décembre 2001 dans les locaux de l'entreprise Lanfry, a ainsi été saisi (points 53 à 58 de la Décision) un cahier d'enregistrement des appels d'offres à l'occasion desquels l'entreprise avait déposé une offre de couverture, allant du 13 décembre 1993 au 31 mars 2000, tenu par M. H..., dessinateur de la société (le « cahier Lanfry ») à propos duquel MM. H... et A... ainsi que M. 1..., directeur adjoint de la société et M. L., métreur, interrogés sur ce cahier, ont reconnu que les entreprises citées dans la colonne « adjudicataire » étaient bien celles qui avaient bénéficié d'une offre de couverture de la part de l'entreprise Lanfry pour les marchés cités, étant observé que, pour la période du 12 juin 1998 au 5 avril 2000, la plupart des requérantes figurent parmi les entreprises citées dans le cahier Lanfry ; qu'en outre, le gérant de la société Coefficient, qui a été créée, gérée et est encore actuellement contrôlée par le président de la société M. Lefèvre, disposant de 5 agences-dont l'activité consiste à réaliser, à la demande de ses clients, principalement les entreprises du groupe Lefèvre (cote 2773), des études préalables, des devis et des projets architecturaux et techniques ; a reconnu que l'une des activités de l'entreprise était de préparer des offres de couverture à destination des filiales du groupe Lefèvre : il a notamment indiqué que, lorsque plusieurs filiales du groupe soumissionnent sur un même marché, la société Coefficient intervient pour élaborer leurs offres en préparant des bordereaux complémentaires sur la base des données figurant dans la bibliothèque des prix et tarifs appliqués par chacune des entreprises du groupe mise à sa disposition et la société Coefficient prépare également des offres de couverture à l'attention d'entreprises tierces ; que, concernant enfin les actions de coordination et de médiation, la Décision constate que les éléments recueillis au cours de l'enquête ont permis de démontrer que certaines entreprises telles que les sociétés M. Lefèvre ou Quélin ont été chargées de missions de coordination des répartitions de marchés : si des difficultés se présentaient pour la passation d'un accord en vue d'un marché local, ces sociétés pouvaient intervenir pour régler les conflits par le biais de négociations, de réunions ou de rencontres sur place des interlocuteurs locaux pour se mettre d'accord (p. 42 à 44) ; QU'en ce qui concerne le standard de preuve applicable en matière d'entente, la preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut résulter soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction ; que sur la méconnaissance du standard de preuve qui est reprochée à l'Autorité par certaines requérantes, contrairement à ce qui est soutenu et ainsi que le rappelle en tant que de besoin la Décision (points 369 à 374), le cas échéant même recueillie dans le cadre d'une garde à vue, la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause ; que dans la présente procédure, les

déclarations recueillies dans les procès-verbaux d'audition établis au cours de la procédure pénale, lesquels sont pleinement opposables aux entreprises requérantes, émanent des principaux responsables des entreprises mises en cause et révèlent de façon concordante l'organisation et la mise en oeuvre d'ententes dans le secteur de la restauration de monuments historiques ; qu'il est vrai que la déclaration d'un représentant d'une entreprise mise en cause pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises également mises en cause, ne peut toutefois être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve, circonstance qu'il conviendra de vérifier dans la Décision déférée au regard des moyens soulevés par les requérantes ; qu'en revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause et qu'il convient alors, comme cela a été indiqué précédemment, de rechercher si, dans la Décision, un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve issus du dossier pénal, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises incriminées, des écoutes téléphoniques ou d'autres indices matériels (...) (arrêt p. 44 et 45) ;

QU'en ce qui concerne l'articulation entre les pratiques d'ententes générales et les pratiques mises en oeuvre à l'occasion de marchés particuliers (¿) lorsque les éléments de preuve ne permettent pas d'établir la participation d'une entreprise donnée à l'entente générale de répartition régionale, il conviendra d'examiner si les pratiques mises en oeuvre par cette entreprise à l'occasion d'un marché particulier permettent de caractériser en elles-mêmes une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce sur ce marché spécifique (...) (p. 46) ;

AUX MOTIFS ENCORE QU'en ce qui concerne les pratiques mises en oeuvre en Bourgogne c'est encore par d'exacts motifs que la Décision a jugé (points 545, 546 et 547) que les éléments recueillis établissent l'existence de concertations entre les sociétés Pateu & Robert et M. Lefèvre, dans le but de se répartir les marchés de l'église Saint Michel de Dijon (8 octobre 2001) et de l'hôtel de ville d'Autun (20 novembre 2001) en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'en effet, les éléments relevés dans la Décision (point 229 auquel la cour se réfère expressément) permettent d'établir l'existence d'échanges téléphoniques interceptés entre MM. A... (Pateu & Robert) et H... (M. Lefèvre) en vue de l'attribution des marchés concernés ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'identification du dirigeant de Pateu & Robert comme étant l'une des parties à la conversation téléphonique interceptée par les enquêteurs ne peut être remise en cause dès lors qu'au début de la conversation, l'un d'eux se présente en indiquant : « C'est A... » et qu'au cours de son audition, M. Hublet a confirmé avoir eu une conversation avec le dirigeant de Pateu & Robert ; que s'il est vrai que ces échanges sont intervenus les 9 et 14 novembre 2001, postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001, ils avaient toutefois, pour objet d'obtenir de la société Pateu & Robert, qui avait déposé une offre plus intéressante, qu'elle se retire du marché au profit de la société Jacquet, filiale de M. Lefèvre, en échange de l'attribution du marché de l'hôtel de ville d'Autun : les écoutes montrent que la société Pateu et Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis (p. 59 et 60) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE les éléments relevés s'agissant de la région Bourgogne reposent sur les écoutes téléphoniques de conversations entre M. 7 ¿, dirigeant de la société Pateu & Robert, et M. E..., cadre-dirigeant du groupe M. Lefèvre. Au cours d'une conversation téléphonique intervenue le 9 novembre 2001 (cote 1569 et s.), M. E... discute avec son concurrent du niveau des offres déposées par la filiale de M. Lefèvre mais aussi par les autres entreprises de la région pour l'attribution du marché de l'église Saint-Michel

de Dijon. Il propose de laisser à l'entreprise Jacquet (Lefèvre) le marché de Saint-Michel à Dijon, en échange du marché de l'hôtel de ville d'Autun : « si tu peux avoir Autun et que Jacquet garde Saint Michel, ce sera parfait pour l'avenir » (cote 1570). Cette conversation téléphonique intervient après le dépôt des offres pour le marché de Saint-Michel à Dijon et les intéressés essaient de trouver les moyens de « rattraper » une erreur plaçant Pateu & Robert en meilleure position que Lefèvre pour ce chantier. Au cours d'une conversation téléphonique intervenue le 14 novembre 2001, M. 7... rend compte à M. E... des démarches entreprises auprès du maître d'ouvrage pour se retirer du chantier, motif pris d'une erreur commise sur les prix de la fourniture de pierres (cote 1576). Au cours d'une audition, M. E... (Lefèvre) explique à ce sujet : « à l'issue de la consultation, Jacquet Lefèvre était 3ème en dessous de l'enveloppe. J'ai eu des contacts avec 7... (Pateu et Robert) pour que les entreprises situées devant moi fassent en sorte que je puisse remporter ce marché. Dans ces conversations, je fais un inventaire des arguments que ces entreprises pourraient mettre en avant pour s'éliminer (...) Au final, Pateu et Robert s'est manifesté dans un premier temps auprès du maître d'ouvrage pour se désister. Puis peu de temps après, il s'est remis sur les rangs et je n'ai pas eu le marché » (cote 2852) (...) (att. 229) ; que sur les pratiques mises en oeuvre en Bourgogne, en ce qui concerne la région Bourgogne, le grief notifié aux sociétés M. Lefèvre et Pateu & Robert vise une entente portant sur les marchés de l'église Saint Michel de Dijon (8 octobre 2001) et de l'hôtel de ville d'Autun (20 novembre 2001) ; que les éléments relevés au point 229 montrent l'existence d'échanges téléphoniques interceptés entre MM. 7... (Pateu & Robert) et E... (M. Lefèvre) en vue de l'attribution des marchés concernés. Ces échanges sont intervenus les 9 et 14 novembre 2001, postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001. Toutefois, ils avaient pour objet d'obtenir de la société Pateu & Robert, qui avait déposé une offre plus intéressante, qu'elle se retire du marché au profit de la société Jacquet, filiale de M. Lefèvre, en échange de l'attribution du marché de l'hôtel de ville d'Autun. Les écoutes montrent que la société Pateu & Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis ; que les éléments recueillis établissent l'existence de concertations entre les sociétés Pateu & Robert et M. Lefèvre, dans le but de se répartir les marchés de l'église Saint Michel de Dijon et de l'hôtel de ville d'Autun, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (¿) (att. 545 à 547) ;

1°) ALORS QUE l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; que si la preuve d'une entente peut être rapportée par un faisceau d'indices précis graves et concordants encore faut-il démontrer non seulement que les entreprises mises en cause se sont concertées mais encore que l'accord intervenu a effectivement été mis en oeuvre et respecté par les parties ; qu'en considérant qu'il était établi que la société Pateu & Robert avait participé à une entente sur les marchés de l'Eglise Saint-Michel de Dijon et de l'Hôtel de ville d'Autun en octobre et novembre 2001, bien qu'il résulte des propres constatations de l'Autorité de la concurrence expressément adoptées que la société Pateu & Robert n'a in fine pas retiré son offre sur le marché de l'Eglise Saint Michel de Dijon dont elle a été déclarée attributaire et n'a ainsi pas respecté les termes de la concertation prétendument établie, la cour d'appel a violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; que si la preuve d'une entente peut être rapportée par un faisceau d'indices précis graves et concordants encore faut il démontrer non seulement que les entreprises mises en cause se sont concertées mais encore que l'accord intervenu a

effectivement été mis en oeuvre et respecté par les parties ; qu'en déduisant l'existence d'une entente de la seule intention prétendue de la société Pateu & Robert de renoncer au marché de l'Eglise Saint-Michel de Dijon, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir l'existence d'une entente, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'une entente entre entreprises n'est caractérisée qu'à la condition de démontrer qu'un échange d'informations a eu lieu avant le dépôt des offres en vue de se répartir les marchés ; qu'en reprochant à la société Pateu & Robert d'avoir participé à une entente sur les marchés de l'Eglise Saint-Michel de Dijon et de l'Hôtel de ville d'Autun, après avoir expressément admis que les échanges d'informations opposés à la société Pateu & Robert sont postérieurs au dépôt des offres pour le marché de l'Eglise Saint-Michel de Dijon, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L 420-1 du code de commerce ;

4°) ALORS EN TOUT ETAT DE CAUSE QU'en se bornant à adopter expressément la motivation de la décision déferée ayant retenu que les écoutes téléphoniques montrent que la société Pateu & Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis, sans rechercher comme elle y avait été invitée s'il ne résultait pas d'une lettre de la direction des marchés publics de la ville de Dijon adressée au Conseil de la concurrence que les échanges entre Pateu et Robert et la DRAC avaient en réalité été initiés par la DRAC elle-même, qui lui demandé de lui fournir un sous-détail de prix relatif à la fourniture, la taille et la pose de pierre qu'elle jugeait anormalement bas, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE pour confirmer le jugement déferé, les juges du second degré ne peuvent pas se borner à adopter les motifs pertinents des premiers juges, sans analyser fût-ce sommairement, les nouveaux moyens de fait et de droit développés par l'appelant ; qu'en se bornant à confirmer la décision déferée sur les ententes en Bourgogne reprochées à la société Pateu & Robert par une seule adoption expresse de la motivation de celle-ci, sans procéder à la moindre analyse des pièces et des conclusions précises et détaillées de la société Pateu & Robert expliquant en quoi la décision de l'Autorité de la concurrence devait être réformée en fait et en droit et développant notamment des moyens nouveaux nés de la décision déferée, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile qu'elle a ainsi violé.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Pateu & Robert dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques lui ayant infligé une sanction de 209 000 €, avant d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur le montant maximum des sanctions, qu'il convient de rappeler que le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après la « loi NRE ») prévoit que « si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos, depuis l'exercice précédant celui au cours duquel/ es pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » (...) (p. 60 et 61) : que la société Pateu et Robert reproche aussi à la Décision déferée d'avoir fait une appréciation erronée

des critères de détermination des sanctions en ne prenant pas exactement en compte la gravité des pratiques, dans la mesure où, au rebours de ce que retient la Décision, elle n'a pas été condamnée pour un grief d'entente régionale mais uniquement au titre d'une prétendue entente, qui ne peut être qualifiée de particulièrement grave, de répartition sur deux marchés, tous les deux situés dans la même région, sur une période inférieure à deux mois et alors que le rôle actif des ACMH dans les pratiques alléguées aurait pourtant dû conduire à une réduction des sanctions, en n'évaluant pas correctement l'importance du dommage causé à l'économie qui doit être rapportée aux montants relativement faibles des marchés concernés, en ne prenant pas non plus en compte la durée excessive de la procédure qui aurait pourtant dû conduire à minorer la sanction, en se fondant à tort sur le chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos et en refusant de prendre en considération le fait que l'activité de restauration des monuments historiques, dont elle se plaint également à souligner les graves difficultés depuis plusieurs années, ne représentait qu'une partie de son chiffre d'affaires, alors pourtant qu'elle avait communiqué des données pertinentes et complètes (...) (p. 64) ;

QUE sur les critères de détermination des sanctions, en ce qui concerne l'ancienneté des faits et la durée de la procédure ne constituent pas des motifs de réduction de la sanction dont les critères de détermination doivent être recherchés, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, au regard de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation individuelle des entreprises ; que le moyen sera écarté ; qu'en ce qui concerne la gravité des pratiques sous couvert de moyens tendant à contester la gravité des faits, dont l'appréciation doit être opérée par l'Autorité dans le cadre de la détermination des sanctions applicables, les sociétés Degaine, Pavy, Pateu & Robert et Bodin contestent ou cherchent à minimiser leur participation aux ententes qui, comme cela a été dit dans les développements qui précèdent sur les pratiques, a été exactement caractérisée pour chacune des entreprises mises en cause par l'Autorité ; qu'à ce stade, il n'y a pas lieu non plus d'analyser à nouveau les incidences de la procédure pénale sur la Décision de l'Autorité ; qu'il suffit de rappeler, concernant tout d'abord la nature et la portée des pratiques en cause, qu'il est constant que l'ensemble des ententes en cause portent sur des marchés publics d'appels d'offres, que les pratiques relevées en Aquitaine, en Ile-de-France, en Bourgogne et dans le Nord-Pas-de-Calais portent sur des concertations et échanges d'informations des entreprises avant le dépôt des offres ; que les éléments relevés dans les régions Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie ont permis d'établir, dans ces trois régions, l'existence d'ententes organisées à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et visant à se répartir les marchés publics lancés pour la restauration des monuments historiques situés sur ces territoires et à simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage ; que ces ententes régionales ont été mises en oeuvre au moyen de concertations et échanges d'informations répétés, intervenant à l'occasion des appels d'offres particuliers, et par la présentation à titre habituel d'offres de couverture au profit des entreprises concurrentes ; qu'ainsi que le rappelle la Décision (points 632. 634 et 635) la restauration de monuments historiques étant presque exclusivement subordonnée à l'engagement de procédures de mise en concurrence publiques, les entreprises actives dans ce secteur, ce qui est le cas des requérantes, sont nécessairement habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et ne peuvent dès lors prétendre ignorer ou encore, comme le font certaines requérantes, minimiser le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres ; que les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les

entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'au contraire, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ; que les ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie sont d'autant plus graves qu'elles ont pris la forme d'un véritable système de partage des marchés au niveau régional et qu'il ne fait pas de doute que la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ; que, concernant ensuite l'étendue des pratiques, il est également acquis (points 636, 637 et 638) que les ententes ont regroupé les principales entreprises actives dans le secteur de la restauration des monuments historiques, étant observé que la généralisation des pratiques anticoncurrentielles est également illustrée par le fait que les nouveaux acteurs étaient invités à rejoindre l'entente existante au niveau régional (point 171 de la Décision) ; que, par ailleurs, s'agissant des trois régions dans lesquelles une entente de répartition a pu être établie, le comportement des entreprises mises en cause ne s'est pas limité à quelques appels d'offres, comme en témoigne le nombre très important des marchés sur lesquels des pratiques de concertation préalable ont pu être identifiées ; que le volume très élevé des appels d'offres en cause témoigne de la mise en place, dans chaque région concernée, de véritables systèmes de partage des marchés et de pactes de non-agression de large portée ; que, de manière générale, les accords de répartition mis en oeuvre en Haute-Normandie, en Basse-Normandie et en Picardie, et les concertations à l'occasion d'appels d'offres particuliers mises en oeuvre en Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne et Nord-Pas-de-Calais, qui ont été relevées dans le cadre de la présente affaire mettent en évidence la vaste étendue du territoire concerné par les pratiques d'ententes sur appels d'offres mises en oeuvre par les entreprises du secteur des monuments historiques au cours de la période en cause ; que, concernant enfin la durée des pratiques, il est également avéré qu'en ce qui concerne les trois ententes régionales de répartition des marchés, qui constituent chacune une infraction continue, les pratiques ont été mises en oeuvre pendant une longue période, les éléments relevés au cours de l'instruction ayant permis de démontrer des échanges depuis au moins avril 1997 s'agissant de la Haute-Normandie, décembre 1997 s'agissant de la Basse-Normandie et février 1998 s'agissant de la Picardie et que ces pratiques ont pris fin au plus tôt en février 2002 s'agissant des deux premières ententes, et en octobre 2001 s'agissant de la dernière (point 639 de la Décision) ; qu'il n'a été mis fin aux ententes qu'à la suite des perquisitions des locaux des entreprises et de l'audition de leurs dirigeants dans le cadre de l'Information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen en septembre 2001 (point 641 de la Décision) ; que c'est à tort que certaines requérantes imputent aux autorités publiques, maîtres d'oeuvre ou maîtres d'ouvrage, un rôle actif sinon décisif, dans l'élaboration et la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles alléguées en se référant pour l'essentiel, soit à des comportements individuels relatés par le rapport d'enquête des services de la DGCCRF, qui fait état de l'existence, pour certains marchés, de rapports étroits entre des personnes liées à la maîtrise d'oeuvre ou d'ouvrage et l'entreprise déclarée attributaire des travaux, susceptibles de caractériser une forme de « complicité » dans la mise en oeuvre des ententes anticoncurrentielles, soit à leur souhait d'attribuer les marchés de restauration à l'entreprise intervenant habituellement sur le monument concerné, au motif que sa connaissance du bâtiment constituerait une garantie de qualité ; qu'en effet ainsi que le relève la Décision (points 643, 645 et 646), l'ordonnance du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen du 15 décembre 1999 conclut au non lieu en ce qui concerne les agissements qui avaient été

reprochés aux représentants des autorités publiques dans le cadre de l'information judiciaire ouverte en 2001 ; que, pas davantage que devant l'Autorité les requérantes ne font état d'autre élément circonstancié permettant d'établir l'encouragement des autorités publiques dans la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles en litige, un comportement qui, au demeurant, en l'absence de contrainte irrésistible, ne pourrait être pris en compte pour modérer la gravité des pratiques en cause dès lors que les entreprises concernées, habituées à répondre à de nombreux appels d'offres, ne pouvaient en ignorer le caractère illicite (p. 66 à 68) ;

QU'en ce qui concerne l'importance du dommage causé à l'économie contrairement à ce que soutiennent ou sous-entendent certaines requérantes, l'Autorité de la concurrence est en droit, ainsi que le rappelle la Décision (points 647, 648 et 649), de procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage à l'économie, comme de la gravité des pratiques, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques, ce qu'il appartiendra à la cour d'apprécier ci-après ; que s'agissant spécialement d'ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, il ne peut non plus être sérieusement contesté que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, de telles pratiques affectent le principe même de l'appel d'offres qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'enfin, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie ; qu'au cas d'espèce, s'agissant en premier lieu des ententes de répartition régionale des marchés, la Décision a, par d'exactes motifs (points 650 à 679), que la cour adopte, caractérisé l'importance du dommage à l'économie ; qu'il suffit de rappeler que, pour parvenir à de telles conclusions, la Décision s'est exactement référée à une série de constatations qui ne sont pas remises en cause par les éléments mis en exergue par les requérantes et qui procèdent de la taille et de la part des marchés affectés. Les pratiques continues d'ententes de répartition des marchés, qui ont été mises en oeuvre dans trois régions, la Haute-Normandie, la Basse-Normandie et la Picardie ont porté sur la quasitotalité des marchés régionaux affectés, dès lors que les participants à l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie détenaient la quasi-totalité du marché en cause et que les membres des ententes mises en oeuvre en Basse-Normandie et en Picardie détenaient ensemble plus de 90 % des parts des marchés concernés, de la durée des pratiques : les trois ententes régionales de répartition des marchés ont été mises en oeuvre pendant une période continue, égale à près de cinq ans pour l'entente en Haute-Normandie (avril 1997 à février 2002), plus de quatre ans pour l'entente en Basse-Normandie et près de quatre ans pour l'entente en Picardie (février 1998 à octobre 2001), si bien que les ententes ont causé un dommage important au secteur de la restauration des monuments historiques durant la période considérée, et plus largement à l'économie, les clients des mises en cause étant principalement des services de l'Etat et des collectivités territoriales ; que la Décision s'est également référée à juste titre de l'étude des conséquences conjoncturelles et/ ou structurelles des pratiques qui se manifestent tant par un cloisonnement des marchés que par une augmentation des prix résultant de la mise en oeuvre des ententes, que sur le cloisonnement des marchés, la Décision se réfère utilement et suffisamment aux éléments relevés au cours de l'instruction qui établissent que les ententes régionales avaient pour effet de figer les parts de marchés et de prévenir l'entrée d'entreprises « extérieures » sur chacun des marchés régionaux concernés, l'éclatement des ententes s'étant traduit a contrario par une animation du jeu concurrentiel entre les membres des ententes, ce que confirment les déclarations des représentants des DRAC de Haute-Normandie et de Picardie, qui, interrogés au cours de l'instruction pénale, ont indiqué avoir constaté au cours de l'année

2002 l'arrivée dans leur région d'entreprises nouvelles, déposant des offres compétitives par rapport aux entreprises locales dites « historiques », à l'existence de zones géographiques et de monuments « réservés » à une entreprise particulière, tel que le Mont Saint Michel pour l'entreprise Degaine ; que, selon les indications des représentants des DRAC auditionnés, l'éclatement des ententes s'est traduit par le changement des titulaires habituels des marchés pour certains édifices ; que, sur l'augmentation des prix résultant de la mise en oeuvre des ententes, que la Décision, après avoir relevé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que l'entente en cause s'est effectivement traduite, en l'espèce, par une élévation des prix, a justement estimé que les éléments concordants relevés au cours de l'instruction permettent toutefois d'établir que les pratiques en cause ont eu un important effet haussier sur les prix des marchés d'appels d'offres pour la restauration de monuments historiques dans les trois régions concernées ; que la Décision retient exactement, à titre liminaire, qu'il importe peu que, contrairement à ce que soutiennent encore et en vain les requérantes, l'offre retenue par le maître d'ouvrage soit d'un montant inférieur à l'estimation de l'administration, seul le fonctionnement normal de la concurrence et l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents étant en effet de nature à garantir l'obtention du juste prix ; que, pour le surplus, la cour se réfère purement et simplement, en ce qui concerne la hausse des prix après la cessation des ententes aux constatations et appréciations opérées par la Décision (points 658 à 669) sur la différence observée entre les prix des marchés attribués et les estimations des maîtres d'oeuvre avant et après l'éclatement des ententes ainsi qu'aux explications données, qui répondaient déjà aux objections des requérantes, sur la méthode retenue par les services de l'Autorité qui ont eux-mêmes rectifié les calculs présentés au rapport administratif d'enquête et au rapport de l'IGAAC, aux constatations opérées par les services de l'Autorité (points 673 à 676 de la Décision) à partir d'un rapport de l'IGAAC qui, sur ce point, démontre une baisse des prix unitaires des prestations fournies par certaines entreprises à partir de 2002 ; que c'est à tort que les requérantes maintiennent que la baisse des prix constatée ne s'expliquerait pas uniquement par la cessation des pratiques, compte tenu notamment du contexte de crise du secteur de la restauration des monuments historiques lié à la diminution des crédits publics depuis 2002, dès lors, qu'à l'opposé, ainsi que l'a précisé la Décision (point 678) le volume des marchés remportés par les entreprises ayant fait l'objet de l'étude de l'IGAAC est resté stable au cours de la période concernée (26, 3 millions d'euros, contre 27, 8 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 1999 à 2001, et 26, 8 millions d'euros, contre 35 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 2002 à 2004) ; que le représentant de la DRAC de Basse-Normandie relève une augmentation du volume des travaux programmés à partir de 2001 les autorisations d'engagement et les crédits de paiement ayant augmenté respectivement de 22, 5 % et 36, 5 % en 2002 ; s'agissant de la Haute-Normandie, les représentants de la DRAC indiquent seulement l'existence d'un gel ponctuel des crédits au moment de l'élection présidentielle de 2002, ceux-ci ayant ensuite été réaffectés à cette direction et de même, selon un rapport de la commission des affaires culturelles du Sénat, les crédits consommés consacrés aux monuments historiques sont passés au niveau national de 314 à 367 millions d'euros entre 2000 et 2004, étant demeurés stables autour de 330 millions d'euros en 2001 et 2002 ; qu'au regard de ces éléments, l'Autorité qui, comme il a été dit, n'était pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, était en droit de conclure que contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la hausse des prix liée à la mise en oeuvre des ententes régionales a eu pour probable effet de freiner le lancement de chantiers de restauration de monuments historiques appartenant au patrimoine culturel national en rappelant utilement les appréciations du représentant de la DRAC de Haute-Normandie aux termes desquelles la baisse des prix consécutive à l'éclatement de l'entente dans cette région avait permis de dégager des crédits pour engager de nouvelles opérations de restauration,

qui n'auraient, sans ces reliquats, pas trouvé de financement à court terme ; que s'agissant en second lieu des ententes ponctuelles sur appels d'offres, la Décision, après avoir utilement rappelé que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre les entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, de telles pratiques affectant en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants, le dommage à l'économie peut, en l'espèce être apprécié notamment au regard du montant des marchés attribués, d'une part, et de la part des auteurs des ententes anticoncurrentielles sur le marché, d'autre part ; qu'il résulte des constatations de l'Autorité sur ces points, auxquelles la cour se réfère purement, et simplement, que c'est par d'exactes motifs (points 680 à 684) que la Décision a jugé que les ententes ponctuelles sur appels d'offres se sont traduites par un dommage non négligeable à l'économie (p. 68 à 70) ;

QU'en ce qui concerne la prise en compte de la situation individuelle des entreprises (...) que sur la durée de la participation de chacune des entreprises aux ententes régionales, durée que certaines requérantes tentent de minimiser, qu'il suffit de se référer aux développements qui précèdent concernant la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles, sauf à rappeler que l'Autorité a tenu compte (point 697 de la Décision) des différences de durée de participation pour l'appréciation de la sanction infligée aux entreprises ; que tel est le cas de la société EGL à propos de laquelle la Décision relève, au titre de l'appréciation de sa situation individuelle, qu'elle s'est temporairement écartée des ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie et en Picardie, entre octobre 1999 et décembre 2000 pour la première entente, et au cours des mois de mars à mai 2000 pour la seconde, abstention temporaire qui a été prise en considération dans le cadre du calcul de la sanction qui lui a été infligée ; qu'enfin, sur l'existence d'un groupe, la Décision rappelle à bon droit (points 698 à 702) que l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction ; qu'en effet, l'article L 464-2 du code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier et que, ainsi que le rappelle la Décision, l'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puissante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise ; que, dès lors, la société Pradeau et Morin invoque vainement le fait que son appartenance au groupe Eiffage n'a joué aucun rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui est imputé dès lors que, même en la supposant avérée, cette situation ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité tienne compte du fait que l'entreprise à laquelle elle impute l'infraction appartient à un groupe jouissant d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs, ce qui est le cas en l'espèce du groupe Eiffage qui dispose, ce qui n'est pas contesté, de ressources globales considérablement plus importantes que celles des autres acteurs des ententes ; que cette conclusion vaut pour les autres entreprises se trouvant dans une situation comparable, sur ce point, à celle de Pradeau et Morin, à savoir Degaine et Pateu & Robert qui appartiennent toutes deux au groupe Vinci (arrêt p. 71) ;

QUE sur le montant des sanctions, en ce qui concerne la méthode de détermination des sanctions, sur l'assiette servant de calcul du montant des sanctions, la Décision a rappelé à bon droit que la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de concurrence, dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de

l'infraction ; qu'alors qu'il est acquis qu'aucune des entreprises requérantes ne réalise la totalité de son chiffre d'affaires dans le secteur concerné de la restauration des monuments historiques, la Décision relève cependant que cette référence ne pouvait être retenue au cas d'espèce comme montant de base des sanctions infligées, faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant ; que la Décision observe, à cet égard, que les entreprises, invitées en séance à communiquer les éléments relatifs à la proportion de leur chiffre d'affaires en rapport avec leur activité dans le secteur de la restauration des monuments historiques, réalisé au cours de la période de commission des pratiques sur les marchés affectés par celles-ci, n'ont, pour la plupart d'entre elles, pas fourni de données pertinentes, complètes et justifiées ; que, par ailleurs, certaines d'entre elles n'ont fourni aucun élément sur ce point ; que c'est dans ces conditions que l'Autorité estimant ne pas disposer de données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes, a décidé d'utiliser le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises comme base pour déterminer le montant des sanctions ; qu'au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef de l'assiette de calcul du montant des sanctions retenue par l'Autorité. la plupart des requérantes n'ont pas communiqué à la cour de données répondant aux exigences définies par l'Autorité et approuvées par la cour ; qu'en effet, les sociétés Entreprise H Chevalier Nord, EGL, Charpentier PM, Pateu & Robert, Société Nouvelle Bodin et Terh Monuments Historiques persistent à se référer selon le cas, aux données brutes établies par elles dont l'authenticité n'a pu être vérifiée faute de pièces justificatives ou de certification et qui, par surcroît, ne portaient pas sur le même type de marchés-clientèle publique ou publique ou privée-ou en ce qui concerne spécialement Charpentier PM et Pateu & Robert-sur une période postérieure aux pratiques en cause (...) ; que dès lors, que concernant ces sociétés, la Décision (point 716), était fondée à retenir le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause, en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties, la Décision expliquant que le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise a été plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction (...) (arrêt p. 72 et 73) ; QU'eu égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause les moyens et justificatifs avancés par les requérantes, à l'exception de Pradeau et Morin et de Terh Monuments Historiques ne conduisent pas la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité à la société Pateu & Robert (points 758 et 759 de la Décision) (arrêt p. 74)

ET AUX MOTIFS ENFIN QU'il est vrai que si ces échanges sont intervenus les 9 et 14 novembre 2001, postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001, ils avaient toutefois, pour objet d'obtenir de la société Pateu & Robert, qui avait déposé une offre plus intéressante, qu'elle se retire du marché au profit de la société Jacquet, filiale de M. Lefèvre, en échange de l'attribution du marché de l'hôtel de ville d'Autun : les écoutes montrent que la société Pateu et Robert est effectivement intervenue auprès du maître d'ouvrage pour faire état de son intention de renoncer au marché au motif d'une erreur dans le calcul du prix du devis (p 60) ;

1°) ALORS QUE l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit le prononcé de sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux ; qu'en retenant, pour infliger une sanction pécuniaire de 209. 000 euros à la société Pateu & Robert l'exercice clos à la date de la décision du l'Autorité de la concurrence, et non celui clos à la date des faits en cause, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé ;

2°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, le tout de façon motivée pour chaque sanction ; que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète des effets de chaque pratique incriminée ; qu'en affirmant au contraire que « les pratiques d'ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature » et que l'Autorité de la concurrence est en droit de procéder à une approche globale de la gravité des pratiques, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en affirmant que l'Autorité de la concurrence est en droit de procéder à une approche globale de la gravité des pratiques, après avoir constaté que lorsque les pratiques ne sont reprochées à une entreprise qu'à l'occasion d'un marché particulier, il convient d'examiner l'entente éventuellement constituée « sur ce marché spécifique », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en déduisant la gravité des pratiques imputées à la société Pateu & Robert des ententes régionales de longue durée ou d'ententes sur un marché particulier auxquelles cette société est toujours demeurée étrangère, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en retenant, pour considérer que les pratiques imputées notamment à la société Pateu & Robert étaient particulièrement graves que celles « relevées en Bourgogne portent sur des concertations et échanges d'informations des entreprises avant le dépôt des offres, après avoir expressément admis que les échanges entre les sociétés Pateu & Robert et Lefèvre étaient intervenus postérieurement à la date limite de dépôt des offres pour le marché de l'église Saint Michel de Dijon fixée au 8 octobre 2001 », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que le dommage à l'économie peut être apprécié globalement ou encore que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en appréciant le dommage à l'économie des pratiques reprochées à la société Pateu & Robert limitées à deux appels d'offres ayant eu lieu en Bourgogne sur une période de deux mois seulement, en fonction des ententes régionales constatées ailleurs sur une longue période auxquelles la société Pateu & Robert étaient totalement étrangères, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

8°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, le tout de façon motivée pour chaque sanction ; qu'en érigeant la durée des ententes régionales en un critère d'individualisation de la sanction infligée à la société Pateu & Robert, quand il n'a jamais été reproché à la société Pateu & Robert d'avoir participé à l'une de ces ententes régionales, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

9°) ALORS QU'en se bornant à retenir pour individualiser la sanction infligée à la société

Pateu & Robert que toutes les entreprises appartenant à un groupe doivent être traitées à l'identique, la cour d'appel qui a statué par un motif impropre à établir l'individualisation de la sanction prononcée à l'encontre de la société Pateu & Robert a, privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.

Moyens produits au pourvoi n° E 12-27. 698 par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Degaine.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (prescription)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Degaine dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés, dont la société Degaine, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Degaine une sanction de 536. 000 €, et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE sur la prescription, aux termes de l'article L. 462 -7 du code de commerce :- dans sa rédaction en vigueur du 21 septembre 2000 au 5 novembre 2004, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ; - dans sa version en vigueur du 5 novembre 2004 au 15 novembre 2008, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ; - dans sa version actuellement en vigueur issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 : « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence. Toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci » ; que l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 comporte les dispositions transitoires suivantes : « (...) II. La validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis. III. (...) l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date. Le collège de l'Autorité de la concurrence est substitué au collège du Conseil de la concurrence pour l'examen de ces affaires, y compris pour les affaires en délibéré » ; que la société Degaine maintient qu'en application de l'article L. 462-7 du Code de commerce, la prescription décennale est acquise à la date de la Décision du 26 janvier 2011 pour les marchés antérieurs au 21 août 2000 (...) (arrêt p. 26 et 27) ;

QUE cependant, s'il est vrai que le 3ème alinéa de l'article L. 462-7 du code de commerce dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008 dispose que la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité ait statué sur celles-ci, il n'en demeure pas moins que les nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en conformité avec ces principes, les dispositions transitoires fixées par le II et le III de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 prévoient :- que la validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité

de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis,- que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette même date ; qu'en l'espèce, la notification des griefs ayant été adressée aux entreprises poursuivies le 16 décembre 2008, soit antérieurement à la première réunion de l'Autorité, qui a eu lieu en mars 2009, la prescription décennale instituée par l'article L. 462-7 alinéa 3 du code de commerce n'était, en application des principes susrappelés, pas applicable aux pratiques sanctionnées qui restent soumises à la seule prescription triennale s'agissant de la période antérieure au 6 novembre 2004 ou quinquennale à compter de cette date ; que, concernant l'appréciation de l'interruption de la prescription intervenue dans la présente procédure, s'il est acquis que les dispositions du 2ème alinéa de l'article L. 462 - 7 du code de commerce ne sont pas applicables dans la présente procédure, il n'en demeure pas moins, ainsi que l'a rappelé la Décision (point 299), que la règle en vertu de laquelle les actes interruptifs de la prescription de l'action publique sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence était également applicable aux actes interruptifs antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, nonobstant l'absence de disposition expresse alors en vigueur ; qu'il en est ainsi, en effet, dès lors que l'élément matériel du délit pénal prévu par l'article L. 420-6 du code du commerce, qui réprime le fait pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, étant défini par renvoi aux dispositions de ces articles, qui définissent les pratiques anticoncurrentielles prohibées pouvant faire l'objet de sanctions prononcées contre les entreprises par le Conseil devenu Autorité, les actes interruptifs de la prescription de l'action publique exercée en application de l'article L. 420-6 interrompent également la prescription de l'action devant le Conseil portant sur les mêmes faits ; qu'il résulte de ce qui précède que les actes interruptifs de prescription, dans le cadre de la procédure pénale une information judiciaire ouverte le 24 septembre 2001 devant le tribunal de grande instance de Rouen, sont également interruptifs de la prescription dans la présente affaire ; que, ainsi que l'a rappelé la Décision (point 301), 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 pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité ; qu'au cas d'espèce, il résulte du dossier, et il est utilement rappelé par la Décision (point 302) : que les pratiques visées dans la présente affaire concernent des accords de répartition de marchés et des concertations préalables à des appels d'offres, qui ont tous pour objet de faire obstacle à la concurrence par les prix sur un ensemble de marchés publics dans le secteur de la restauration des monuments historiques ; - qu'ainsi, ces pratiques présentent entre elles des liens étroits caractérisant leur connexité ; - que, partant, l'effet interruptif des actes effectués dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen se produit à l'égard de l'ensemble des entreprises concernées par la procédure devant l'Autorité de la concurrence et pour l'ensemble des faits visés par la notification de griefs ; que sur la computation du point de départ du délai de la prescription, d'une durée de trois ans aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 qui a porté ce délai à cinq ans, que, ainsi que l'a constaté la Décision (points 304 à 306) pour décider que les pratiques en cause en l'espèce, qui ont pris fin après le 6 avril 1998 ne sont pas prescrites :- entre le 6 avril 2001 et le 6 novembre 2004, date d'entrée en vigueur du nouveau régime de prescription quinquennale, des actes interruptifs de la

prescription sont intervenus à une fréquence inférieure à 3 ans ; - entre le 6 novembre 2004 et les 18 mai 2005 et 12 novembre 2007, dates des saisines du Conseil de la concurrence, des actes interruptifs de la prescription sont intervenus à une fréquence inférieure à 5 ans ; qu'en effet le délai de prescription a été interrompu par l'audition de M...., représentant de la DRAC de Rouen, dans le cadre de l'enquête ouverte par les services de la DGCCRF ayant pour objet « la vérification du respect des dispositions des titres II et IV du livre IV du code de commerce dans le secteur de la rénovation et de l'entretien des monuments historiques », en date du 6 avril 2001 (cf. procès-verbal d'audition, cotes 86 à 88) ; - que constituent également des actes ayant interrompu la prescription, car tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques d'ententes dénoncées, les actes subséquents de l'enquête de la DGCCRF, de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen, puis de l'instruction des services du Conseil de la concurrence, à savoir : la visite des locaux de la société Normandie Rénovation en date du 12 juin 2001 effectuée en application des dispositions de l'article L. 450-3 du code de commerce (cote 469), le réquisitoire introductif d'ouverture d'information judiciaire et la commission rogatoire du 24 septembre 2001 (cotes 1308 et 1310), les procès-verbaux de garde à vue et des interrogatoires de première comparution, ainsi que les transcriptions d'écoutes téléphoniques qui ont pris place au cours des années 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005 (cotes 1419 à 6422), la saisine de la société GAR Rénovation en date du 18 mai 2005, l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel de Rouen du 8 septembre 2006 (cotes 3 à 51, dossier 07/0087 F) ; la saisine d'office du Conseil de la concurrence du 12 novembre 2007 et la saisine du ministre en charge de l'économie en date du 19 novembre 2007 ; que, dès lors, le moyen tiré de la prescription doit être écarté (arrêt p. 28 à 30) ;

ALORS QUE les lois relatives à la procédure sont d'application immédiate ; que si les nouvelles dispositions de l'article L. 462-7 du code de commerce, instaurées par l'ordonnance du 13 novembre 2008, selon lesquelles la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci, ne peuvent pas priver d'effet une décision de l'Autorité de la concurrence rendue plus de dix ans après la cessation des pratiques avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la prescription décennale est, en revanche, immédiatement applicable dans toutes les procédures en cours au 13 novembre 2008 dans lesquelles l'Autorité de la concurrence n'a pas encore statué : qu'en refusant d'appliquer la prescription aux pratiques ayant cessé depuis plus de 10 ans avant la décision de l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 2 du code de procédure civile, ensemble l'article L. 462-7 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (durée de la procédure)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Degaine dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés, dont la société Degaine, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Degaine une sanction de 536. 000 €, et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais, dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics, un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE sur la durée de la procédure, le délai raisonnable prescrit par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire, et que la sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de la concurrence de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire,

devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre (¿) (arrêt p. 30) ;

QUE la société Degaine demande également à la Cour d'annuler la Décision au motif qu'elle a, en raison de l'ancienneté des faits, été irrémédiablement privée de la possibilité de se défendre utilement, malgré les diligences mises en oeuvre, n'ayant été informée de sa mise en cause au titre de la procédure pénale qu'en mars 2003, soit près de quatre ans après la date limite de dépôt des offres au titre des marchés les plus anciens ; qu'à cet égard, la requérante fait valoir que c'est à tort que l'Autorité lui oppose que, dès cette date, elle était en mesure de sauvegarder les éléments de preuves utiles, dès lors qu'elle ne disposait plus des documents relatifs aux marchés qui ont entraîné sa mise en cause, marchés qui, pour les plus anciens, dataient de 1999 et alors, par surcroît, que les éléments figurant au dossier pour les marchés concernés sont parcellaires ; que la requérante souligne, enfin, qu'en tout état de cause, ses démarches en vue d'obtenir des documents complémentaires sur les marchés visés par la notification de griefs et le rapport auprès de la DRAC de Basse-Normandie sont restées vaines (¿) (arrêt p. 31, alinéa 3) ;

QUE si la durée de la procédure, phase non contradictoire comprise, s'est, en effet, élevée à huit ans, force est cependant de constater que ce délai doit, au cas d'espèce, s'apprécier au regard de l'ampleur des pratiques mises en oeuvre, qui est avérée, et de la complexité de la procédure, qui est certaine ; qu'en premier lieu, en effet, l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2001 s'est d'abord traduite par une saisine du parquet de Rouen le 24 septembre 2001, le ministre en charge de l'économie n'ayant saisi le Conseil de la concurrence que le 20 novembre 2007 et que, pour sa part, le Conseil a décidé de se saisir d'office des mêmes faits le 13 novembre 2007, quelques jours seulement avant la saisine du ministre, à la suite notamment des éléments relevés dans le cadre de l'instruction de la saisine de la société GAR Rénovation Vieux Edifices en date du 15 mai 2005, complétée par lettre du 18 décembre 2006, et qui était limitée à des pratiques mises en oeuvre dans la région Ile-de-France ; qu'à la suite de ces saisines, les services d'instruction du Conseil ont demandé la communication des éléments de la procédure pénale au juge d'instruction, qui y a procédé le 9 janvier 2008 et que la phase d'instruction contradictoire s'est ouverte un an plus tard avec l'envoi aux entreprises de la notification de griefs le 16 décembre 2008 ; qu'en second lieu, l'affaire concerne des ententes mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques sur un territoire comprenant douze régions, à savoir la Haute-Normandie, la Basse-Normandie, la Picardie, l'Aquitaine, l'Ile-de-France, la Bourgogne, la Lorraine, la Champagne-Ardenne, le Nord-Pas-de-Calais, les Pays-de-la-Loire, l'Auvergne et Rhône-Alpes, et que les griefs, qui ont été notifiés à dix-sept entreprises, portent sur plus d'une centaine de marchés publics, avec un dossier comportant plus de 24 000 pièces ; que par surcroît, les entreprises mises en cause ne démontrent pas que la possibilité de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés aurait été affectée de façon personnelle, effective et irrémédiable par la durée de la procédure en raison du fait que, compte tenu de l'ancienneté des faits, elles ne disposent plus des documents à décharge relatifs aux marchés d'appels d'offres en cause, et que les responsables impliqués dans la commission des pratiques ne sont aujourd'hui plus présents dans l'entreprise, rendant ainsi plus difficile la possibilité de recueillir leur témoignage ; qu'en effet, ainsi que le constate la Décision : l'affaire instruite devant le Conseil puis l'Autorité de la concurrence s'articule avec la procédure pénale portant, parmi d'autres incriminations, sur les pratiques anticoncurrentielles qui font l'objet de la présente décision, imputées aux personnes physiques sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce ; que dans ces conditions, les entreprises dont les responsables ont été poursuivis pour avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre des ententes à laquelle elles ont

elles-mêmes participé, n'ont pu ignorer l'existence d'une information pénale qui a donné lieu à de nombreux interrogatoires et à des enquêtes ; que ces entreprises ont par conséquent été en mesure de sauvegarder les preuves qui leur auraient permis de discuter les charges pesant contre elles ; - les entreprises ont eu connaissance du fait qu'elles auraient à répondre des pratiques en cause au plus tard en mars 2002 en ce qui concerne Terh (cote 2485), en mars 2003 en ce qui concerne Degaine (cote 4125), en avril 2003 en ce qui concerne Pavy (cote 4152), et en avril 2002 en ce qui concerne Charpentier PM (cote 2556), à l'occasion des interrogatoires de leurs représentants diligentés dans le cadre de la procédure pénale, étant précisé que, pour ces entreprises, les plus anciens des marchés retenus par la notification de griefs datent respectivement d'avril 1998 (Tehr), de juillet 1999 (Degaine), de février 1998 (Charpentier PM), de décembre 1997 (Pavy) ; que, par ailleurs, les pratiques de répartition de marchés reprochées à ces entreprises se sont poursuivies au moins jusqu'en février 2001 s'agissant de Degaine, en janvier 2002 s'agissant de Terh, en février 2002 s'agissant de Pavy, et en octobre 2001 s'agissant de Charpentier PM ; - que, cependant, la simple prudence commandait à ces entreprises de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce, dont le délai a été porté de trois ans à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et qui avait été interrompue dans la présente affaire par les actes pris dans le cadre de l'Information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen ; que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence sont seules responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'était pas acquise, les motifs d'ordre purement interne tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives, notamment par suite de fusion, étant indifférents ou, à tout le moins, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil ; que dès lors, c'est par d'exacts motifs (points 313 à 319), que la cour adopte, que la Décision a constaté que les sociétés Tehr Monuments Historiques, Degaine, Charpentier PM Pavy, à qui il incombait de conserver les éléments à décharge de nature à renverser les charges pesant contre elles dès la mise en cause de leurs dirigeants dans le cadre de la procédure pénale, ne démontrent pas que la durée de la procédure devant l'Autorité de la concurrence les aurait effectivement privées de la possibilité de se défendre utilement contre les griefs qui leur étaient reprochés ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation du principe de délai raisonnable doit être écarté (arrêt p. 31 à 33 alinéa 2) ;

1°) ALORS QU'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, y compris l'obligation de trancher les causes dans des délais raisonnables ; que la durée de la procédure préalable à la notification des griefs est excessive lorsqu'elle résulte d'une inaction pendant plusieurs années de l'autorité poursuivante ; qu'en considérant que la durée de huit ans de la phase non contradictoire de la procédure n'était pas nécessairement excessive, après avoir constaté, pourtant, que l'autorité poursuivante n'avait saisi le Conseil de la concurrence que six ans après avoir diligenté une enquête et saisi le parquet de Rouen, 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 européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE la nature économique des infractions ne rend pas, en soi, la procédure particulièrement complexe ; qu'en considérant que la complexité de l'affaire justifiait la longueur de la procédure d'instruction, tout en constatant qu'après avoir été saisi de la totalité des faits en novembre 2007, le Conseil de la concurrence avait été en mesure de procéder à la notification des griefs à l'ensemble des entreprises mises en cause, le 16 décembre 2008, ce dont il résulte que le nombre d'entreprises mises en cause et le

nombre de pièces ne sont pas de nature à justifier la carence de la DGCCRF et du parquet pendant six ans, 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 européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

3°) ALORS QU'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune des exigences de la convention susvisée, y compris l'obligation de trancher les causes dans des délais raisonnables ; que la seule circonstance que la durée excessive d'une procédure soit imputable à l'autorité poursuivante dont la carence a compromis les droits de la défense suffit à justifier l'annulation de la procédure ; qu'en affirmant au contraire, pour considérer que la société Degaine ne démontre pas que la durée de la procédure devant l'Autorité de la concurrence l'aurait effectivement privée de la possibilité de se défendre utilement, que « la simple prudence commandait (aux entreprises mises en cause) de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce (¿) » ou encore « que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence sont seules responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'était pas acquise », la cour d'appel, qui a rendu la société Degaine responsable des conséquences de l'incapacité du Conseil de la concurrence à mener une instruction avec diligence et célérité, a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

4°) ALORS QU'il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, y compris l'obligation de trancher les causes dans des délais raisonnables ; que la seule circonstance que la durée excessive d'une procédure soit imputable à l'autorité poursuivante dont la carence a compromis les droits de la défense suffit à justifier l'annulation de la procédure ; qu'en reprochant au contraire à la société Degaine d'avoir manqué à une obligation de prudence lui commandant « de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription », la cour d'appel, qui a ajouté à la loi, a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

5°) ALORS QU'en reprochant à la société Degaine d'avoir manqué à une obligation de prudence lui commandant « de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription », après avoir constaté que la société Degaine n'avait été informée qu'en mars 2003, soit plus de trois ans après les faits les plus anciens, du fait qu'elle aurait à répondre de pratiques prétendument commises à partir de juillet 1999, et que la prescription était alors fixée à trois ans, ce dont il résultait que la société Degaine pouvait légitimement croire qu'elle ne serait plus inquiétée pour des marchés antérieurs à mars 2000, 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 européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

6°) ALORS QUE la durée excessive de la phase non contradictoire préalable à la notification des griefs peut avoir une incidence sur les possibilités futures de défense des entreprises concernées, notamment en diminuant l'efficacité des droits de la défense lorsque ceux-ci sont invoqués dans la seconde phase de la procédure ; que plus la phase non contradictoire de la procédure est longue, plus le risque de disparition des preuves à décharge quant aux infractions reprochées est élevé, en raison notamment des changements susceptibles d'intervenir dans la composition des organes dirigeants des entreprises concernées ; que l'allongement de la phase d'enquête préalable à la notification des griefs est, en soi, susceptible de porter atteinte aux droits de la défense des entreprises mises en cause, et la seule déperdition des preuves à décharge avant la notification des griefs suffit à caractériser une atteinte aux droits de la défense ; qu'en

retenant, pour dénier aux entreprises mises en cause toute possibilité de se prévaloir du départ de leurs salariés pour justifier une atteinte à leurs droits de la défense, que « les motifs d'ordre purement interne tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives notamment par suite de fusion, (sont) indifférents ou, à tout le moins, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil », la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (violation des droits de la défense)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Degaine dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés, dont la société Degaine, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Degaine une sanction de 536. 000 € et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais, dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics, un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE sur le respect des droits de la défense, l'article L. 463-2 du code de commerce dispose : « Sans préjudice des mesures prévues à l'article L. 464-1, le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigné par lui notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 et présenter leurs observations dans un délai de deux mois. Les entreprises destinataires des griefs signalent sans délai au rapporteur chargé du dossier, à tout moment de la procédure d'investigation, toute modification de leur situation juridique susceptible de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs peuvent leur être imputés. Elles sont irrecevables à s'en prévaloir si elles n'ont pas procédé à cette information. Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant par les intéressés. Les parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent. Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient le rapporteur général de l'Autorité peut, par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties » (arrêt p. 36 à 37, alinéa 1er) ;

QUE (¿) la société Degaine prétend, de son côté, que la procédure est irrégulière et encourt l'annulation en raison de la violation du principe du contradictoire résultant de sa condamnation au titre d'un grief d'entente régionale générale en Basse-Normandie qui ne lui a jamais été notifié, n'ayant pour sa part été visée que par des griefs d'ententes ponctuelles sur des marchés limitativement énumérés (Cf. pages 116 et 117 de la notification de griefs), ce que confirme, sur ce point, en tant que de besoin, le rapport (arrêt p. 37, avant-dernier alinéa) ;

QUE (¿) concernant l'analyse des griefs développée au stade du rapport, c'est encore par d'exact motifs (points 351 à 356) que la Décision constate que dès lors que les parties ont bénéficié du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du code de commerce pour présenter leurs observations sur les analyses des services d'instruction, aucune atteinte au principe du contradictoire ne saurait être constatée en raison de l'analyse des griefs développée dans le rapport ; qu'en effet, il est constant que la formule d'incrimination de la notification de griefs en date du 16 décembre 2008 retient des griefs « au niveau régional », classés selon les régions suivantes : Haute-Normandie, Basse-Normandie, Picardie, Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne, Nord-Pas-de-Calais, Champagne-Ardenne, et Pays-de-la-Loire, sans omettre, contrairement à ce que soutient la société Degaine, la

participation de cette société à une entente régionale en Basse-Normandie consistant en la répartition entre elle et ses concurrents du marché de l'église de Saint Pierre de Coutances et des marchés du Mont Saint Michel ; que, pour chacune de ces régions, elle fait état d'une liste de marchés spécifiques ayant donné lieu à des ententes entre sociétés, en précisant pour chacun d'entre eux le nom des participantes à l'entente ; qu'elle retient, par ailleurs, un grief « propre à la société M. Lefèvre et à la société Coefflcient » et enfin, qu'elle retient un grief « au niveau national », pour un territoire comprenant, outre les neuf régions visées par la première catégorie de griefs, la Lorraine, l'Auvergne et Rhône-Alpes ; que, dans ses motifs, la notification de griefs identifie, en premier lieu, une entente généralisée dans le secteur de la rénovation des monuments historiques, étendue à l'ensemble du territoire et précise, en second lieu, que les entreprises se mettaient d'accord entre elles dans un cadre régional (Degaine 80 à 363 de la notification) ; que, pour chacune de ces régions, elle dresse la liste des marchés spécifiques ayant donné lieu à des concertations et échanges d'informations entre les sociétés, en précisant le nom des entreprises concernées ; qu'ainsi, contrairement à ce qui est soutenu, la notification de griefs a permis aux entreprises mises en cause de prendre connaissance des comportements qui leur étaient reprochés, et de s'en expliquer, ce qu'elles ont d'ailleurs fait dans le cadre de leurs observations en réponse à la notification de griefs, dans lesquelles elles ont notamment contesté l'existence d'une entente de dimension nationale et que les parties ont ainsi pu dans le détail, contester la matérialité des faits relevés par les services d'instruction, la qualification qui leur a été attribuée et l'imputation qui en a été faite ; que si les services d'instruction ont, au stade du rapport du 1er juin 2010 et à la suite des observations des parties, fait évoluer leur analyse et proposé d'abandonner le grief d'entente au niveau national, en effectuant dans ce cadre une nouvelle présentation et classification des griefs notifiés, cette circonstance n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense des parties mises en cause ; qu'en effet, il résulte du caractère contradictoire de la procédure que l'analyse faite dans le rapport peut évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs et qu'au cas d'espèce, aucun grief nouveau n'a été notifié aux parties dès lors que les ententes régionales comme les ententes propres à chaque marché étaient identifiées dans les motifs comme dans la formule d'accusation de la notification de griefs du 26 janvier 2009 ; que, par ailleurs, il convient de rappeler que l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par les appréciations du rapporteur et doit statuer sur la totalité des griefs notifiés ; qu'il revenait donc à l'Autorité, dans le cadre de sa décision, de se prononcer sur l'ensemble des infractions visées par la notification de griefs, au niveau régional comme au niveau national ; que le moyen doit être écarté (arrêt p. 38 dernier alinéa et p. 39) ;

1°) ALORS QU'en affirmant « que la formule d'incrimination de la notification de griefs en date du 16 décembre 2008 retient des griefs « au niveau régional », classés selon les régions suivantes : Haute-Normandie, Basse-Normandie, Picardie, Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne, Nord-Pas-de-Calais, Champagne-Ardenne, et Pays-de-la-Loire », quand la notification des griefs ne retient pas des ententes régionales générales, mais seulement de possibles ententes ponctuelles sur des marchés particuliers classées par régions ou une entente nationale déclinée en régions non notifiée à la société Degaine, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QU'en déduisant de la seule notification à la société Degaine d'ententes ponctuelles que sa participation à une entente régionale en Basse-Normandie lui a également été notifiée, la cour d'appel, qui a ajouté à la notification des griefs, a violé l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE l'accusé doit être informé de manière précise et détaillée non seulement des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits ; qu'en considérant que les motifs de la notification des griefs étaient suffisamment précis pour

permettre à la société Degaine de savoir qu'elle était poursuivie non seulement au titre des marchés publics expressément énumérés, mais aussi pour avoir participé à une entente régionale générale, bien qu'un tel grief n'ait jamais été formulé expressément et distinctement, la cour d'appel a violé l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sur les pratiques)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Degaine dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques ayant dit qu'il était établi que diverses sociétés dont la société Degaine ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, avant d'infliger, en conséquence, à la société Degaine une sanction de 536. 000 € et d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais, dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics, un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE (¿) aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les ententes expresses sont interdites, notamment lorsqu'elles tendent à « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse » et à « répartir les marchés » ; qu'il n'est ni contesté ni contestable, ainsi que le rappelle la Décision (points 364 et 365) : que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en oeuvre ; qu'en l'espèce, le secteur concerné par les pratiques constatées au titre des griefs d'ententes anticoncurrentielles est celui de la restauration de monuments historiques en France, sans qu'il soit besoin de définir avec précision les limites géographiques des marchés en cause ; que les requérantes reprennent, pour l'essentiel, les moyens déjà soutenus devant l'Autorité, reposant principalement sur une contestation du standard de preuve retenu dans la Décision ainsi que de la valeur probante des éléments relevés par les services d'instruction pour démontrer leur participation effective à des ententes anticoncurrentielles, sur une remise en cause de la pertinence des indices retenus pour caractériser leur participation à des ententes sur les divers marchés particuliers identifiés par la notification de griefs, sur le fait que les pratiques dénoncées ne peuvent être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues mais, tout au plus, d'ententes ponctuelles, dictées notamment par les situations et les préoccupations particulières des entreprises concernées au regard des marchés en cause ; que selon le cas, sur le fait qu'elles auraient mis en oeuvre, dans telle ou telle région, une entente régionale de répartition, en contestant, marché par marché, leur absence de participation à une pratique anticoncurrentielle (p. 40) ;

QUE pour sa part, la société Degaine reproche à l'Autorité de ne pas avoir pris en compte sa mise hors de cause au niveau pénal alors que la procédure devant l'Autorité reposait quasi exclusivement sur les déclarations et écoutes téléphoniques recueillies dans le cadre de la procédure pénale ; que des erreurs ponctuelles en ce qui concerne la durée des pratiques, en particulier en considérant que sa participation à l'entente est établie depuis au moins juillet 1999- marché de l'église Saint Pierre de Coutances-et qu'elle s'est poursuivie au moins jusqu'en juin 2002- marché du Mont Saint Michel du 18 juin 2002- alors pourtant que, dès ses observations en réponse à la notification de griefs, Degaine avait souligné que ce marché lui avait été notifié par erreur ; qu'elle reproche encore de ne pas avoir démontré sa participation à une entente régionale en Basse-Normandie, grief qui, par surcroît, ne lui a jamais été notifié, faute d'avoir réuni les quatre éléments de

preuves retenus par l'Autorité pour établir l'existence d'une entente régionale qui sont constitués par les accords de partage, les critères de répartition des marchés régionaux, la mise en oeuvre des accords de répartition et l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région ; qu'à l'inverse, il convient de retenir l'absence de participation de Degaine, tant aux prétendus accords de partage qu'à la mise en oeuvre des accords de répartition, au titre desquels son nom n'est jamais cité ; que la société Degaine maintient également que, concernant spécialement les chantiers du Mont Saint Michel, des raisons objectives et techniques-unités d'installation proches du site, conception de procédés spécifiques pour les travaux de rénovation, souci d'assurer une continuité des interventions-ont déterminé les critères de répartition des marchés et expliquent qu'elle a été attributaire des marchés sur ce site, à l'exclusion des pratiques d'entente anticoncurrentielle qui lui sont imputées ; que dans ces conditions, la requérante affirme que les équipements spécifiques qu'elle détient au Mont Saint Michel et sa parfaite connaissance de ce site lui ont permis de diminuer sensiblement ses coûts, et donc de faire des offres plus compétitives en termes financiers que celles de ses concurrents, ce qui explique sa reconduction sur les marchés du Mont Saint Michel ; qu'outre une inexacte appréciation par la Décision du critère des offres de couverture, la requérante reproche encore à l'Autorité de ne pas avoir démontré, sur les marchés concernés, sa participation à une entente régionale qui, par surcroît, ne lui a jamais été notifiée en l'absence d'indices graves, précis et concordants-selon le cas, unique déclaration imprécise, non étayée par d'autres indices, existence d'un tableau et de déclarations contradictoires, déclarations imprécises et contradictoires-permettant de conclure à son implication dans les pratiques d'entente reprochées, marché par marché ; que la requérante reproche également à l'Autorité de la concurrence d'avoir opéré un amalgame entre les marchés et les indices retenus, en procédant par voie d'affirmation, sans distinguer les marchés visés, et sans rapporter la démonstration de sa participation à des ententes pour chacun des marchés identifiés (arrêt p. 41 et 42, alinéa 1er) ;

QU'en ce qui concerne les éléments de preuve généraux recueillis par l'Autorité et les éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, l'instruction a permis de mettre en évidence une série de données et d'éléments (points 39 à 43) qui ressortent, d'une part, des procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques dressés dans le cadre de la procédure pénale et des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées établis dans ce même cadre ainsi que les documents découverts dans le cadre des perquisitions effectuées au siège des sociétés dans le cadre de la procédure pénale et, d'autre part, des informations communiquées par les maîtres d'ouvrage ; que les procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques autorisées par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen, des responsables des sociétés M. Lefèvre, et de plusieurs agences et filiales du groupe Lefèvre (Normandie Rénovation, Léon Noël et l'agence de Giberville), Coefficient, Terh, Dagand, Quélin et Lanfry ont permis de mettre en évidence l'existence de contacts entre ces entreprises préalablement au dépôt de leurs offres dans le cadre des procédures d'attribution de marchés publics de restauration de monuments historiques ; que ces écoutes ont également permis de prendre contact avec des responsables d'autres entreprises, et notamment ceux des sociétés Charpentier PM et Chevalier Nord ; que, par ailleurs, certaines des conversations interceptées portaient sur des zones géographiques différentes des zones visées par l'information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen, qui portait uniquement sur les appels d'offres lancés par les DRAC et les collectivités territoriales de Haute-Normandie, de Basse-Normandie et de Picardie ; qu'aux termes des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées menées dans le cadre de l'enquête pénale, la plupart des dirigeants ou cadres des entreprises concernées ont reconnu l'existence de pratiques de concertation préalable au dépôt des appels d'offres dans le secteur des monuments

historiques, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ; qu'ont ainsi été entendus les responsables des sociétés Lanfry, Terh, M. Lefèvre ainsi que ceux de ses filiales Lefèvre SA, Normandie Rénovation et Léon Noël, des sociétés Coefficient, Charpentier PM, Faber, Entreprise Quélin, Dagand, Entreprise Pavy, Entreprise H Chevalier Nord, Payeux, Entreprise Pradeau et Morin et Entreprise Degaine ; qu'ont également été interrogés des élus et des fonctionnaires de l'administration culturelle ou territoriale, ainsi que des architectes ; que les documents saisis au cours des perquisitions pratiquées dans les locaux des entreprises ont permis de recueillir des éléments faisant état de pratiques de concertation préalable au dépôt des offres, soit de manière générale, soit concernant des chantiers particuliers ; qu'enfin, les informations communiquées par les maîtres d'ouvrage (DRAC) ont permis de constater que certaines entreprises déposaient régulièrement des offres dans des zones géographiques dans lesquelles elles n'étaient pas implantées, sans se voir attribuer le moindre marché ; qu'au regard de ces données et de ces éléments, dont la matérialité est incontestable, la Décision était en droit de constater que les pratiques en cause étaient mises en évidence par quatre types d'éléments de preuve avec d'une part, des éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, qui sont constituées par l'existence de réunions de répartition des marchés, par la pratique des offres de couverture réciproques ainsi que par des actions de coordination et de médiation (points 45 à 67), d'autre part, des éléments spécifiques à chacune des régions concernées (points 68 à 269 auxquels la cour se réfère expressément) et qui seront, le cas échéant, analysés dans le cadre de l'examen des pratiques ; que concernant tout d'abord l'existence de réunions de répartition des marchés, la Décision constate :- que toutes les sociétés visées par la notification de griefs à l'exception de la société Cazenave, font partie du Groupement National des Entreprises de Restauration des Monuments historiques (ci-après « GMH ») comptant 159 adhérents dont 92 entreprises de maçonnerie et taille de pierre qui a été constitué en 1959 sous l'égide de la Fédération Française du Bâtiment, cette instance représentative assurant notamment la liaison entre les professionnels de la restauration de monuments historiques et du patrimoine ancien et les donneurs d'ouvrages, avec des cellules régionales, dans le cadre desquelles se rencontrent les entreprises spécialisées dans la restauration des monuments historiques, étant précisé que cette instance a été dirigée de 1983 à 1987 par M. A..., dirigeant de la société Lanfry, et qu'elle a également été dirigée par M. G..., cadre-dirigeant du groupe Lefèvre, et M, X ç, président de la société M. Lefèvre, en a été vice-président ; que l'existence de réunions ayant pour objet la répartition des marchés publics à venir dans certaines zones géographiques données est attestée par les déclarations des dirigeants d'entreprises auditionnés au cours de la procédure pénale, ces échanges pouvant notamment avoir lieu dans le cadre des réunions des cellules régionales du GMH, ou en marge de ces réunions (points 47. 48, 49 et 50) ; que concernant ensuite la pratique des offres de couverture réciproques, la Décision observe aussi à juste titre qu'une telle pratique a été reconnue par la plupart des dirigeants au cours de leurs interrogatoires (points 51, 52 et 53 de la Décision), la Décision relevant, par surcroît, qu'au cours de la perquisition du 13 décembre 2001 dans les locaux de l'entreprise Lanfry, a ainsi été saisi (points 53 à 58 de la Décision) un cahier d'enregistrement des appels d'offres à l'occasion desquels l'entreprise avait déposé une offre de couverture, allant du 13 décembre 1993 au 31 mars 2000, tenu par M. H..., dessinateur de la société (le « cahier Lanfry ») à propos duquel MM. H... et A... ainsi que M. 1..., directeur adjoint de la société et M. L., métreur, interrogés sur ce cahier, ont reconnu que les entreprises citées dans la colonne « adjudicataire » étaient bien celles qui avaient bénéficié d'une offre de couverture de la part de l'entreprise Lanfry pour les marchés cités, étant observé que, pour la période du 12 juin 1998 au 5 avril 2000, la plupart des requérantes figurent parmi les entreprises citées dans le cahier Lanfry ; qu'en outre, le gérant de la société Coefficient, qui a été créée, gérée et est encore actuellement

contrôlée par le président de la société M. Lefèvre, dispose de 5 agences-dont l'activité consiste à réaliser, à la demande de ses clients, principalement les entreprises du groupe Lefèvre (cote 2773), des études préalables, des devis et des projets architecturaux et techniques ; a reconnu que l'une des activités de l'entreprise était de préparer des offres de couverture à destination des filiales du groupe Lefèvre ; il a notamment indiqué que, lorsque plusieurs filiales du groupe soumissionnent sur un même marché, la société Coefficient intervient pour élaborer leurs offres en préparant des bordereaux complémentaires sur la base des données figurant dans la bibliothèque des prix et tarifs appliqués par chacune des entreprises du groupe mise à sa disposition, et la société Coefficient prépare également des offres de couverture à l'attention d'entreprises tierces ; que, concernant enfin les actions de coordination et de médiation, la Décision constate que les éléments recueillis au cours de l'enquête ont permis de démontrer que certaines entreprises telles que les sociétés M. Lefèvre ou Quélin, ont été chargées de missions de coordination des répartitions de marchés : si des difficultés se présentaient pour la passation d'un accord en vue d'un marché local, ces sociétés pouvaient intervenir pour régler les conflits par le biais de négociations, de réunions ou de rencontres sur place des interlocuteurs locaux pour se mettre d'accord (p. 42 à 44) ;

QU'en ce qui concerne le standard de preuve applicable en matière d'entente, la preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut résulter soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction ; que sur la méconnaissance du standard de preuve qui est reprochée à l'Autorité par certaines requérantes, contrairement à ce qui est soutenu et ainsi que le rappelle en tant que de besoin la Décision (points 369 à 374), le cas échéant même recueillie dans le cadre d'une garde à vue, la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause ; que dans la présente procédure, les déclarations recueillies dans les procès-verbaux d'audition établis au cours de la procédure pénale, lesquels sont pleinement opposables aux entreprises requérantes, émanent des principaux responsables des entreprises mises en cause et révèlent de façon concordante l'organisation et la mise en oeuvre d'ententes dans le secteur de la restauration de monuments historiques ; qu'il est vrai que la déclaration d'un représentant d'une entreprise mise en cause pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises également mises en cause, ne peut toutefois être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve, circonstance qu'il conviendra de vérifier dans la Décision déferée au regard des moyens soulevés par les requérantes ; qu'en revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause et qu'il convient alors, comme cela a été indiqué précédemment, de rechercher si, dans la Décision, un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve issus du dossier pénal, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises incriminées, des écoutes téléphoniques ou d'autres indices matériels (arrêt p. 44 et 45) ;

QU'en ce qui concerne l'articulation entre les pratiques d'ententes générales et les pratiques mises en oeuvre à l'occasion de marchés particuliers, et contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit que l'Autorité a décidé que les pratiques dénoncées pouvaient être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues ; qu'en effet, ainsi que le rappelle la Décision (points 375 à 379), dès lors qu'un comportement, qui se manifeste par plusieurs décisions ayant un objet anticoncurrentiel unique, peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en oeuvre et qu'une entreprise, qui a participé à une infraction par des comportements qui lui

étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en oeuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ; que tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir, et qu'elle était prête à en accepter le risque ; qu'ainsi, le fait que différentes entreprises aient joué des rôles différents dans la poursuite d'un objectif commun n'élimine pas l'identité d'objet anticoncurrentiel et, partant, d'infraction, à condition que chaque entreprise ait contribué, à son propre niveau, à la poursuite de l'objectif commun ; qu'au cas d'espèce, c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes, que s'agissant des pratiques mises en oeuvre dans les régions de Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie, la Décision a retenu (points 380 à 382) :- que les éléments relevés mettent en évidence des ententes ayant pour objet de se répartir les marchés à l'échelon régional, des concertations préalables au dépôt des offres, et la présentation à titre habituel d'offres de couverture à l'occasion des procédures de mise en concurrence organisées par les maîtres d'ouvrage pour la restauration de différents monuments historiques ; que les dirigeants des sociétés concernées ont reconnu avoir présenté à de multiples reprises des offres sur des marchés qu'ils ne souhaitaient pas obtenir, dans le seul but de faire nombre et de favoriser l'entreprise désireuse de remporter le marché, à charge pour cette dernière d'adopter un comportement similaire sur un autre marché en faveur de ses concurrents ; - que les concertations et échanges d'informations intervenus à l'occasion d'appels d'offres particuliers, de même que la présentation à titre habituel d'offres de couverture, doivent être considérés comme la mise en oeuvre des ententes générales visant à se répartir les marchés entre les entreprises au niveau régional ; que l'ensemble de ces pratiques présentent un lien de complémentarité évident, en ce sens que chacune d'entre elles est destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence dans le cadre des appels d'offres, qui devrait se traduire par l'ignorance de chacune des entreprises intéressées, lorsqu'elle élabore son offre, de la qualité de ses compétiteurs et de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; que, par ailleurs, les concertations observées traduisent la mise en oeuvre de jeux de compensation entre les entreprises, et donc d'une interdépendance des marchés en cause, celles-ci présentant des offres de complaisance au bénéfice de leurs concurrents dans l'assurance d'obtenir la réciprocité à l'occasion des appels d'offres portant sur les marchés dont elles souhaitent être attributaires ; qu'ainsi, l'ensemble de ces pratiques contribuent, par le biais d'une interaction, à la réalisation des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objet identique ; - que, par conséquent, contrairement à ce que soutiennent à nouveau les requérantes devant la cour, la qualification exacte des faits commande de ne pas séparer les pratiques mises en oeuvre par les entreprises dans le cadre de chacun des appels d'offres particuliers examinés pour ces régions, en les traitant comme autant d'infractions séparées alors que celles-ci ne constituent que les manifestations successives d'une conduite continue, à savoir des ententes entre les entreprises ayant pour objet de simuler une concurrence auprès des maîtres d'ouvrage tout en coordonnant leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques ; que dès lors c'est par d'exact motifs que la Décision relève (points 383 et 384) :- que, nonobstant la circonstance que certaines des pratiques constatées à l'occasion de marchés particuliers pourraient également constituer en elles-mêmes et prises isolément une violation des dispositions de l'article L. 420 1 du code de commerce, ne sera recherchée dans la suite de la présente décision que la participation des entreprises en cause aux ententes régionales générales de répartition des marchés, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur leur participation à des infractions spécifiques commises à l'occasion de

chacun des appels d'offres particuliers énumérés dans la notification de griefs ; - que lorsque les éléments de preuve ne permettent pas d'établir la participation d'une entreprise donnée à l'entente générale de répartition régionale, il conviendra d'examiner si les pratiques mises en oeuvre par cette entreprise à l'occasion d'un marché particulier permettent de caractériser en elles-mêmes une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce sur ce marché spécifique ; (arrêt p. 45 et 46) ;

QU'en ce qui concerne les pratiques mises en oeuvre en Basse-Normandie, c'est par d'exactes motifs (points 430 à 446 de la Décision), que la cour fait siens, que, après avoir constaté l'existence d'accords de partage et analysé les critères de répartition des marchés entre les entreprises ainsi que la mise en oeuvre des accords de répartition et l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, l'Autorité a décidé que les éléments de preuve relevés aux points 125 et suivants de la Décision, auxquels la cour se réfère, démontrent l'existence d'une entente organisée à l'échelon régional, ayant pour objet la répartition des marchés publics de restauration de monuments historiques passés par les maîtres d'ouvrage régionaux, et principalement par la DRAC, entre les entreprises intervenant sur ces marchés, étant observé que le fonctionnement est comparable à celui de l'entente de Haute-Normandie, bien que les participants aux deux ententes, et leur rôle dans chacune d'entre elles soient différents ; qu'en effet, l'Autorité a constaté l'existence d'accords de partage de marchés qui résultent des déclarations concordantes de plusieurs dirigeants des sociétés mises en cause permettant d'établir l'existence d'accords de répartition des chantiers entre les principales entreprises actives dans la région ; M. N..., directeur général de Quélin, a ainsi reconnu l'organisation de réunions entre les entreprises bas-normandes intervenant après la communication par la DRAC de la liste des chantiers programmés, et portant sur une répartition en termes de chiffres d'affaires, en fonction des capacités des entreprises de leurs carnets de commande (point 129) ; que la Décision relève que si les dirigeants des sociétés Lefèvre (agence de Giberville) et Dagand n'ont pas expressément reconnu avoir participé à de telles réunions, ils ont néanmoins reconnu l'existence d'accords de répartition des marchés entre les entreprises bas-normandes, et notamment, Lefèvre, Quélin, Dagand et Bodin ; que M. O... (Lefèvre) a ainsi indiqué que, dans le cadre d'un « système » établi de longue date, les chantiers étaient répartis entre les entreprises bas-normandes, les entreprises extérieures à la région intervenant pour « faire nombre » (point 128) et que M R... (Dagand) a également reconnu l'existence d'une « forme de partage des marchés », bien que celle-ci ne présente pas de caractère systématique (point 132) ; que les critères de répartition des marchés régionaux ont notamment été décrits par MM. O... (Lefèvre), R... (Dagand) et V... (Degaine) ; que cette répartition reposait sur des critères géographiques, et plus précisément sur la constance de l'intervention de chaque entreprise sur des édifices particuliers, l'entreprise ayant déjà travaillé sur un édifice bénéficiant d'un accord de couverture lorsqu'un nouveau marché était lancé sur ce même bâtiment (points 128, 131 et 132) ; que M. V... (Degaine) a ainsi indiqué que, depuis la mise en place des procédures d'appels d'offres dans la région, la répartition des marchés était effectuée en fonction des implantations locales des entreprises et de l'intérêt de leur personnel pour obtenir tel ou tel marché ; que ces déclarations concordantes privent de portée les explications présentées au soutien de son recours par la société Degaine, pour qui la répartition des marchés ne procéderait pas d'une entente anticoncurrentielle mais d'un choix objectif du maître d'ouvrage, portant sur l'entreprise ayant réalisé la restauration d'un monument dans le passé, en raison de sa connaissance du bâtiment ; que les explications de cette requérante sont également démenties par les nombreux indices et éléments de preuve établissant l'existence de concertations entre les entreprises avant le dépôt des appels d'offres en Basse-Normandie (points 137 à 164 de la Décision auxquels la cour se réfère en tant que de besoin) ; que M. R... (Dagand) a expliqué que sa société était attributaire des chantiers de la cathédrale de Coutances et de l'abbaye d'Hambye. la

société Bodin, des chantiers du secteur du nord du Cotentin et du centre de la Manche, la société Quélin, des chantiers du château de Falaise et des chantiers de la zone d'Alençon et d'Argentan, la société Lefèvre, des marchés portant sur les édifices de Caen et de Bayeux, et la société Degaine des chantiers du Mont Saint Michel (point 132) ; que les propos de M. R... sont en tant que de besoin corroborés par l'étude de la répartition des marchés sur une sélection d'appels d'offres dans la région présentée aux points 137 à 164, auxquels la cour se réfère expressément, qui révèlent que la société Bodin a ainsi été attributaire des marchés des ruines d'Alauma à Valognes (point 143) et du château de Canisy (point 164), tous deux situés dans la péninsule du Cotentin ; que si la Décision constate que la société Degaine a été attributaire des onze marchés passés pour la restauration du Mont-Saint-Michel au cours de la période en cause (point 151), il ressort des pièces communiquées par la requérante, concernant le marché du Mont Saint-Michel du 18 juin 2002, que la date de remise du marché figurant sur la liste établie par la DGCCRF est en fait la date de réception des travaux du marché du 13 février 2001, ce qui, comme le soutient la requérante, ramène au nombre de dix les marchés impliqués dans l'entente ; que sont revenus à la société Terh les édifices de l'est du Calvados (zones de Lisieux et de Honfleur), secteur exploité antérieurement par la société Lanctuit, qui avait été acquise par le groupe Bouygues et dont Terh avait récupéré le personnel afin de faire échec à l'implantation de Bouygues dans le secteur des monuments historiques (point 82) ; qu'en Basse-Normandie, Terh a ainsi été attributaire des marchés de l'église Saint-Pierre de Lisieux (point 146) et du grenier à sel de Honfleur (point 158) ; que, concernant la mise en oeuvre des accords de répartition, les déclarations concordantes des dirigeants ainsi que les écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre de la procédure pénale établissent le caractère habituel des pratiques de concertations et d'offres de couverture à l'occasion des appels d'offres ; que, de même qu'en Haute-Normandie, ces contacts avaient pour objet de garantir l'attribution des chantiers correspondant aux appels d'offres à l'entreprise pressentie, conformément aux critères de répartition explicites ou tacites suivis par les entreprises et fondés notamment sur la localisation de l'édifice (point 436) ; que la circonstance que ces pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations et que la répétition des concertations démontre bien l'existence d'un véritable système mis en place entre les entreprises répondant aux appels d'offres sur la région, de sorte que l'entente était bien organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause ; que les procédés mis en oeuvre ont été précisément décrits au cours des auditions des responsables des entreprises concernées : que M. R... (Dagand) explique ainsi que le système de concertation entre les entreprises nécessitait des échanges réguliers d'offres de couverture et il a indiqué procéder régulièrement à des échanges avec les représentants des sociétés Lefèvre, Quélin et Bodin, les entreprises échangeant un prix correspondant à celui de l'offre présentée par l'entreprise désignée attributaire du chantier, afin que les autres entreprises puissent déposer une offre d'un montant supérieur (point 132) ; que cette pratique habituelle d'offres de couverture réciproques est confirmée par les déclarations de M. O... (Lefèvre) et N... (Quélin, points 128 et 129) ; que, concernant l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, les éléments recueillis mettent en lumière le recours habituel des entreprises locales à la sollicitation d'offres de couverture auprès d'entreprises tierces, visant notamment à « faire nombre » pour créer l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage, ou pour éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises ; que le dépôt d'offres de couverture avait pour but d'obtenir en retour des offres de couverture pour les marchés sur lesquels ces entreprises tierces soumissionnaient dans leur propre zone géographique, la mise en oeuvre de ces pratiques dans la région Basse-Normandie étant notamment

reconnue par les dirigeants de Normandie Rénovation, Lanfry, et Chevalier Nord (points 128, 135 et 136) ; qu'ainsi participaient aux concertations mises en oeuvre non seulement des entreprises implantées en Basse-Normandie, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région ; que ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région, dès lors que ces dernières obtenaient en échange du dépôt d'offres de couverture des offres de complaisance réciproques des entreprises haut-normandes dans leur propre zone d'intervention ; qu'enfin, le fonctionnement de l'entente générale mise en oeuvre en Basse-Normandie est illustré par l'étude des appels d'offres spécifiques lancés par les maîtres d'ouvrage de la région Basse-Normandie (points 137 à 164 de la Décision auxquels la cour se réfère expressément) ; que celles-ci constituent autant de manifestations successives de l'entente générale par laquelle les entreprises en cause coordonnaient leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques en Basse-Normandie (arrêt p. 50 à 52) ; QU'en ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Basse-Normandie s'agissant de la société Degaine, c'est également par d'exacts motifs (points 463 à 466) que l'Autorité a décidé que sa participation à l'entente dénoncée était établie de juillet 1999 à juin 2002, dès lors qu'il ressort des éléments recueillis au cours de l'instruction (points 137 à 164 de la Décision auxquels la cour renvoie) :- que l'entreprise Degaine a été attributaire de l'ensemble des marchés de restauration du Mont-Saint-Michel au cours de la période en cause ; - que M. V..., directeur de l'entreprise Degaine, a reconnu solliciter des offres de couverture de ses concurrents pour conserver les chantiers de restauration de cet édifice dont l'entreprise était l'attributaire « historique », afin de simuler une concurrence aux yeux du maître de l'ouvrage et qu'il a également admis déposer en retour des offres de complaisance au profit de ses concurrents (point 131) ; - que l'analyse des marchés (points 137 à 164 de la Décision auxquels la cour renvoie) fait apparaître des preuves directes ou des indices impliquant cette entreprise pour près du tiers des appels d'offres analysés, étant seulement précisé que, s'agissant du marché du Mont Saint-Michel, alors que si la Décision retient que 11 marchés lui ont été attribués, la date de remise du marché figurant dans la liste établie par la DGCCRF (cote 4336) semble bien comme le soutient la requérante, la date de réception des travaux du marché du 13 février 2001, ce qui permet en effet de ne retenir en définitive que l'existence de 10 marchés impliqués dans l'entente ; - que s'agissant de la durée de sa participation à l'entente, celle-ci est établie depuis au moins juillet 1999 (marché de l'église St Pierre de Coutances, point 145) et elle s'est poursuivie au moins jusqu'en juin 2002 (marché du Mont-Saint-Michel, point 151) (arrêt p. 53) ; ET AUX MOTIFS ENFIN QUE par ailleurs, les pratiques de répartition de marchés reprochées à ces entreprises se sont poursuivies au moins jusqu'en février 2001 s'agissant de Degaine ;

1°) ALORS QUE l'adhésion d'une entreprise à une entente anticoncurrentielle n'est établie qu'à la condition de démontrer qu'elle a personnellement et effectivement acquiescé à une action collective ; qu'en se bornant à retenir, pour considérer que la société Degaine aurait participé à une entente régionale en Basse-Normandie, que les entreprises visées par la notification des griefs font partie du Groupement national de restauration des monuments historiques qui assure la liaison entre les professionnels de la restauration des monuments historiques, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à établir que la société Degaine avait personnellement acquiescé à une entente régionale entre entreprises, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ; 2°) ALORS QUE l'affirmation de l'existence d'une entente régionale en Basse-Normandie ne dispense pas l'Autorité poursuivante d'établir le comportement répréhensible de l'entreprise en cause sur chaque marché particulier incriminé, ne serait-ce que pour établir

que les consignes décidées à l'avance ont ensuite effectivement été appliquées ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;
3°) ALORS QUE l'adhésion à une entente n'est établie qu'à la condition de démontrer que les décisions prises d'un commun accord ont ensuite été effectivement appliquées ; qu'en affirmant que « la circonstance que les pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations et que la répétition des concertations démontre bien l'existence d'un véritable système mis en place entre les entreprises répondant aux appels d'offres sur la région, de sorte que l'entente était bien organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause », quand cette constatation suffisait au contraire à établir que les entreprises n'avaient jamais entendu mettre en oeuvre une entente régionale généralisée, la cour d'appel a violé l'article L. 420-1 du code de commerce ;
4°) ALORS QU'en affirmant que la participation de la société Degaine à l'entente dénoncée était établie de juillet 1999 à juin 2002, après avoir admis que, contrairement à ce que l'Autorité de la concurrence a retenu, la société Degaine n'a répondu à aucun appel d'offre le 18 juin 2002, cette date correspondant à la réception des travaux du marché du 13 février 2001, ce dont il résulte que l'entente ne s'est pas poursuivie au-delà du 13 février 2001, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 420-1 du code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (sur la sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Degaine dirigé contre la décision n° 11- D-02 du 26 janvier 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques lui ayant infligé une sanction de 536. 000 € avant d'ordonner aux personnes morales mises en cause de faire publier à leurs frais, dans le Figaro et le Moniteur des travaux publics, un texte faisant état de cette décision ;

AUX MOTIFS QUE sur le montant maximum des sanctions, qu'il convient de rappeler que le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après la « loi NRE ») prévoit que « si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos, depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » ; que lorsque les pratiques relevées sont constitutives d'une pratique continue, commencée antérieurement et terminée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE et que le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à cette entrée en vigueur, les dispositions applicables sont celles de la loi NRE ; que contrairement à ce qui est soutenu, tel est le cas en l'espèce, dès lors, ainsi que le relève la Décision (points 623 et 624), qu'il est constant :- que la saisine du Conseil de la concurrence par la société GAR Rénovation Vieux Edifices en date du 18 mai 2005 est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi NRE, de même que la saisine d'office du Conseil de la concurrence en date du 12 novembre 2007 ; que ces saisines visent des pratiques continues, qui ont été mises en oeuvre jusqu'au 24 février 2002 s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie, au 12 février 2002, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Basse Normandie, et au 19 octobre 2001, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Picardie ; que sur les critères de détermination des sanctions, il convient également de rappeler que le I de l'article L 464-2 du code de commerce dispose que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des

faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » (arrêt p. 60 et 61) :

QUE la société Degaine soutient, pour sa part, que la sanction pécuniaire prononcée à son encontre doit faire l'objet d'une réduction substantielle au motif que, au rebours de ce que retient la Décision, les règles de calcul des sanctions applicables au cas d'espèce sont celles qui ont été fixées par l'article L. 464-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi NRE, les faits qui lui sont reprochés ayant été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte ; que, dès lors, la sanction qui lui a été infligée, intervenue en violation du plafond fixé par l'article L. 464-2 du Code de commerce, devra être réduite en conséquence et que, pour le même motif, l'Autorité de la concurrence n'était pas fondée à majorer l'amende en raison de son appartenance au Groupe Vinci ; que la requérante affirme également que la détermination de la sanction qui l'a frappée ne répond pas aux exigences légales en ce que la Décision n'a pas correctement apprécié la gravité des pratiques, d'une part parce qu'elle n'a participé qu'à des ententes ponctuelles à la suite d'appels d'offre isolés, par surcroît dans une seule région sur les onze régions visées et pendant une période comprise entre le 9 juillet 1999 et le 13 février 2001, soit moins de 19 mois, et non à une entente régionale générale et, d'autre part, en ce qu'elle n'a pas tenu compte du rôle actif des ACMH dans les pratiques alléguées ; qu'en ce que l'importance du dommage causé à l'économie n'a pas été correctement évaluée par la Décision, alors que les pratiques dénoncées à son encontre ne concernaient qu'un nombre extrêmement limité de marchés situés dans la même région et qu'elles ont été mises en oeuvre sur une période de 19 mois seulement, sans avoir pu, comme cela lui est reproché à tort par l'Autorité, provoquer un cloisonnement des marchés ; que la différence entre les prix observée avant et après l'éclatement des ententes alléguées n'est, en ce qui la concerne, et ainsi que l'atteste un rapport du Ministère de la culture de décembre 2007, nullement significative, en faisant observer, par surcroît, non seulement que les montants des marchés en cause étaient relativement faibles et qu'elle n'est pas non plus un opérateur majeur du secteur concerné ; enfin, en ce que sa situation individuelle n'a pas été correctement prise en compte au regard de ses importantes difficultés financières, qui auraient dû conduire l'Autorité à diminuer sensiblement le montant de l'amende infligée, par surcroît dans un contexte marqué par la diminution des crédits alloués à la restauration des monuments historiques qui est à l'origine d'une raréfaction des marchés et, par voie de conséquence, d'une baisse de l'activité et du chiffre d'affaires des entreprises intervenant dans ce secteur (arrêt p. 62 et 63) ;

QUE sur les critères de détermination des sanctions, en ce qui concerne l'ancienneté des faits, celle-ci ainsi que la durée de la procédure ne constituent pas des motifs de réduction de la sanction dont les critères de détermination doivent être recherchés, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, au regard de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation individuelle des entreprises ; que le moyen sera écarté ; qu'en ce qui concerne la gravité des pratiques, sous couvert de moyens tendant à contester la gravité des faits, dont l'appréciation doit être opérée par l'Autorité dans le cadre de la détermination des sanctions applicables, les sociétés Degaine, Pavy, Pateu & Robert et Bodin contestent ou cherchent à minimiser leur participation aux ententes qui, comme cela a été dit dans les développements qui précèdent sur les pratiques, a été exactement caractérisée pour chacune des entreprises mises en cause par l'Autorité ; qu'à ce stade, il n'y a pas lieu non plus d'analyser à nouveau les incidences de la procédure pénale sur la Décision de l'Autorité ; qu'il suffit de rappeler, concernant tout d'abord la nature et la portée des pratiques en cause, qu'il est

constant que l'ensemble des ententes en cause portent sur des marchés publics d'appels d'offres, que les pratiques relevées en Aquitaine, en Ile-de-France, en Bourgogne et dans le Nord-Pas-de-Calais portent sur des concertations et échanges d'informations des entreprises avant le dépôt des offres ; que les éléments relevés dans les régions Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie ont permis d'établir, dans ces trois régions, l'existence d'ententes organisées à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et visant à se répartir les marchés publics lancés pour la restauration des monuments historiques situés sur ces territoires et à simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage ; que ces ententes régionales ont été mises en oeuvre au moyen de concertations et échanges d'informations répétés, intervenant à l'occasion des appels d'offres particuliers, et par la présentation à titre habituel d'offres de couverture au profit des entreprises concurrentes ; qu'ainsi que le rappelle la Décision (points 632. 634 et 635), la restauration de monuments historiques étant presque exclusivement subordonnée à l'engagement de procédures de mise en concurrence publiques, les entreprises actives dans ce secteur, ce qui est le cas des requérantes, sont nécessairement habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et ne peuvent dès lors prétendre ignorer ou encore, comme le font certaines requérantes, minimiser le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres ; que les pratiques d'ententes entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses compétiteurs, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'au contraire, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les compétiteurs de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ; que les ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie sont d'autant plus graves qu'elles ont pris la forme d'un véritable système de partage des marchés au niveau régional et qu'il ne fait pas de doute que la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ; que, concernant ensuite l'étendue des pratiques, il est également acquis (points 636, 637 et 638) que les ententes ont regroupé les principales entreprises actives dans le secteur de la restauration des monuments historiques, étant observé que la généralisation des pratiques anticoncurrentielles est également illustrée par le fait que les nouveaux acteurs étaient invités à rejoindre l'entente existante au niveau régional (point 171 de la Décision) ; que, par ailleurs, s'agissant des trois régions dans lesquelles une entente de répartition a pu être établie, le comportement des entreprises mises en cause ne s'est pas limité à quelques appels d'offres, comme en témoigne le nombre très important des marchés sur lesquels des pratiques de concertation préalable ont pu être identifiées ; que le volume très élevé des appels d'offres en cause témoigne de la mise en place, dans chaque région concernée, de véritables systèmes de partage des marchés et de pactes de non-agression de large portée ; que, de manière générale, les accords de répartition mis en oeuvre en Haute-Normandie, en Basse-Normandie et en Picardie, et les concertations à l'occasion d'appels d'offres particuliers mises en oeuvre en Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne et Nord-Pas-de-Calais, qui ont été relevées dans le cadre de la présente affaire mettent en évidence la vaste étendue du territoire concerné par les pratiques d'ententes sur appels d'offres mises en oeuvre par les entreprises du secteur des monuments historiques au cours de la période en cause ; que, concernant enfin la

durée des pratiques, il est également avéré qu'en ce qui concerne les trois ententes régionales de répartition des marchés, qui constituent chacune une infraction continue, les pratiques ont été mises en oeuvre pendant une longue période, les éléments relevés au cours de l'instruction ayant permis de démontrer des échanges depuis au moins avril 1997 s'agissant de la Haute-Normandie, décembre 1997 s'agissant de la Basse-Normandie et février 1998 s'agissant de la Picardie et que ces pratiques ont pris fin au plus tôt en février 2002 s'agissant des deux premières ententes, et en octobre 2001 s'agissant de la dernière (point 639 de la Décision) ; qu'il n'a été mis fin aux ententes qu'à la suite des perquisitions des locaux des entreprises et de l'audition de leurs dirigeants dans le cadre de l'Information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen en septembre 2001 (point 641 de la Décision) ; que c'est à tort que certaines requérantes imputent aux autorités publiques, maîtres d'oeuvre ou maîtres d'ouvrage, un rôle actif, sinon décisif, dans l'élaboration et la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles alléguées en se référant pour l'essentiel, soit à des comportements individuels relatés par le rapport d'enquête des services de la DGCCRF, qui fait état de l'existence, pour certains marchés, de rapports étroits entre des personnes liées à la maîtrise d'oeuvre ou d'ouvrage et l'entreprise déclarée attributaire des travaux, susceptibles de caractériser une forme de « complicité » dans la mise en oeuvre des ententes anticoncurrentielles, soit à leur souhait d'attribuer les marchés de restauration à l'entreprise intervenant habituellement sur le monument concerné, au motif que sa connaissance du bâtiment constituerait une garantie de qualité ; qu'en effet ainsi que le relève la Décision (points 643, 645 et 646), l'ordonnance du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen du 15 décembre 1999 conclut au non lieu en ce qui concerne les agissements qui avaient été reprochés aux représentants des autorités publiques dans le cadre de l'information judiciaire ouverte en 2001 ; que, pas davantage que devant l'Autorité les requérantes ne font état d'autre élément circonstancié permettant d'établir l'encouragement des autorités publiques dans la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles en litige, comportement qui, au demeurant, en l'absence de contrainte irrésistible, ne pourrait être pris en compte pour modérer la gravité des pratiques en cause dès lors que les entreprises concernées, habituées à répondre à de nombreux appels d'offres, ne pouvaient en ignorer le caractère illicite (p. 66 à 68) ;

QU'en ce qui concerne l'importance du dommage causé à l'économie, contrairement à ce que soutiennent ou sous-entendent certaines requérantes, l'Autorité de la concurrence est en droit, ainsi que le rappelle la Décision (points 647, 648 et 649), de procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage à l'économie, comme de la gravité des pratiques, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques, ce qu'il appartiendra à la cour d'apprécier ciaprès ; que, s'agissant spécialement d'ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, il ne peut non plus être sérieusement contesté que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, de telles pratiques affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'enfin, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie ; qu'au cas d'espèce, s'agissant en premier lieu des ententes de répartition régionale des marchés, la Décision a, par d'exacts motifs (points 650 à 679), que la cour adopte, caractérisé l'importance du dommage à l'économie ; qu'il suffit de rappeler que, pour parvenir à de telles conclusions, la Décision s'est exactement référée à une série de constatations qui ne sont pas remises en cause par les éléments mis en exergue par les requérantes et qui procèdent : - de la taille et de la part des marchés affectés : les pratiques continues d'ententes de répartition des marchés,

qui ont été mises en oeuvre dans trois régions, la Haute-Normandie, la Basse-Normandie et la Picardie ont porté sur la quasi-totalité des marchés régionaux affectés, dès lors que les participants à l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie détenaient la quasi-totalité du marché en cause et que les membres des ententes mises en oeuvre en Basse-Normandie et en Picardie détenaient ensemble plus de 90 % des parts des marchés concernés ; - de la durée des pratiques : les trois ententes régionales de répartition des marchés ont été mises en oeuvre pendant une période continue, égale à près de cinq ans pour l'entente en Haute-Normandie (avril 1997 à février 2002), plus de quatre ans pour l'entente en Basse-Normandie et près de quatre ans pour l'entente en Picardie (février 1998 à octobre 2001), si bien que les ententes ont causé un dommage important au secteur de la restauration des monuments historiques durant la période considérée, et plus largement à l'économie, les clients des mises en cause étant principalement des services de l'Etat et des collectivités territoriales ; que la Décision s'est également référée à juste titre de l'étude des conséquences conjoncturelles et/ ou structurelles des pratiques qui se manifestent tant par un cloisonnement des marchés que par une augmentation des prix résultant de la mise en oeuvre des ententes ; que sur le cloisonnement des marchés, la Décision se réfère utilement et suffisamment : - aux éléments relevés au cours de l'instruction qui établissent que les ententes régionales avaient pour effet de figer les parts de marchés et de prévenir l'entrée d'entreprises « extérieures » sur chacun des marchés régionaux concernés, l'éclatement des ententes s'étant traduit a contrario par une animation du jeu concurrentiel entre les membres des ententes, ce que confirment les déclarations des représentants des DRAC de Haute-Normandie et de Picardie, qui, interrogés au cours de l'instruction pénale, ont indiqué avoir constaté au cours de l'année 2002 l'arrivée dans leur région d'entreprises nouvelles, déposant des offres compétitives par rapport aux entreprises locales dites « historiques » ; - à l'existence de zones géographiques et de monuments « réservés » à une entreprise particulière, tel que le Mont Saint Michel pour l'entreprise Degaine ; que, selon les indications des représentants des DRAC auditionnés, l'éclatement des ententes s'est traduit par le changement des titulaires habituels des marchés pour certains édifices ; que, sur l'augmentation des prix résultant de la mise en oeuvre des ententes, que la Décision, après avoir relevé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que l'entente en cause s'est effectivement traduite, en l'espèce, par une élévation des prix, a justement estimé que les éléments concordants relevés au cours de l'instruction permettent toutefois d'établir que les pratiques en cause ont eu un important effet haussier sur les prix des marchés d'appels d'offres pour la restauration de monuments historiques dans les trois régions concernées ; que la Décision retient exactement, à titre liminaire, qu'il importe peu que, contrairement à ce que soutiennent encore et en vain les requérantes, l'offre retenue par le maître d'ouvrage soit d'un montant inférieur à l'estimation de l'administration, seul le fonctionnement normal de la concurrence et l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents étant en effet de nature à garantir l'obtention du juste prix ; que, pour le surplus, la cour se réfère purement et simplement, en ce qui concerne la hausse des prix après la cessation des ententes : aux constatations et appréciations opérées par la Décision (points 658 à 669) sur la différence observée entre les prix des marchés attribués et les estimations des maîtres d'oeuvre avant et après l'éclatement des ententes ainsi qu'aux explications données, qui répondaient déjà aux objections des requérantes, sur la méthode retenue par les services de l'Autorité qui ont eux-mêmes rectifié les calculs présentés au rapport administratif d'enquête et au rapport de l'IGAAC ; aux constatations opérées par les services de l'Autorité (points 673 à 676 de la Décision) à partir d'un rapport de l'IGAAC qui, sur ce point, démontre une baisse des prix unitaires des prestations fournies par certaines entreprises à partir de 2002 ; que c'est à tort que les requérantes maintiennent que la baisse des prix constatée ne s'expliquerait pas uniquement par la cessation des pratiques, compte tenu notamment du contexte de crise

du secteur de la restauration des monuments historiques lié à la diminution des crédits publics depuis 2002, dès lors, qu'à l'opposé, ainsi que l'a précisé la Décision (point 678) le volume des marchés remportés par les entreprises ayant fait l'objet de l'étude de l'IGAAC est resté stable au cours de la période concernée (26, 3 millions d'euros, contre 27, 8 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 1999 à 2001, et 26, 8 millions d'euros, contre 35 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 2002 à 2004) ; que le représentant de la DRAC de Basse-Normandie relève une augmentation du volume des travaux programmés à partir de 2001, les autorisations d'engagement et les crédits de paiement ayant augmenté respectivement de 22, 5 % et 36, 5 % en 2002 ; s'agissant de la Haute-Normandie, les représentants de la DRAC indiquent seulement l'existence d'un gel ponctuel des crédits au moment de l'élection présidentielle de 2002, ceux-ci ayant ensuite été réaffectés à cette direction et de même, selon un rapport de la commission des affaires culturelles du Sénat, les crédits consommés consacrés aux monuments historiques sont passés au niveau national de 314 à 367 millions d'euros entre 2000 et 2004, étant demeurés stables autour de 330 millions d'euros en 2001 et 2002 ; qu'au regard de ces éléments, l'Autorité qui, comme il a été dit, n'était pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, était en droit de conclure que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la hausse des prix liée à la mise en oeuvre des ententes régionales a eu pour probable effet de freiner le lancement de chantiers de restauration de monuments historiques appartenant au patrimoine culturel national en rappelant utilement les appréciations du représentant de la DRAC de Haute-Normandie aux termes desquelles la baisse des prix consécutive à l'éclatement de l'entente dans cette région avait permis de dégager des crédits pour engager de nouvelles opérations de restauration, qui n'auraient, sans ces reliquats, pas trouvé de financement à court terme ; que s'agissant en second lieu des ententes ponctuelles sur appels d'offres, la Décision, après avoir utilement rappelé que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre les entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, de telles pratiques affectant en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants, le dommage à l'économie peut, en l'espèce être apprécié, notamment, au regard du montant des marchés attribués, d'une part, et de la part des auteurs des ententes anticoncurrentielles sur le marché, d'autre part ; qu'il résulte des constatations de l'Autorité sur ces points, auxquelles la cour se réfère purement, et simplement, que c'est par d'exacts motifs (points 680 à 684) que la Décision a jugé que les ententes ponctuelles sur appels d'offres se sont traduites par un dommage non négligeable à l'économie (p. 68 à 70) ;

QU'en ce qui concerne la prise en compte de la situation individuelle des entreprises concernant enfin la société Degaine, même s'il est vrai que la participation de cette entreprise n'est, comme il a été dit, finalement avérée que pour 10 marchés et non pour 11, cette rectification minime n'affecte pas cependant pas le principe même de sa participation à l'entente et n'est pas ainsi de nature à remettre en cause la prise en compte par la Décision de la situation individuelle de cette entreprise ; que sur la durée de la participation de chacune des entreprises aux ententes régionales, durée que certaines requérantes tentent de minimiser, qu'il suffit de se référer aux développements qui précèdent concernant la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles, sauf à rappeler que l'Autorité a tenu compte (point 697 de la Décision) des différences de durée de participation pour l'appréciation de la sanction infligée aux entreprises ; que tel est le cas de la société EGL à propos de laquelle la Décision relève, au titre de l'appréciation de sa situation individuelle, qu'elle s'est temporairement écartée des ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie et en Picardie, entre octobre 1999 et décembre 2000 pour la première entente, et au cours des mois de mars à mai 2000 pour la seconde, abstention

temporaire qui a été prise en considération dans le cadre du calcul de la sanction qui lui a été infligée ; qu'enfin, sur l'existence d'un groupe, la Décision rappelle à bon droit (points 698 à 702) que l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction ; qu'en effet, l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier et que, ainsi que le rappelle la Décision, l'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puissante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise ; que, dès lors, la société Pradeau et Morin invoque vainement le fait que son appartenance au groupe Eiffage n'a joué aucun rôle dans les mécanismes du comportement anticoncurrentiel qui lui est imputé dès lors que, même en la supposant avérée, cette situation ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité tienne compte du fait que l'entreprise à laquelle elle impute l'infraction appartient à un groupe jouissant d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs, ce qui est le cas en l'espèce du groupe Eiffage qui dispose, ce qui n'est pas contesté, de ressources globales considérablement plus importantes que celles des autres acteurs des ententes ; que cette conclusion vaut pour les autres entreprises se trouvant dans une situation comparable, sur ce point, à celle de Pradeau et Morin, à savoir Degaine et Pateu & Robert qui appartiennent toutes deux au groupe Vinci (arrêt p. 71) ;

QUE sur le montant des sanctions (¿) en ce qui concerne les éléments à prendre en compte, sous réserve de ce qui vient d'être précisé concernant le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la société Pradeau et Morin, la cour se réfère purement et simplement aux énonciations de la Décision (points 718, 719 et 720) explicitant, dans le cadre général défini par l'article L. 464-2 du code de commerce, à partir du chiffre d'affaires considéré, sa méthode de détermination des sanctions et, lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu ; qu'il est constant, à cet égard, que Charpentier PM, Terh et Degaine qui avaient allégué de telles difficultés devant l'Autorité, le font à nouveau devant la cour au soutien de leur recours ; qu'en revanche, que les éventuelles difficultés du secteur de la restauration des monuments historiques mises en avant par certaines requérantes au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef des sanctions prononcées, à les supposer avérées, ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du code de commerce pour l'évaluation des sanctions et, qu'au regard du respect du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises, du fait de leur situation particulière et dans la mesure où elles affecteraient leurs capacités contributives qui doivent, dans la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, sont susceptibles d'être prises en compte : qu'en égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et en égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause, les moyens et justificatifs avancés par les requérantes, à l'exception de Pradeau et Morin et de Terh Monuments Historiques ne conduisent pas la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité (¿) - à la société Degaine (points 753, 754 et 755 de la Décision), étant précisé que l'Autorité a justement écarté la demande de réduction du montant de la sanction présentée par cette société en raison de ses difficultés financières au motif qu'appartenant au groupe Vinci qui, disposant de ressources financières considérables - enregistrement d'un chiffre d'affaires de 31, 9 milliards d'euros, et d'un résultat net de 1, 6 milliard d'euros en 2009 - n'est pas fondée à se prévaloir de difficultés financières particulières qui affecteraient sa capacité contributive

(arrêt p. 73 et 74) ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE si la Décision constate que la société Degaine a été attributaire des onze marchés passés pour la restauration du Mont-Saint-Michel au cours de la période en cause (point 151), il ressort des pièces communiquées par la requérante concernant le marché du Mont Saint-Michel du 18 juin 2002 que la date de remise du marché figurant sur la liste établie par la DGCCRF est en fait la date de réception des travaux du marché du 13 février 2001, ce qui, comme le soutient la requérante, ramène au nombre de dix les marchés impliqués dans l'entente (p. 51, dernier alinéa) ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE par ailleurs, les pratiques de répartition de marchés reprochées à ces entreprises se sont poursuivies au moins jusqu'en février 2001 s'agissant de Degaine (p. 32, alinéa 5) ;

1°) ALORS QU'en faisant application, pour fixer le montant de l'amende infligée à la société Degaine à 7, 49 % du chiffre d'affaires de 2009, des dispositions plus sévères de l'article L. 464-2 du code de commerce issues de la loi NRE du 15 mai 2001 relevant le plafond de l'amende de 5 % du chiffre d'affaires HT réalisé en France au cours du dernier exercice clos à 10 % du chiffre d'affaires HT réalisé au niveau mondial, après avoir admis que, contrairement à ce que l'Autorité de la concurrence a retenu, les pratiques reprochées à la société Degaine ne s'étaient pas poursuivies jusqu'au 18 juin 2002, mais seulement jusqu'au 13 février 2001, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, ce dont il résultait que les nouvelles dispositions plus sévères n'étaient pas applicables à la société Degaine, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé par fausse application l'article L. 464-2 dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, par refus d'application l'article L. 464-2 dans sa rédaction antérieure à la loi NRE, ensemble le principe de non rétroactivité des lois à caractère punitif ;

2°) ALORS QUE l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme interdit le prononcé de sanctions qui ne seraient pas prévisibles à la date de commission des faits litigieux ; qu'en retenant, pour infliger une sanction pécuniaire de 536. 000 euros à la société Degaine, le dernier exercice clos à la date de la décision de l'Autorité de la concurrence, et non celui clos à la date des faits en cause, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé ;

3°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que la gravité d'une entente s'apprécie, notamment, en tenant compte de la durée des pratiques reprochées ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que les pratiques reprochées à la société Degaine ne se sont pas poursuivies jusqu'au 18 juin 2002, mais seulement jusqu'au 13 février 2001, et que l'Autorité de la concurrence a retenu par erreur la responsabilité de la société Degaine au titre d'un marché du 18 juin 2002 ; qu'en considérant néanmoins que l'absence de participation de la société Degaine au titre d'un marché du 18 juin 2002 n'était pas de nature à remettre en cause, par la décision de l'Autorité de la concurrence, la situation individuelle de cette entreprise, bien que la constatation de cette erreur conduisait nécessairement à diminuer sensiblement la durée des pratiques imputées à la société Degaine et, partant, leur gravité, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que l'appréciation de la gravité d'une entente suppose de procéder à une analyse concrète des effets de chaque pratique incriminée ; qu'en affirmant au contraire que « les pratiques d'ententes entre soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature », et que l'Autorité de la concurrence est en droit de procéder à une approche globale de la gravité des pratiques, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en déduisant la gravité des pratiques imputées à la société Degaine des ententes régionales pratiquées non seulement en Basse-Normandie, mais également en Haute-Normandie, en Bourgogne et en Picardie ou encore de pratiques individuelles constatées en Ile-de-France et dans le Nord-Pas-de-Calais, auxquelles la société Degaine n'a jamais participé, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en affirmant au contraire que le dommage à l'économie peut être apprécié globalement, ou encore que l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance ; qu'en appréciant le dommage à l'économie des pratiques reprochées à la société Degaine, circonscrites à la seule région de Basse-Normandie, en tenant compte de l'ensemble des ententes régionales ou ponctuelles relevées en Aquitaine, Ile-de-France, Haute-Normandie, Nord-Pas-de-Calais, Bourgogne et Picardie auxquelles la société Degaine est toujours demeurée étrangère, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

8°) ALORS QUE les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ; qu'en affirmant que la société Degaine n'était pas fondée à faire état de ses difficultés financières affectant ses capacités contributives pour obtenir une réduction du montant de l'amende dans la mesure où elle appartient à un groupe disposant de ressources financières considérables, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

9°) ALORS QUE les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ; qu'en affirmant que les difficultés financières doivent, dans la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

10°) ALORS QUE même lorsque la société mère a été condamnée au titre des seuls agissements anticoncurrentiels de sa filiale, sa responsabilité ne peut jamais excéder celle de sa filiale, et la société mère doit bénéficier de la réduction de l'amende pouvant être obtenue par sa filiale ; qu'a fortiori l'appartenance à un groupe dont la société mère n'a pas été mise en cause ne saurait donc faire obstacle à la prise en compte des difficultés financières de la société condamnée pour fixer la sanction ; qu'en décidant le contraire la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

11°) ALORS QUE seule constitue une circonstance aggravante prévue par l'article L. 464-2 du code de commerce, l'éventuelle réitération des pratiques prohibées de nature à majorer la sanction individuelle prononcée ; qu'ainsi, l'appartenance à un groupe n'est pas une circonstance aggravante de l'infraction ; qu'en affirmant au contraire que « l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction », la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

12°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires, prononcées par l'Autorité de la concurrence, doivent être proportionnées à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, le tout de façon motivée pour chaque sanction ; qu'en se bornant, pour individualiser les sanctions, à affirmer que toutes les entreprises appartenant à un groupe doivent être traitées à l'identique, la cour d'appel, qui n'a pas individualisé la sanction de la

société Degaine, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Moyens produits au pourvoi n° H 12-27. 700 par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour la société TERH monuments historiques.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infligé à la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES une sanction pécuniaire de 450 000 euros et D'AVOIR ordonné des mesures de publication de l'arrêt à ses frais au prorata du montant de la sanction prononcée à son encontre ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE :

« Sur la prescription

« qu'aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce :

- dans sa rédaction en vigueur du 21 septembre 2000 au 5 novembre 2004, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

- dans sa version en vigueur du 5 novembre 2004 au 15 novembre 2008, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

- dans sa version actuellement en vigueur issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 :

« L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence.

Toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-et » ;

Que l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 comporte les dispositions transitoires suivantes :

II. La validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis. III. () l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date. Le collège de l'Autorité de la concurrence est substitué au collège du Conseil de la concurrence pour l'examen de ces affaires, y compris pour les affaires en délibéré. » (arrêt, p. 26 et 27) ;

« que s'il est vrai que le 3ème alinéa de l'article L. 462-7 3 du code de commerce dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008 dispose que la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité ait statué sur celles-ci, il n'en demeure pas moins que les nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en conformité avec ces principes, les dispositions transitoires fixées par le II et le III de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 prévoient :

- que la validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis ;

- que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ;

Considérant qu'en l'espèce, la notification des griefs ayant été adressée aux entreprises poursuivies le 16 décembre 2008, soit antérieurement à la première réunion de l'Autorité, qui a eu lieu en mars 2009, la prescription décennale instituée par l'article L. 462-7 alinéa 3 du code de commerce n'était, en application des principes sus-rappelés, pas applicable aux pratiques sanctionnées qui restent soumises à la seule prescription triennale s'agissant de la période antérieure au 6 novembre 2004 ou quinquennale à compter de cette date » (arrêt, p. 28 et 29) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE :

« 2. SUR LA PRESCRIPTION

a) En ce qui concerne la prescription décennale

Les entreprises mises en cause font valoir que le délai de prescription de dix ans prévu par l'article L. 462-7 du code de commerce est applicable à la présente affaire dès lors que cette règle de prescription, instaurée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, est d'application immédiate.

Dans le cas d'une infraction continue, le délai de prescription ne commence toutefois à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin (voir, en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2009, Etablissements Mathé, confirmant la décision du Conseil de la concurrence n° 08- D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, point 123 et s. ; voir aussi la décision du Conseil de la concurrence n° 07- D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques concernant les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, et la jurisprudence citée sous les points 177 et s.).

Au cas d'espèce, ainsi qu'il sera démontré ci-après (voir points 380 et s. ci-dessous), les ententes de répartition des marchés publics mises en oeuvre par les entreprises au niveau régional en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie constituent des infractions continues, qui se sont poursuivies jusqu'en 2001 ou 2002 selon les régions, la fin des pratiques correspondant aux premières phases de développement de l'enquête menée dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen. Ainsi, la cessation de ces ententes peut être fixée, pour chaque région concernée, aux dates des derniers appels d'offres où il a été constaté que des contacts et des échanges d'informations entre les entreprises concernées avaient eu lieu (voir points 124, 164 et 215 ci-dessus).

Le délai de prescription a ainsi commencé à courir :

- le 24 février 2002 s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie,
- le 12 février 2002, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Basse Normandie,
- le 19 octobre 2001, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Picardie.

Par ailleurs, les griefs relatifs aux pratiques mises en oeuvre dans les régions Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne, Nord-Pas-de-Calais, Champagne-Ardenne et Pays-de-la-Loire visent des concertations à l'occasion d'appels d'offres spécifiques, qui se sont déroulées entre mai 2001 et septembre 2002 selon les marchés en cause.

Ainsi, un délai inférieur à dix ans s'est écoulé entre la cessation des ententes et la date de la présente décision. En admettant même, malgré les dispositions transitoires citées au point 286, que les dispositions nouvelles de l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce soient applicables à la présente affaire, les pratiques ne sont donc en tout état de cause pas prescrites à la date à laquelle l'Autorité statue » (p. 86) ;

1°/ ALORS, D'UNE PART, QUE les lois qui organisent des prescriptions extinctives sont des lois de procédure et, comme telles, s'appliquent immédiatement aux faits commis

antérieurement à leur entrée en vigueur à condition de ne pas priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en l'espèce, pour dire que la prescription décennale prévue à l'article L. 462-7 alinéa 3 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, n'était pas applicable aux pratiques en cause, la cour d'appel ne pouvait faire application des dispositions transitoires fixées par le III de l'article 5 de cette ordonnance qui prévoient que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date quand, ayant elle-même relevé que la notification des griefs avait été adressée aux entreprises poursuivies le 16 décembre 2008, soit antérieurement à la première réunion de l'Autorité qui avait eu lieu en mars 2009 (arrêt p. 28 § 6 et 7 et p. 29 § 1 et 2), il en résultait que la prescription décennale issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008 était bien applicable car entrée en vigueur avant la première réunion de l'Autorité de mars 2009 ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008 par fausse application et l'article L. 462-7 alinéa 3 du Code de commerce par refus d'application ;

2°/ ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE la décision de l'Autorité en date du 26 janvier 2011 ayant été rendue postérieurement à l'entrée en vigueur de la prescription décennale, elle ne constituait pas un acte accompli régulièrement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008 et ne faisait donc pas obstacle à son application immédiate par la cour d'appel aux pratiques en cause, même si celles-ci avaient été commises antérieurement à son entrée en vigueur ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008 par fausse application et l'article L. 462-7 alinéa 3 du Code de commerce par refus d'application ;

3°/ ALORS, AUSSI, QUE selon l'article L. 462-7 alinéa 3 du Code de commerce, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci ; qu'en l'espèce, pour écarter la prescription, la cour d'appel ne pouvait retenir qu'un délai inférieur à dix ans s'était écoulé entre la cessation des ententes et la décision de l'Autorité de la concurrence en date du 26 janvier 2011, aux motifs que les ententes de répartition des marchés publics mises en oeuvre par les entreprises au niveau régional en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie constituaient des infractions continues, qui s'étaient poursuivies respectivement jusqu'au 24 février 2002, 12 février 2002 et 19 octobre 2001 (décision p. 86 n° 291 à 295), quand elle avait constaté que la société TERH n'avait participé à l'entente en Picardie que jusqu'en juillet 1999 (arrêt p. 58 § 2 et décision p. 124 n° 525), ce dont il résultait que la prescription décennale était acquise s'agissant des pratiques reprochées à la société TERH en Picardie ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR infligé à la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES une sanction pécuniaire de 450 000 euros et D'AVOIR ordonné des mesures de publication de l'arrêt à ses frais au prorata du montant de la sanction prononcée à son encontre ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE :

« Sur le montant des sanctions

En ce qui concerne la méthode de détermination des sanctions

Sur l'assiette servant de calcul du montant des sanctions, que la Décision a rappelé à bon droit que la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de concurrence,

dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de l'infraction ; qu'alors qu'il est acquis qu'aucune des entreprises requérantes ne réalise la totalité de son chiffre d'affaires dans le secteur concerné de la restauration des monuments historiques, la Décision relève cependant que cette référence ne pouvait être retenue au cas d'espèce comme montant de base des sanctions infligées, faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant ; que la Décision observe, à cet égard, que les entreprises, invitées en séance à communiquer les éléments relatifs à la proportion de leur chiffre d'affaires en rapport avec leur activité dans le secteur de la restauration des monuments historiques, réalisé au cours de la période de commission des pratiques sur les marchés affectés par celles-ci, n'ont, pour la plupart d'entre elles, pas fourni de données pertinentes, complètes et justifiées ; que, par ailleurs, certaines d'entre elles n'ont fourni aucun élément sur ce point ; que c'est dans ces conditions que l'Autorité, estimant ne pas disposer de données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes, a décidé d'utiliser le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises comme base pour déterminer le montant des sanctions ; Qu'au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef de l'assiette de calcul du montant des sanctions retenue par l'Autorité, la plupart des requérantes n'ont pas communiqué à la cour de données répondant aux exigences définies par l'Autorité et approuvées par la cour ; qu'en effet :

- les sociétés Entreprise H Chevalier Nord, EGL, Charpentier PM, Pateu Robert, Société Nouvelle Bodin et Terh Monuments Historiques persistent à se référer, selon le cas, aux données brutes établies par elles dont l'authenticité n'a pu être vérifiée faute de pièces justificatives ou de certification et qui, par surcroît, ne portaient pas sur le même type de marchés-clientèle publique ou publique et privée-ou, en ce qui concerne spécialement Charpentier PM et Pateu & Robert-sur une période postérieure aux pratiques en cause ;
- la Société Nouvelle Bodin a seulement communiqué, dans le cadre de la réponse à la notification des griefs, un tableau récapitulatif de ses résultats entre 1996 et 2008 ;

Dès lors, que concernant ces sociétés, la Décision (point 716), était fondée à retenir le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause, en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties, la Décision expliquant que le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise a été plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction (arrêt, p. 72 et 73) ;

En ce qui concerne les éléments à prendre en compte

Que, sous réserve de ce qui vient d'être précisé concernant le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la société Pradeau et Morin, la cour se réfère purement et simplement aux énonciations de la Décision (points 718, 719 et 720) explicitant, dans le cadre général défini par l'article L. 464-2 du code de commerce, à partir du chiffre d'affaires considéré, sa méthode de détermination des sanctions et, lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu ; qu'il est constant, à cet égard, que Charpentier PIV, Terh et Degaine qui avaient allégué de telles difficultés devant l'Autorité, le font à nouveau devant la cour au soutien de leur recours (p. 73) ; Que compte tenu des éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause (points 734 et 735 de la Décision) ainsi qu'aux éléments avancés et aux justificatifs produits par la requérante qui justifient l'existence de difficultés financières particulières et actuelles de nature à diminuer sa capacité contributive, le montant de la sanction doit être réduit à 450 000 euros » (p.

75) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE :

« L'assiette servant au calcul du montant de la sanction

Si la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de concurrence, dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de l'infraction, cette référence ne pourra être retenue au cas d'espèce comme montant de base des sanctions infligées, faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant.

En effet, les entreprises, invitées en séance à communiquer les éléments relatifs à la proportion de leur chiffre d'affaires en rapport avec leur activité dans le secteur de la restauration des monuments historiques, réalisé au cours de la période de commission des pratiques sur les marchés affectés par celles-ci, n'ont pas fourni, pour la plupart d'entre elles, de données pertinentes, complètes et justifiées. Par ailleurs, certaines d'entre elles n'ont fourni aucun élément sur ce point.

Dans ces conditions, l'Autorité, faute de disposer de données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes utilisera le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises comme base pour déterminer le montant des sanctions. A cet égard, le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos sera retenu, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause. Sera seul pris en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties.

Le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise sera plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction. Par ailleurs, dans le cas particulier de la société Faber, qui a communiqué sur ce point des données pertinentes, complètes et justifiées, il sera pris en compte, pour le calcul de la sanction qui lui sera infligée, qu'elle réalisait au cours de la période de commission des pratiques un très faible pourcentage de son chiffre d'affaires total dans le secteur de la restauration de monuments historiques, à la différence des autres entreprises concernées.

Les éléments à prendre en compte

Le montant de chaque sanction sera déterminé à partir du chiffre d'affaires qui vient d'être défini en tenant compte du nombre d'infractions auxquelles chacune des entreprises a participé. Le montant de la sanction repose sur les éléments généraux suivants : la gravité des infractions constatées ainsi que l'importance du dommage à l'économie, telles qu'elles ont été analysées aux points 628 à 689 de la présente décision. A cet égard, lorsqu'une entreprise a participé à une ou plusieurs des ententes régionales 43, infractions complexes et continues, sa participation à une ou plusieurs ententes ponctuelles sur appels d'offres sera également prise en compte pour moduler à la hausse le coefficient appliqué au chiffre d'affaires pour calculer le montant de base de la sanction.

Le montant de la sanction intègre ensuite les éléments d'individualisation retenus aux points 690 à 702 ci-dessus. Elle conduit, ensuite, à appliquer, le cas échéant, les coefficients de minoration, fixés aux points 703 à 711 au titre de la non-contestation des griefs et des engagements pris.

Enfin, le montant de la sanction est écrêté s'il y a lieu afin de ne pas excéder le montant maximal de la sanction applicable pour chacune des parties. Lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu. Dans le cas présent, de telles difficultés sont alléguées par Quélin, Charpentier PM, Faber SA, Terh et Degaine.

Terh Monuments historiques

Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par Terh est de 19 012 739 euros en 1999. Le montant maximal de la sanction s'élève donc à 1 901 273 euros.

Eu égard, d'une part, aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et, d'autre part, au chiffre d'affaires de 6 296 567 euros que Terh a réalisé en France en 2009, le montant de la sanction qui lui est infligée s'élève à 503 000 euros.

Terh a, dans une note en délibéré adressée à l'Autorité le 5 novembre 2010, fait état de difficultés financières subies au cours de l'exercice 2010. Elle a communiqué un compte de résultat provisoire faisant apparaître une perte prévisionnelle pour la période allant du 1^{er} janvier au 30 septembre 2010. Cependant, les éléments fournis par la société, qui ne portent que sur les trois premiers trimestres de l'exercice 2010, ne permettent pas de conclure à l'existence de difficultés financières individuelles particulières, affectant la capacité contributive de la société Terh, alors que celle-ci a enregistré des résultats bénéficiaires continus au titre des trois exercices précédents. Par ailleurs, il convient de relever que le résultat d'exploitation de la société pour les trois premiers trimestres de l'exercice 2010 demeure bénéficiaire » (p. 155 à 157) ;

1°/ ALORS, DE PREMIERE PART, QUE les juges du fond ne peuvent dénaturer les éléments de preuve soumis à leur examen ; qu'en l'espèce, ainsi que l'exposante le soulignait dans ses écritures (mémoire en appel p. 98, 102 et 103), il résultait des comptes annuels de cette société exclusivement française pour l'exercice 1999 que le chiffre d'affaires réalisé au cours de cet exercice, était de 19 012 739 francs, soit 2 898 473 euros (pièce n° 52 en appel p. 5 et 6) ; qu'en affirmant dès lors que le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par la société TERH était de 19 012 739 euros en 1999, pour en déduire que le montant maximal de la sanction qu'elle encourait s'élevait à 1 901 273 euros (décision p. 157 n° 734 et arrêt p. 75 § 3), la cour d'appel a dénaturé la pièce susvisée en violation de l'article 1134 du Code civil et du principe susvisé ;

2°/ ALORS, DE DEUXIEME PART, QUE selon l'article L 464-2 du Code de commerce, « le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre » ; qu'en l'espèce, pour énoncer que le montant maximal de la sanction encourue par la société TEHR s'élevait à 1 901 273 euros, la cour d'appel s'est bornée à affirmer que le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par la société TERH était de 19 012 739 euros en 1999 (décision p. 157 n° 734 et arrêt p. 75 § 3), sans vérifier, comme elle y était invitée (mémoire en appel p. 98, 102 et 103), s'il ne résultait pas des comptes annuels de la société TERH pour l'exercice 1999 que le chiffre d'affaires réalisé au cours de cet exercice était de 19 012 739 francs, soit 2 898 473 euros (pièce n° 52 en appel p. 5 et 6), ce dont il résultait, comme il était justifié, que son chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé était celui de 6 296 567 euros réalisé en 2009 et que le montant maximal de la sanction qu'elle encourait s'élevait à 629 656 euros ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard du texte susvisé ;

3°/ ALORS, DE TROISIEME PART, QUE dans ses écritures d'appel (p. 98 n° 168, p. 102 n° 176 et p. 103 n° 178), l'exposante faisait valoir que l'Autorité de la concurrence s'était méprise entre les francs et les euros en affirmant que le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par la société TERH était de 19 012 739 euros en 1999, quand il s'agissait en réalité d'un chiffre d'affaires de 19 012 739 francs, soit 2 898 473 euros, multipliant ainsi par 6, 55 le montant du chiffre d'affaires de cette société française et, par voie de conséquence, également la sanction maximale encourue par l'exposante ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire, la cour d'appel a violé

l'article 455 du Code de procédure civile ;

4°/ ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE conformément aux articles L 464-2- I du Code de commerce et aux points 32 à 37 du communiqué du 16 mai 2011 publié par l'Autorité de la concurrence, l'exercice de référence pour déterminer l'assiette de la sanction prononcée à l'encontre d'une entreprise est le dernier exercice comptable complet de sa participation aux infractions, dès lors qu'elle justifie, par des données complètes et fiables, du montant du chiffre d'affaires réalisé au cours de cet exercice ; qu'en l'espèce, l'exposante produisait ses comptes annuels certifiés de l'exercice 1999 qui indiquaient qu'elle avait réalisé un chiffre d'affaires de 2 898 473 euros au cours de cet exercice (pièce n° 52 en appel p. 6), lequel était le dernier exercice de sa participation aux trois ententes pour lesquelles elle a été sanctionnée ; que pour retenir le chiffre d'affaires 2009 de la société TERH de 6 296 567 euros comme assiette de la sanction prononcée à son encontre, la cour d'appel, qui s'est bornée à affirmer que l'exposante et d'autres sociétés requérantes persistaient à se référer, selon le cas, aux données brutes établies par elles dont l'authenticité n'avait pu être vérifiée faute de pièces justificatives ou de certification et qui portaient sur une période postérieure aux pratiques en cause (arrêt p. 73 § 1 et décision p. 155 n° 716), sans vérifier si la pièce susvisée, certifiée par les commissaires aux comptes, répondait aux critères susvisés, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;

5°/ ALORS, AUSSI, QUE selon l'article L. 123-23 du Code de commerce, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait retenir le chiffre d'affaires 2009 de la société TERH comme assiette de la sanction prononcée à son encontre en affirmant qu'il s'agissait de la seule donnée appuyée de justificatifs probants (arrêt p. 73 § 3 et décision p. 155 n° 716), quand cette société produisait ses comptes annuels certifiés de l'exercice 1999 qui justifiaient du montant du chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé au cours du dernier exercice de sa participation aux trois ententes pour lesquelles elle a été sanctionnée (pièce n° 52 en appel) ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

6°/ ALORS, ENFIN, QUE selon l'article L. 464-2 I alinéa 3 du Code de commerce, les sanctions pécuniaires sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque sanction ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait affirmer que l'Autorité de la concurrence était fondée à retenir le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, au seul motif qu'il s'agissait de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause (arrêt p. 73 § 3 et décision p. 155 n° 716), sans rechercher, comme elle y était invitée (mémoire en appel p. 98 n° 168 in fine, tableau p. 102-103, et p. 103 n° 179), si l'exposante, qui produisait notamment ses comptes annuels certifiés de l'exercice 1999 (pièce n° 52 en appel), ne justifiait pas du montant du chiffre d'affaires qu'elle avait réalisé au cours du dernier exercice comptable complet de sa participation aux ententes ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé.

Moyens produits au pourvoi principal n° M 12-28. 026 par Me Spinosi, avocat aux Conseils, pour la société Charpentier PM.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société CHARPENTIER de sa demande tendant à déclarer prescrite l'action exercée à son encontre et de lui avoir en conséquence infligé une sanction pécuniaire de 240 000 € ;

Aux motifs propres que : « aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce : dans sa rédaction en vigueur du 21 septembre 2000 au 5 novembre 2004, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun

acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;
- dans sa version en vigueur du 5 novembre 2004 au 15 novembre 2008, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction,

- dans sa version actuellement en vigueur issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 « L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.

Les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence.

Toutefois, la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité de la concurrence ait statué sur celle-ci. » ;

Considérant que l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 comporte les dispositions transitoires suivantes :

« (...) II. La validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis.

III. (...) l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date. Le collège de l'Autorité de la concurrence est substitué au collège du Conseil de la concurrence pour l'examen de ces affaires, y compris pour les affaires en délibéré, » ;
Considérant que la société Degaine maintient qu'en application de l'article L. 462-7 du Code de commerce, la prescription décennale est acquise à la date de la Décision du 26 janvier 2011 pour les marchés antérieurs au 21 août 2000 ;

Que la société Tette Monuments Historiques affirme que l'ordonnance na 2008-1161 du 13 novembre 2008 ne comportant pas de dispositions transitoires concernant l'entrée en vigueur de l'article 462-7 du code de commerce, les dispositions de ce texte d'ordre public concernant la prescription décennale étaient immédiatement applicables, de telle sorte que tous les marchés accordés depuis plus de 10 ans à la date de la séance de l'Autorité de la concurrence, soit ceux dont l'ouverture des plis est postérieure au 26 janvier 2001, devront être déclarés prescrits ; que la requérante soutient que c'est à tort que la Décision a écarté l'application de la prescription décennale en retenant que les diverses ententes reprochées constituaient une seule et même infraction continue, alors pourtant qu'il s'agissait de pratiques mises en oeuvre de manière ponctuelle par des entreprises plus ou moins importantes et par surcroît concernant des marchés d'une dimension distincte et présentant pour elles un intérêt variable au regard, notamment, de l'importance du marché considéré, de l'état de leur carnet de commandes ou encore de la nature des bâtiments concernés ; qu'elle reproche ainsi à la Décision, en ne retenant pas l'existence d'ententes marchés par marchés, commandant une analyse de situations individuelles, mais une entente généralisée, unique et globale :

- d'avoir, sans fondement légal, procédé à une interprétation extensive de la notion d'entente, en instituant une nouvelle infraction aux contours mal définis qui lui permettait non seulement de s'affranchir des garanties procédurales offertes aux entreprises poursuivies, mais encore, en faisant fi des exigences d'interprétation stricte de la loi répressive, d'attribuer aux faits poursuivis une particulière gravité ;

- alors qu'il lui appartenait, pour caractériser une entente en matière de marchés publics, de déterminer, marché public par marché public, l'existence d'un marché pertinent au sens de L. 420-1 du code de commerce qui renvoie au droit communautaire, de s'être affranchie de l'obligation de définition du Marché pertinent ;

Que la requérante, invoquant également le bénéfice de la prescription triennale et de la prescription quinquennale en application des dispositions de l'article L : 462-7 du code de commerce dans ses rédactions antérieures, demande à la cour de constater l'acquisition de la prescription concernant tous les faits commis antérieurement au 12 novembre 2002, sauf démonstration d'une interruption de la prescription, dès lors que la procédure devant l'Autorité n'a été ouverte que le 12 novembre 2007 ; que la requérante précise que le réquisitoire introductif du 24 septembre 2001 ainsi que le réquisitoire supplétif pris le 19 novembre 2001 visant des faits de 2000 et de 2001, seul le réquisitoire supplétif du 19 février 2002 qui a visé une période au delà de 2000 ou de 2001- « depuis temps non prescrit jusqu'au 19 février 2002 » a interrompu la prescription pour les faits commis avant 2000 et ce jusqu'à la date du 19 février 1999 au plus ; que, dans ces conditions, la requérante critique la position prise par l'Autorité en ce qui concerne la prescription triennale, dès lors

-qu'elle a méconnu les règles d'ordre public de l'article L. 462. 7 du code de commerce touchant à la prescription qui, sauf à vider le texte de sa substance, ne peuvent connaître d'exception que dans les conditions fixées de manière restrictive par les dispositions du code de procédure pénale concernant la prescription pénale ;

- qu'elle a également méconnu les limites de la saisine- « in rem » du juge pénal fixées par le réquisitoire introductif et le premier réquisitoire supplétif, alors que le dossier d'instruction qui a conduit au renvoi de son dirigeant devant le tribunal correctionnel l'a été au titre de 9 marchés seulement et que la condamnation finalement prononcée par le jugement du tribunal correctionnel du 27 janvier 2011 n'est intervenue qu'au titre d'un seul marché ;

- qu'en l'absence d'un véritable « concert » débouchant sur un accord global préalable, la Décision se fonde à tort sur la notion de connexité alors, qu'à l'inverse, les pratiques poursuivies sont intervenues entre des entreprises de manière ponctuelle Sur un marché déterminé, par surcroît en fonction de multiples facteurs dont, notamment, l'évolution du carnet de commandes des entreprises concernées qui, trop nombreuses pour pouvoir s'entendre à l'avance, ne disposaient pas d'une connaissance précise de tous les marchés en cause ; que la requérante précise que cette connexité ne pourrait intervenir que pour des faits commis à la même époque et non pas des faits commis antérieurement à la procédure pénale ; que, dans ces conditions, seul le réquisitoire supplétif du 19 février 2002 a interrompu la prescription pour les faits antérieurs aux années 2000 et 2001 et tous les faits commis antérieurement au 19 février 1999, étant par surcroît observé que tous les faits qui n'ont pas été visés par les procès-verbaux cités par le réquisitoire du 19 février 2002 n'entraient pas dans le champ de la saisine du juge pénal et sont donc prescrits ; Que la société Charpentier PM requiert pour sa part la cour de constater qu'en l'absence d'entente régionale de répartition, la prescription décennale est acquise compte tenu de la date-courant 1998 et 1999 et courant du premier semestre 2000- des marchés sur lesquels elle est intervenue, en application de l'article L. 462-7 du code de commerce dont les dispositions, antérieures à la notification de griefs, sont, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, d'application immédiate, en précisant, au surplus, qu'un appel d'offres constituant, en soi, un marché, la pratique anticoncurrentielle alléguée cesse le jour de la remise des offres ;

Mais considérant que s'il est vrai que le 3ème alinéa de l'article L. 462-7 3 du code de commerce dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008 dispose que la prescription est acquise en toute hypothèse lorsqu'un délai de dix ans à compter de la cessation de la pratique anticoncurrentielle s'est écoulé sans que l'Autorité ait statué sur celles-ci, il n'en demeure pas moins que les nouvelles lois de procédure ne peuvent priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en conformité avec ces principes, les dispositions transitoires fixées par le II et le III de l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 prévoient ;

- que la validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes en vigueur à la date à laquelle ils ont été pris ou accomplis ;

- que l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ;
Considérant qu'en l'espèce, la notification des griefs ayant été adressée aux entreprises poursuivies le 16 décembre 2008, soit antérieurement à la première réunion de l'Autorité, qui a eu lieu en mars 2009, la prescription décennale instituée par l'article L. 462-7 alinéa 3 du code de commerce n'était, en application des principes sus-rappelés, pas applicable aux pratiques sanctionnées qui restent soumises à la seule prescription triennale s'agissant de la période antérieure au 6 novembre 2004 ou quinquennale à compter de cette date ;

Considérant que, concernant l'appréciation de l'interruption de la prescription intervenue dans la présente procédure, s'il est acquis que les dispositions du 2¹ alinéa de l'article L. 462-7 du code de commerce ne sont pas applicables dans la présente procédure, il n'en demeure pas moins, ainsi que l'a rappelé la Décision (point 299), que la règle en vertu de laquelle les actes interruptifs de la prescription de l'action publique sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence était également applicable aux actes interruptifs antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, nonobstant l'absence de disposition expresse alors en vigueur ; qu'il en est ainsi, en effet, dès lors que l'élément matériel du délit pénal prévu par l'article L. 420-6 du code de commerce, qui réprime le fait pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, étant défini par renvoi aux dispositions de ces articles qui définissent les pratiques anticoncurrentielles prohibées pouvant faire l'objet de sanctions prononcées contre les entreprises par le Conseil devenu Autorité, les actes interruptifs de la prescription de l'action publique exercée en application de l'article L. 420-6 interrompent également la prescription de l'action devant le Conseil portant sur les mêmes faits ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les actes interruptifs de prescription dans le cadre de la procédure pénale une information judiciaire ouverte le 24 septembre 2001 devant le tribunal de grande instance de Rouen sont également interruptifs de la prescription dans la présente affaire ;

Considérant que, ainsi que l'a rappelé la Décision (point 301), 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 pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité ; qu'au cas d'espèce, il résulte du dossier et il est utilement rappelé par la Décision (point 302) :

- que les pratiques visées dans la présente affaire concernent des accords de répartition de marchés et des concertations préalables à des appels d'offres, qui ont tous pour objet de faire obstacle à la concurrence par les prix sur un ensemble de marchés publics dans le secteur de la restauration des monuments historiques ;
- qu'ainsi, ces pratiques présentent entre elles des liens étroits caractérisant leur connexité ;
- que, partant, l'effet interruptif des actes effectués dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen se produit à l'égard de l'ensemble des entreprises concernées par la procédure devant l'Autorité de la concurrence, et pour l'ensemble des faits visés par la notification de griefs ;

Considérant, sur la computation du point de départ du délai de la prescription, d'une durée de trois ans aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 qui a porté ce délai à cinq ans, que, ainsi que l'a constaté la Décision (points 304 à 306) pour décider que les pratiques en cause en l'espèce, qui ont pris fin après le 6 avril 1998, ne sont pas prescrites :

- entre le 6 avril 2001 et le 6 novembre 2004, date d'entrée en vigueur du nouveau régime de prescription quinquennale, des actes interruptifs de la prescription sont intervenus à une fréquence inférieure à 3 ans ;

- entre le 6 novembre 2004 et les 18 mai 2005 et 12 novembre 2007, dates des saisines du Conseil de la concurrence, des actes interruptifs de la prescription sont intervenus à une fréquence inférieure à 5 ans ;

Qu'en effet :

- le délai de prescription a été interrompu par l'audition de M..., représentant de la DRAC de Rouen, dans le cadre de l'enquête ouverte par les services de la DGCCRF ayant pour objet « la vérification du respect des dispositions des titres II et IV du livre IV du code de commerce dans le secteur de la rénovation et de l'entretien des monuments historiques » en date du 6 avril 2001 (cf. procès-verbal d'audition, cotes 86 à 88) ;

- que constituent également des actes ayant interrompu la prescription, car tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des pratiques d'ententes dénoncées, les actes subséquents de l'enquête de la DGCCRF, de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen, puis de l'instruction des services du Conseil de la concurrence, à savoir :

- . la visite des locaux de la société Normandie Rénovation en date du 12 juin 2001 effectuée en application des dispositions de l'article L. 450-3 du code de commerce (cote 469) ;

- . le réquisitoire introductif d'ouverture d'information judiciaire et la commission rogatoire du 24 septembre 2001 (cotes 1308 et 1310) ;

- . les procès-verbaux de garde à vue et des interrogatoires de première comparution ainsi que les transcriptions d'écoutes téléphoniques qui ont pris place au cours des années 2001, 2002, 2003, 2004 et 2005 (cotes 1419 à 6422) ;

. la saisine de la société GAR Rénovation en date du 18 mai 2005 ;

. l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel de Rouen du 8 septembre 2006 (cotes 3 à 51, dossier 0710087 F) ;

. la saisine d'office du Conseil de la concurrence du 12 novembre 2007 et la saisine du ministre en charge de l'économie en date du 19 novembre 2007 ;

Que, dès lors, le moyen tiré de la prescription doit être écarté » ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que : « 2. SUR LA PRESCRIPTION

a) En ce qui concerne la prescription décennale Les entreprises mises en cause font valoir que le délai de prescription de dix ans prévu par l'article L. 462-7 du code de commerce est applicable à la présente affaire dès lors que cette règle de prescription, instaurée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, est d'application immédiate.

Dans le cas d'une infraction continue, le délai de prescription ne commence toutefois à courir qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin (voir, en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 septembre 2009, Etablissements Mathé, confirmant la décision du Conseil de la concurrence n° 08- D-12 du 21 mai 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la production du contreplaqué, point 123 et s. ; voir aussi la décision du Conseil de la concurrence n° 07- D-15 du 9 mai 2007 relative à des pratiques concernant les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France, et la jurisprudence citée sous les points 177 et s.).

Au cas d'espèce, ainsi qu'il sera démontré ci-après (voir points 380 et s. ci-dessous), les ententes de répartition des marchés publics mises en oeuvre par les entreprises au niveau régional en Haute-Normandie, Basse-

Normandie et Picardie constituent des infractions continues, qui se sont poursuivies jusqu'en 2001 ou 2002 selon les régions, la fin des pratiques correspondant aux premières phases de développement de l'enquête menée dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen. Ainsi, la cessation de ces ententes peut être fixée, pour chaque région concernée, aux dates des derniers appels d'offres où il a été constaté que des contacts et des échanges d'informations entre les entreprises concernées avaient eu lieu (voir points 124, 164 et 215 ci-dessus).

Le délai de prescription a ainsi commencé à courir :

- le 24 février 2002 s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie,

- le 12 février 2002, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Basse Normandie,

- le 19 octobre 2001, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Picardie.

Par ailleurs, les griefs relatifs aux pratiques mises en oeuvre dans les régions Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne, Nord-Pas-de-Calais, Champagne-Ardenne et Pays-de-la-Loire visent des concertations à l'occasion d'appels d'offres spécifiques, qui se sont déroulées entre mai 2001 et septembre 2002 selon les marchés en cause.

Ainsi, un délai inférieur à dix ans s'est écoulé entre la cessation des ententes et la date de la présente décision. En admettant même, malgré les dispositions transitoires citées au point 286, que les dispositions nouvelles de l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce soient applicables à la présente affaire, les pratiques ne sont donc en tout état de cause pas prescrites à la date à laquelle l'Autorité statue » (p. 86) » ;

Alors d'une part que de nouvelles lois de procédure s'appliquent immédiatement aux faits commis antérieurement à leur entrée en vigueur à condition de ne pas priver d'effet les actes accomplis régulièrement avant leur entrée en vigueur ; qu'en refusant de faire

application de la prescription décennale prévue par l'article L. 462-7 alinéa 3 du code de commerce, lorsque la décision de l'Autorité de la concurrence avait pourtant été rendue le 26 janvier 2011, à une date à laquelle l'ordonnance du 13 novembre 2008 instaurant le délai de dix ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce était entrée en vigueur, la Cour d'appel a violé les article 2 du code civil et L. 462-7 du code de commerce ;

Alors, subsidiairement et d'autre part, que l'examen des affaires de concentration notifiées avant la date de la première réunion de l'Autorité de la concurrence et l'examen des affaires de pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une notification de griefs ou à une proposition de non-lieu avant cette même date se poursuivent selon les règles de procédure en vigueur antérieurement à cette date ; qu'en refusant de faire application de la prescription prévue par l'article L. 462-7 alinéa 3 du code de commerce, tout en constatant que la première réunion de l'Autorité était intervenue en mars 2009, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte issu de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations en violation de l'article 5 III de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Alors, subsidiairement, enfin, que l'exposante faisait valoir dans ses écritures en cause d'appel qu'un appel d'offres constitue un marché en soi, de sorte que la pratique anticoncurrentielle alléguée devait cesser le jour de la remise des offres (Mémoire récapitulatif de l'exposante, p. 16) ; qu'en s'abstenant de se prononcer sur l'existence de marchés distincts invoquée par l'exposante, la Cour d'appel, qui n'a pas répondu à ses écritures, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société CHARPENTIER une sanction pécuniaire de 240 000 € ;

Aux motifs que « le délai raisonnable prescrit par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire et que la sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de la concurrence de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire, devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre ;

Considérant que la société Charpentier PM soutient que la durée excessive de la procédure, durée par surcroît particulièrement injustifiée dès lors que la décision de l'Autorité de la concurrence se fonde quasi-intégralement sur le dossier pénal, a entraîné une atteinte grave et irrémédiable aux droits de la défense ; que la requérante précise, qu'au surplus, l'Autorité de la concurrence n'a pas donné d'explication sur le défaut de diligence des services d'instruction après la saisine, intervenue en mai 2005, de la société GAR Rénovation, et qu'elle n'a pas non plus justifié le caractère tardif de la demande de communication du dossier pénal, qui n'est intervenue qu'à la fin de l'année 2007 (...)

Mais considérant que si la durée de la procédure, phase non-contradictoire comprise, s'est, en effet, élevée à huit ans, force est cependant de constater que ce délai doit, au cas d'espèce, s'apprécier au regard de l'ampleur des pratiques mises en oeuvre, qui est avérée, et de la complexité de la procédure, qui est certaine ;

Qu'en premier lieu, en effet, l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2001 s'est d'abord traduite par une saisine du parquet de Rouen le 24 septembre 2001, le ministre en charge de l'économie n'ayant saisi le Conseil de la concurrence que le 20 novembre 2007 et que, pour sa part, le Conseil a décidé de se saisir d'office des mêmes faits le 13 novembre 2007 quelques jours seulement avant la saisine du ministre, à la suite notamment des éléments relevés dans le cadre de l'instruction de la saisine de la société GAIS,

Rénovation Vieux Edifices en date du 18 mai 2005, complétée par lettre du 18 décembre 2006, et qui était limitée à des pratiques mises en oeuvre dans la région Ile-de-France ; qu'à la suite de ces saisines, les services d'instruction du Conseil ont demandé la communication des éléments de la procédure pénale au juge d'instruction qui y a procédé le 9 janvier 2008 et que la phase d'instruction contradictoire s'est ouverte un an plus tard avec l'envoi aux entreprises de la notification de griefs le 16 décembre 2008 ; Qu'en second lieu, l'affaire concerne des ententes mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques sur un territoire comprenant douze régions, à savoir la Haute-Normandie, la Basse-Normandie, la Picardie, l'Aquitaine, l'Ile-de-France, la Bourgogne, la Lorraine, la Champagne-Ardenne, le Nord-Pas-de-Calais, les Pays-de-la-Loire, l'Auvergne et Rhône-Alpes et que les griefs, qui ont été notifiés à dixsept entreprises, portent sur plus d'une centaine de marchés publics, avec un dossier comportant plus de 24 000 pièces ; Considérant, par surcroît, que les entreprises mises en cause ne démontrent pas que la possibilité de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés aurait été affectée de façon personnelle, effective et irrémédiable par la durée de la procédure en raison du fait que, compte tenu de l'ancienneté des faits, elles ne disposent plus des documents à décharge relatifs aux marchés d'appels d'offres en cause et que les responsables impliqués dans la commission des pratiques ne sont aujourd'hui plus présents dans l'entreprise, rendant ainsi plus difficile la possibilité de recueillir leur témoignage ; Qu'en effet, ainsi que le constate la Décision :

- l'affaire instruite devant le Conseil puis l'Autorité de la concurrence s'articule avec la procédure pénale portant, parmi d'autres incriminations, sur les pratiques anticoncurrentielles qui font l'objet de la présente décision, imputées aux personnes physiques sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce ; que, dans ces conditions, les entreprises dont les responsables ont été poursuivis pour avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre des ententes à laquelle elles ont ellesmêmes participé n'ont pu ignorer l'existence d'une information pénale qui a donné lieu à de nombreux interrogatoires et à des enquêtes : ces entreprises ont par conséquent été en mesure de sauvegarder les preuves qui leur auraient permis de discuter les charges pesant contre elles ;
- les entreprises ont eu connaissance du fait qu'elles auraient à répondre des pratiques en cause au plus tard en mars 2002 en ce qui concerne Terh (cote 2485), en mars 2003 en ce qui concerne Degaine (cote 4125), en avril 2003 en ce qui concerne Pavy (cote 4152) et en avril 2002 en ce qui concerne Charpentier PM (cote 2556), à l'occasion des interrogatoires de leurs représentants, diligentés dans le cadre de la procédure pénale, étant précisé que, pour ces entreprises, les plus anciens des marchés retenus par la notification de griefs datent respectivement d'avril 1998 (Tehr), de juillet 1999 (Degaine) de février 1998 (Charpentier PM), de décembre 1997 (Pavy) ; que, par ailleurs, les pratiques, de répartition de marchés reprochées à ces entreprises se sont poursuivies au moins jusqu'en février 2001 s'agissant de Degaine, en janvier 2002 s'agissant de Terh, en février 2002 s'agissant de Pavy et en octobre 2001 s'agissant de Charpentier PM ;
- que, cependant, la simple prudence commandait à ces entreprises de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce, dont le délai a été porté de trois ans à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et qui avait été interrompue dans la présente affaire par les actes pris dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen ; que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence sont seules responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'était pas acquise, les motifs d'ordre

purement interne tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives, notamment par suite de fusion, étant indifférents ou, à tout le moins, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil ;

Considérant, dès lors, c'est par d'exactes motifs (points 313 à 319), que la cour adopte, que la Décision a constaté que les sociétés Tehr Monuments Historiques, Degaine, Charpentier PM et Pavy, à qui il incombait de conserver les éléments à décharge de nature à renverser les charges pesant contre elles dès la mise en cause de leurs dirigeants dans le cadre de la procédure pénale, ne démontrent pas que la durée de la procédure devant l'Autorité de la concurrence les aurait effectivement privées de la possibilité de se défendre utilement contre les griefs qui leur étaient reprochés ; Qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation du principe de délai raisonnable doit être écarté » ;

Alors que la complexité d'une affaire portée devant l'Autorité de la concurrence ne justifie la durée excessive de la procédure, que si celle-ci a ensuite effectivement accompli des actes d'instruction nécessaires à la manifestation de la vérité ; qu'il résulte de la procédure et des énonciations de l'arrêt attaqué que la déclaration de culpabilité de la société exposante a été établie sur la foi des seuls éléments recueillis dans le cadre de l'enquête pénale ; qu'en se bornant à affirmer que la durée de la procédure, n'était pas excessive, sans constater que le rapporteur avait ensuite accompli des actes d'instruction nécessaires à la découverte des pratiques anticoncurrentielles, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société CHARPENTIER une sanction pécuniaire de 240 000 € ;

Aux motifs que « la société Charpentier PM prétend que la Décision encourt l'annulation pour violation des droits de la défense en raison du fait que, alors que les griefs retenus à son encontre sont principalement fondés sur des déclarations de représentants de sociétés mis en cause à titre personnel dans le cadre de la procédure pénale, l'Autorité n'a toutefois pas examiné ses contestations portant sur la validité et la force probante des procès-verbaux de déclarations de son représentant recueillies lors de sa garde à vue, déclarations qui ne présentent pas toutes les garanties nécessaires aux droits de la défense qui sont requises tant par la Convention précitée que par la jurisprudence ; qu'en effet, les enquêteurs ont renversé la charge de la preuve et n'ont pas tenu compte du droit fondamental au silence reconnu tant en vertu de la Convention que de la jurisprudence communautaire à toute personne faisant l'objet d'une enquête au titre de pratiques anticoncurrentielles, de sorte que son représentant a été contraint de s'accuser, l'évolution de ses déclarations, contradictoires, portant par surcroît atteinte à leur valeur probante » Et que « concernant en premier lieu l'opposabilité des pièces du dossier pénal, que c'est par de justes motifs (points 326 à 332) que l'Autorité de la concurrence a décidé qu'elle était en droit d'utiliser les procès-verbaux relatifs et consécutifs à la garde à vue des responsables des entreprises concernées dans le cadre de la procédure pénale ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen pour prouver l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant, en effet, que l'article L. 463-5 de code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées au Conseil, qui sont donc opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative et que la prérogative permettant au Conseil de demander, pour accomplir sa mission de protection de l'ordre public économique, aux juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, lesquels sont à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne

constitue pas par elle-même une atteinte au principe de l'égalité des armes ; qu'en l'espèce, il est constant que l'ensemble des documents et pièces transmis par le juge d'instruction qui ont été, utilisés par les rapporteurs pour fonder les griefs notifiés le 16 décembre 2008 ont été versés au dossier, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire et que les entreprises mises en cause, dont Pateu & Robert en ce qui concerne les écoutes téléphoniques, ont ainsi pu faire valoir leurs observations et présenter d'éventuels éléments à décharge, dans les délais prévus par les dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, étant observé, au surplus, que les contestations des entreprises relatives à la valeur probante des éléments recueillis au cours de la procédure pénale qui sont soulevées au titre de l'utilisation des pièces du dossier pénal, doivent faire l'objet d'un examen ultérieur dans le cadre de l'analyse du bien-fondé des griefs ;

Considérant que, concernant plus particulièrement la validité des procès-verbaux de garde à vue, contestée par la société Pavy, c'est encore par de justes motifs que la Décision a relevé que, dans sa décision n° 2010-14122 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a décidé que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du code pénal relatives à l'organisation des gardes à vue qu'il prononçait prendrait effet le 1er juillet 2011 et a précisé que « les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (cons. 30) ; que, de même, si la Cour de cassation a jugé que l'article 6 de la CED1-1 imposait le droit de toute personne gardée à vue d'être informée de son droit de se taire et de bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat, la Cour a précisé que « ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en oeuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 » (Crime trois arrêts du 19 octobre 2010, n° 10-82. 902 n° 10-82. 306 et n° 10-85. 051) ;

Considérant, concernant en second lieu, les conséquences procédurales de l'instance en cours devant le tribunal de grande instance de Rouen, que c'est à bon droit que la Décision rappelle

- que, malgré le lien étroit institué par le législateur entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du code de commerce et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, qui permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, la survie de l'action administrative n'est pas placée dans la dépendance de celle de l'action publique, les deux actions, indépendantes suivant leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes ;

- la jurisprudence du Conseil d'Etat dont il résulte que l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions (décision du Conseil d'Etat du 8 janvier 1971, ministre de l'Intérieur/ Dame Desamis, Ass, n° 77800 ; ou, récemment, décision du 10 octobre 2003, Commune de Soisy-sous-Montmorency et Société anonyme pour l'aide à l'accession à la propriété des locataires, n° 259111) ;

Considérant qu'au regard de ces principes, c'est à bon droit que la Décision relève que, dans la présente affaire, l'Autorité de la concurrence n'est liée par aucune constatation de fait retenue par le juge pénal à l'appui d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée :

- le jugement du tribunal correctionnel de Rouen en date du 2 décembre 2008 ne procède

à aucune constatation quant aux faits en litige devant l'Autorité de la concurrence dès lors que cette décision se borne à constater " imprécision de l'ordonnance de renvoi du 8 septembre 2006 pour en prononcer l'annulation : et le dispositif de l'ordonnance ne donne aucune précision. Or, il est impératif d'identifier les marchés publics à l'occasion desquelles les pratiques anticoncurrentielles auraient été mises en oeuvre (..) En l'absence de toute démonstration ou allégation quant à l'existence d'une entente interrégionale regroupant tous les mis en cause, on ne peut conclure à l'implication de chacun sur l'ensemble des marchés (...) Mais il n'est nulle part suggéré que les poursuites à l'encontre des prévenus se limitent aux marchés sur lesquels les propos sont rapportés (...) En tout état de cause, l'ordonnance de renvoi ne permet pas aux prévenus de connaître les faits pour lesquels ils sont poursuivis (...) l'imprécision étant générale et les faits étant commis en co-action, il y a lieu d'annuler l'ordonnance du 8 septembre 2006 dans toutes ses dispositions concernant les infractions en matière de concurrence » ;

- par ailleurs, l'ordonnance du juge d'instruction en date du 15 décembre 2009, qui ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel de dix-huit responsables d'entreprises sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce, tout en considérant insuffisantes les charges afférentes à certains marchés spécifiques, n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée ;

Qu'au demeurant, c'est également à bon droit que la Décision mentionne (point 338 de la décision) que si les constatations de fait qui sont le support nécessaire d'une décision pénale s'imposent à elle, il appartient à l'Autorité de la concurrence de donner aux faits qui lui sont soumis leur qualification juridique au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris »

« aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les ententes expresses sont interdites, notamment lorsqu'elles tendent à « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse » et à « répartir les marchés ;

Considérant qu'il n'est ni contesté ni contestable, ainsi que le rappelle la Décision (points 364 et 365) :

- que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en oeuvre ;

- qu'en l'espèce, le secteur concerné par les pratiques constatées au titre des griefs d'ententes anticoncurrentielles est celui de la restauration de monuments historiques en France, sans qu'il soit besoin de définir avec précision les limites géographiques des marchés en cause ;

Considérant que les requérantes reprennent, pour l'essentiel, les moyens déjà soutenus devant l'Autorité, reposant principalement

- sur une contestation du standard de preuve retenu dans la Décision ainsi que de la valeur probante des éléments relevés par les services d'instruction pour démontrer leur participation effective à des ententes anticoncurrentielles

- sur une remise en cause de la pertinence des indices retenus pour caractériser leur participation à des ententes sur les divers marchés particuliers identifiés par la notification de griefs ;

- sur le fait que les pratiques dénoncées ne peuvent être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues mais, tout au plus, d'ententes ponctuelles, dictées notamment par les situations et les préoccupations particulières des entreprises concernées au regard des marchés en cause ;

- selon le cas, sur le fait qu'elles auraient mis en oeuvre, dans telle ou telle région, une entente régionale de répartition, en contestant, marché par marché, leur absence de participation à une pratique anticoncurrentielle (...);

Que la société Charpentier PM demande également à la cour de prononcer l'annulation de la Décision attaquée en ce qu'elle retient à tort l'existence d'ententes régionales de répartition, alors même que le standard de preuves exigé n'est pas rempli en l'espèce, notamment

- en ce que la Décision méconnaît les déclarations concordantes de certains représentants de sociétés, en faisant valoir que les déclarations faisant état de l'existence d'une entente générale retenues par la Décision sont contredites ou ne sont pas corroborées par des preuves documentaires et/ ou un faisceau d'indices ;

- le simple fait d'être membre d'une instance représentative, tel le GMH, et de participer aux réunions organisées dans ce cadre n'est pas anticoncurrentiel « per se » ;

- que certaines déclarations de représentants d'entreprises lui sont opposées à tort, telles celles de M. Bennegen, représentant de la société Normandie Rénovation (point 390) qui ne se réfère qu'aux réunions de la cellule de Haute-Normandie à laquelle Charpentier PM n'appartient pas ;

En ce qui concerne les éléments de preuve généraux recueillis par l'Autorité et en concerne les éléments relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes
Considérant que l'instruction a permis de mettre en évidence une série de données et d'éléments (points 39 à 43) qui ressortent, d'une part, des procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques dressés dans le cadre de la procédure pénale et des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées établis dans ce même cadre ainsi que les documents découverts dans le cadre des perquisitions effectuées au siège des sociétés dans le cadre de la procédure pénale et, d'autre part, des informations communiquées par les maîtres d'ouvrage ;

Considérant que les procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques autorisées par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen, des responsables des sociétés M. Lefevre, et de plusieurs agences et filiales du groupe Lefevre (Normandie Rénovation, Léon Noël et l'agence de Giberville), Coefficient, Terh, Dagand, Quélin et Lanfry ont permis de mettre en évidence l'existence de contacts entre ces entreprises préalablement au dépôt de leurs offres dans le cadre des procédures d'attribution de marchés publics de restauration de monuments historiques. ; que ces écoutes ont également permis de prendre connaissance de contacts avec des responsables d'autres entreprises, et notamment ceux des sociétés Charpentier PM et Chevalier Nord ; que, par ailleurs, certaines des conversations interceptées portaient sur des zones géographiques différentes des zones visées par l'information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen, qui portait uniquement sur les appels d'offres lancés par les DRAC et les collectivités territoriales de Haute-Normandie, de Basse-Normandie et de Picardie ;

Qu'aux termes des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées menées dans le cadre de l'enquête pénale, la plupart des dirigeants ou cadres des entreprises concernées ont reconnu l'existence de pratiques de concertation préalable au

dépôt des appels d'offres dans le secteur des monuments historiques, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ; qu'ont ainsi été entendus les responsables des sociétés Lanfry, Terh, M. Lefèvre ainsi que ceux de ses filiales Lefèvre SA, Normandie Rénovation et Léon Noël, des sociétés Coefficient, Charpentier PM, Faber, Entreprise Quélin, Dagand, Entreprise Pavy, Entreprise H Chevalier Nord, Payeux, Entreprise Pradeau et Morin et Entreprise Degaine ; qu'ont également été interrogés des élus et des fonctionnaires de l'administration culturelle ou territoriale, ainsi que des architectes ;

Que les documents saisis au cours des perquisitions pratiquées dans les locaux des entreprises ont permis de recueillir des éléments faisant état de pratiques de concertation préalable au dépôt des offres, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ;

Qu'enfin, les informations communiquées par les maîtres d'ouvrage (DRAC) ont permis de constater que certaines entreprises déposaient régulièrement des offres dans des zones géographiques dans lesquelles elles n'étaient pas implantées, sans se voir attribuer le moindre marché ;

Considérant qu'au regard de ces données et de ces éléments, dont la matérialité est incontestable, la Décision était en droit de constater que les pratiques en cause étaient mises en évidence par quatre types d'éléments de preuve avec :

- d'une part, des éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, qu'il convient de rappeler, qui sont constitués par l'existence de réunions de répartition des marchés, par la pratique des offres de couverture réciproques ainsi que par des actions de coordination et de médiation (points 45 à 67) ;

- d'autre part, des éléments spécifiques à chacune des régions concernées (points 68 à 269 auxquels la cour se réfère expressément) et qui seront, le cas échéant analysés dans le cadre de l'examen des pratiques ;

Considérant que, concernant tout d'abord l'existence de réunions de répartition des marchés, la Décision constate

- que toutes les sociétés visées par la notification de griefs, à l'exception de la société Cazenave, font partie du Groupement National des Entreprises de Restauration des Monuments historiques (ci-après « GMH ») comptant 159 adhérents dont 92 entreprises de maçonnerie et taille de pierre qui a été constitué en 1959 sous l'égide de la Fédération Française du Bâtiment, cette instance représentative assurant notamment la liaison entre les professionnels de la restauration de monuments historiques et du patrimoine ancien et les donneurs d'ouvrages, avec des cellules régionales, dans le cadre desquelles se rencontrent les entreprises spécialisées dans la restauration des monuments historiques, étant précisé que cette instance a été dirigée de 1983 à 1987 par M. A..., dirigeant de la société Lanfry et qu'elle a également été dirigée par M. G..., cadre-dirigeant du groupe Lefèvre, et M. X. président de la société M. Lefèvre, en a été vice-président ;

- que l'existence de réunions ayant pour objet la répartition des marchés publics à venir dans certaines zones géographiques données est attestée par les déclarations des dirigeants d'entreprises auditionnés au cours de la procédure pénale, ces échanges pouvant notamment avoir lieu dans le cadre des réunions des cellules régionales du GMH, ou en marge de ces réunions (points 47, 48, 49 et 50) ;

Que, concernant ensuite la pratique des offres de couverture réciproques, la Décision observe aussi à juste titre qu'une telle pratique a été reconnue par la plupart des dirigeants au cours de leurs interrogatoires, (points 51, 52 et 53 de la Décision), la Décision relevant, par surcroît, qu'au cours de la perquisition du 13 décembre 2001 dans

les locaux de l'entreprise Lanfry, a ainsi été saisi (points 53 à 58 de la Décision) un cahier d'enregistrement des appels d'offres à l'occasion desquels l'entreprise avait déposé une offre de couverture, allant du 13 décembre 1993 au 31 mars 2000, tenu par M. H..., dessinateur de la société (le « cahier Lanfry ») à propos duquel MM. H... et A... ainsi que directeur adjoint de la société et M. métreur, interrogés sur ce cahier, ont reconnu que les entreprises citées dans la colonne « adjudicataire » étaient bien celles qui avaient bénéficié d'une offre de couverture de la part de l'entreprise Lanfry pour les marchés cités, étant observé que, pour la période du 12 juin 1998 au 5 avril 2000, la plupart des requérantes figurent parmi les entreprises citées dans le cahier Lanfry ; qu'en outre, le gérant de la société Coefficient, qui a été créée, gérée et est encore actuellement contrôlée par le président de la société M. Lefèvre, dispose de 5 agences-dont l'activité consiste à réaliser, à la demande de ses clients, principalement les entreprises du groupe Lefèvre (cote 2773), des études préalables, des devis et des projets architecturaux et techniques-a reconnu que l'une des activités de l'entreprise était de préparer des offres de couverture à destination des filiales du groupe Lefèvre il a notamment indiqué que, lorsque plusieurs filiales du groupe soumissionnent sur un même marché, la société Coefficient intervient pour élaborer leurs offres en préparant des bordereaux complémentaires sur la base des données figurant dans la bibliothèque des prix et tarifs appliqués par chacune des entreprises du groupe mise à sa disposition et la société Coefficient prépare également des offres de couverture à l'attention d'entreprises tierces ;

Que, concernant enfin les actions de coordination et de médiation, la Décision constate que les éléments recueillis au cours de l'enquête ont permis de démontrer que certaines entreprises telles que les sociétés M. Lefèvre ou. Quélin ont été chargées de missions de coordination des répartitions de marchés : si des difficultés se présentaient pour la passation d'un accord en vue d'un marché local, ces sociétés pouvaient intervenir pour régler les conflits par le biais de négociations, de réunions, ou de rencontres sur place des interlocuteurs locaux pour se mettre d'accord ;

En ce qui concerne le standard de preuve applicable en matière d'entente :

Considérant que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut résulter soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction ;

Considérant, sur la méconnaissance du standard de preuve qui est reprochée à l'Autorité par certaines requérantes que, contrairement à ce qui est soutenu et ainsi que le rappelle en tant que de besoin la Décision (points 369 à 374), même le cas échéant recueillie dans le cadre d'une garde à vue, la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause ;

Considérant que, dans la présente procédure,- les déclarations recueillies dans les procès-verbaux d'audition établis au cours de la procédure pénale, lesquels sont pleinement opposables aux entreprises requérantes, émanent des principaux responsables des entreprises mises en cause et révèlent de façon concordante l'organisation et la mise en oeuvre d'ententes dans le secteur de la restauration de monuments historiques ;

Considérant qu'il est vrai que la déclaration d'un représentant d'une entreprise mise en cause pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises également mises en cause, ne peut toutefois être considérée comme constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve, circonstance qu'il conviendra de vérifier dans la Décision déférée au regard des moyens soulevés par les requérantes ;

Qu'en revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause et qu'il convient alors, comme cela a été indiqué précédemment, de rechercher si, dans la Décision, un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve issus du dossier pénal, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises incriminées, des écoutes téléphoniques ou d'autres indices matériels ;

Qu'enfin, concernant les références portées dans le cc cahier Lanfry », dont l'objet était, selon les déclarations des représentants de cette société, de recenser les offres de couverture émises par cette dernière au bénéfice de ses concurrentes (voir point 56 ci-dessus), il suffit de rappeler que la Décision a retenu à juste titre que ces références ne seront pas considérées comme une preuve se suffisant à elle-même de la participation de l'entreprise tierce référencée aux ententes en cause, mais comme un indice devant être corroboré par d'autres éléments de preuve ;

En ce qui concerne l'articulation entre les pratiques d'ententes générales et les pratiques mises en oeuvre à l'occasion de marchés particuliers ;

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit que l'Autorité a décidé que les pratiques dénoncées pouvaient être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues ; qu'en effet, ainsi que le rappelle la Décision (points 375 à 379), dès lors qu'un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions ayant un objet anticoncurrentiel unique peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en oeuvre et qu'une entreprise qui a participé à une infraction par des comportements qui lui étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en oeuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ; que tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque ; qu'ainsi, le fait que différentes entreprises aient joué des rôles différents dans la poursuite d'un objectif commun n'élimine pas l'identité d'objet anticoncurrentiel et, partant, d'infraction, à condition que chaque entreprise ait contribué, à son propre niveau, à la poursuite de l'objectif commun ;

Considérant, au cas d'espèce, que c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes que, s'agissant des pratiques mises en oeuvre dans les régions de Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie, la Décision a retenu (points 380 à 382)

- que les éléments relevés mettent en évidence des ententes ayant pour objet de se répartir les marchés à l'échelon régional, des concertations préalables au dépôt des offres, et la présentation à titre habituel d'offres de couverture à l'occasion des procédures de mise en concurrence organisées par les maîtres d'ouvrage pour la restauration de différents monuments historiques ; que les dirigeants des sociétés concernées ont reconnu avoir présenté à de multiples reprises des offres sur des marchés qu'ils ne souhaitaient pas obtenir, dans le seul but de faire nombre et de favoriser l'entreprise désireuse de remporter le marché, à charge pour cette dernière d'adopter un comportement similaire sur un autre marché en faveur de ses concurrents ;

- que les concertations et échanges d'informations intervenus à l'occasion d'appels d'offres particuliers, de même que la présentation à titre habituel d'offres de couverture, doivent être considérés comme la mise en oeuvre des ententes générales visant à se répartir les marchés entre les entreprises au niveau régional ; que l'ensemble de ces pratiques présentent un lien de complémentarité évident, en ce sens que chacune d'entre elles est destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence dans le

cadre des appels d'offres, qui devrait se traduire par l'ignorance de chacune des entreprises intéressées, lorsqu'elle élabore son offre, de la qualité de ses concurrents et de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; que, par ailleurs, les concertations observées traduisent la mise en oeuvre de jeux de compensation entre les entreprises, et donc d'une interdépendance des marchés en cause, celles-ci présentant des offres de complaisance au bénéfice de leurs concurrents dans l'assurance d'obtenir la réciprocité à l'occasion des appels d'offres portant sur les marchés dont elles souhaitent être attributaires ; qu'ainsi, l'ensemble de ces pratiques contribuent, par le biais d'une interaction, à la réalisation des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objet identique ;

- que, par conséquent, contrairement à ce que soutiennent à nouveau les requérantes devant la cour, la qualification exacte des faits commande de ne pas séparer les pratiques mises en oeuvre par les entreprises dans le cadre de chacun des appels d'offres particuliers examinés pour ces régions en les traitant comme autant d'infractions séparées, alors que celles-ci ne constituent que les manifestations successives d'une conduite continue, à savoir des ententes entre les entreprises ayant pour objet de simuler une concurrence auprès des maîtres d'ouvrage tout en coordonnant leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques ; Considérant, dès lors, que c'est par d'exacts motifs que la Décision relève (points 383 et 384)

- que, nonobstant la circonstance que certaines des pratiques constatées à l'occasion de marchés particuliers pourraient également constituer en elles-mêmes et prises isolément une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ne sera recherchée dans la suite de la présente décision que la participation des entreprises en cause aux ententes régionales générales de répartition des marchés, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur leur participation à des infractions spécifiques commises à l'occasion de chacun des appels d'offres particuliers énumérés dans la notification de griefs ;

- que lorsque les éléments de preuve ne permettent pas d'établir la participation d'une entreprise donnée à l'entente générale de répartition régionale, il conviendra d'examiner si les pratiques mises en oeuvre par cette entreprise à l'occasion d'un marché particulier permettent de caractériser en elles-mêmes une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce sur ce marché spécifique ;

En ce qui concerne l'existence et le fonctionnement de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie ;

Considérant, ainsi que le mentionne à bon droit la Décision (point 386), qu'il est de principe qu'aux termes d'une jurisprudence constante, si chaque marché passé sur appel d'offres, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une délégation de service public, constitue un marché pertinent, l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur ces marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts, peut être sanctionnée en application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'au cas d'espèce, c'est par d'exacts motifs (points 387 à 405 de la Décision), que la cour fait siens, que l'Autorité a décidé, que les éléments de preuve qui ont été relevés (points 68 et suivants) démontrent l'existence d'une entente organisée à l'échelon régional, ayant pour objet la répartition des marchés publics de restauration de monuments historiques passés par les maîtres d'ouvrage régionaux, et principalement par

la DRAC, entre les entreprises intervenant sur ces marchés, à savoir, Normandie Rénovation, Lanfry, Terh, et, plus marginalement, Dagand, après avoir constaté que les éléments recueillis Filetten en-évidence des concertations mises en-oeuvre-à titre-habituel- ç entre les entreprises, prenant la forme de réunions de partage, d'échanges d'informations

à l'occasion des appels d'offres et de sollicitations d'offres de couverture ;

Que, concernant tout d'abord les accords de partage de marchés, la Décision relate comme ressortant du dossier que les déclarations concordantes des responsables des sociétés Normandie Rénovation et Lanfry établissent l'existence de réunions au cours desquelles les entreprises implantées dans la région procédaient à la répartition des marchés à venir, et qui se tenaient notamment à la suite des réunions de la cellule régionale du GMH de Haute-Normandie, au cours desquelles les représentants de la DRAC communiquaient aux entreprises Les programmations de chantiers à venir ; qu'ainsi, M. B. : (Normandie Rénovation) a indiqué avoir participé à des « tables rondes » trois ou quatre fois, en présence des dirigeants des entreprises Lanfry et Terh au cours desquelles les participants évoquaient alors les chantiers et faisaient part de leurs souhaits d'obtenir des marchés particuliers, propos qui ont été confirmés par M. A. (Lanfry) qui a précisé que les souhaits des entreprises étaient évoqués à la suite des réunions de la cellule du GMH, hors la présence des représentants de la DRAC et que l'existence de réunions annuelles de répartition des chantiers est en outre confirmée par M. J..., métreur de la société Lanfry ; que si M. P... (Terh) affirme ne pas avoir participé à des réunions formalisant un partage des marchés dans le cadre de la cellule régionale du GMH, il a quant à lui reconnu l'existence d'une répartition des marchés de nature « empirique », se traduisant par l'attribution aux entreprises intervenant dans la région d'une quote-part du montant annuel total des marchés passés par la DRAC ;

Que, concernant ensuite les critères de répartition des marchés régionaux, ceux-ci ont été décrits par M. B... (Normandie Rénovation), dont les propos ont été confirmés par ceux de M. A.-, (Lanfry) ; qu'il a ainsi exposé que cette répartition obéissait à un critère géographique, les entreprises privilégiant les chantiers géographiquement proches de leur lieu d'implantation, afin de limiter les frais et d'éviter d'imposer des déplacements au personnel, le principe étant de répartir les chantiers de la région entre les entreprises locales, et de solliciter des offres de couverture de la part des entreprises extérieures ; que, par ailleurs, M. B... a également expliqué que la répartition tenait compte du niveau d'activité des entreprises, c'est-à-dire des chantiers déjà obtenus et des consultations à venir, les modalités d'une répartition des marchés fondée sur la proximité géographique des chantiers avec l'implantation de l'entreprise étant confirmées par les déclarations de M. R..., dirigeant de l'agence de Dagand implantée à Caen en Basse-Normandie, mais intervenant également sur certains chantiers dans le département de l'Eure, en Haute-Normandie ; que, par ailleurs, ces propos sont corroborés par l'étude de la répartition des marchés sur une sélection d'appels d'offres dans la région, même si les entreprises ont parfois obtenu des chantiers plus éloignés de leur zone habituelle ; qu'alors que s'agissant de la société Lanfry, le dirigeant de la société a déclaré que les accords de partage avaient pour but la conservation par son entreprise de la zone du Grand Rouen, les zones d'intervention de Terh apparaissent quant à elles plus largement étendues à l'ensemble de la région Haute-Normandie ;

Que, par ailleurs, les allégations de certaines des requérantes, qui soutiennent que cette répartition reposerait sur des justifications objectives et non sur une entente anticoncurrentielle, sont toutefois démenties par les déclarations des dirigeants d'entreprise citées plus haut, qui ont reconnu prendre part à des ententes visant à se répartir les marchés, et par les indices et éléments de preuve établissant l'existence de concertations entre les entreprises avant le dépôt des appels d'offres ; qu'au surplus,

aucun élément ne permet de corroborer l'existence d'une préférence alléguée du maître de l'ouvrage pour l'entreprise intervenant habituellement sur un édifice, le représentant de la DRAC de Haute-Normandie ayant au contraire souligné l'effet positif sur les prix du changement des entreprises, habituelles sur certains édifices qui a été observé après la fin des ententes ;

Que, concernant encore la mise en oeuvre des accords de répartition, les déclarations concordantes des dirigeants ainsi que les écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre de la procédure pénale, dont l'étude des appels d'offres effectuée aux points 83 à 124 présente de nombreux exemples, établissent le caractère habituel des pratiques de concertations et d'offres de couverture à l'occasion des appels d'offres ; que, selon les déclarations de certains dirigeants, ces contacts avaient pour objet de garantir la bonne mise en oeuvre des accords de répartition conclus lors des réunions ; que M. J... (Lanfry) explique ainsi que la répartition s'effectue au moment des programmations annuelles et que les contacts avec les autres entreprises à l'occasion des appels d'offres constituent une simple « mise en musique » ; que les déclarations ne montrent toutefois pas que le partage des chantiers était nécessairement définitivement arrêté lors des réunions au cours desquelles les entreprises exprimaient leurs « souhaits » ; que la pratique habituelle des concertations à l'occasion des appels d'offres correspondait donc également à la mise en oeuvre d'accords de répartition plus informels, fondés sur des traditions ou des critères « empiriques », mais dont la répétition démontre qu'il s'agissait d'un véritable système mis en place entre les entreprises répondant aux appels d'offres sur la région ; que la circonstance que ces pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations ; que, cette répétition des concertations démontre bien, en elle-même et indépendamment de l'existence des réunions « formelles » qui ont été évoquées, que l'entente était organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause ;

Que les procédés mis en oeuvre ont été précisément décrits au cours des auditions des responsables des entreprises concernées : M. B... (Normandie Rénovation) a ainsi expliqué avoir l'habitude de rencontrer ou de se concerter par téléphone avec les responsables des entreprises Lanfry et Terh et il a indiqué adresser des bordereaux de prix de couverture établis par l'entreprise Coefficient, bureau d'étude utilisé par le groupe Lefèvre, à ses concurrents afin que ces derniers déposent des offres de couverture en sa faveur, ou se mette d'accord avec ces derniers sur le prix global des bordereaux de couverture ; M. P... (Terh) a de même indiqué communiquer à ses concurrents le montant des offres qu'il s'apprêtait à déposer ou un bordereau de prix détaillé afin que ses concurrents puissent déposer une offre supérieure à la sienne ;

Que, concernant enfin l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, la Décision constate que les concertations à l'occasion des appels d'offres avaient également pour objet d'assurer une coordination avec les entreprises extérieures à la région et retirant les dossiers afin que celles-ci ne remettent pas en cause la répartition envisagée M. J... (Lanfry) explique que les contacts avec les entreprises tierces servaient à s'assurer que les entreprises extérieures ne viennent pas « bouleverser la donne » ; qu'à cet égard, les éléments recueillis mettent également en lumière le recours habituel des entreprises locales à la sollicitation d'offres de couverture auprès d'entreprises extérieures à la région, visant notamment à « faire nombre » pour créer l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage, ou pour éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises ; que, pour les entreprises tierces, le dépôt d'offres de couverture avait pour but d'obtenir en retour des offres de couverture pour les marchés sur lesquels ces entreprises tierces soumissionnaient dans leur propre zone géographique ; que la mise en oeuvre de ces pratiques dans la région floutesNornandie est notamment reconnue par les dirigeants de

Normandie Rénovation (Lefèvre), Lefèvre SA et Chevalier Nord et que l'étude des résultats des appels d'offres effectués entre janvier 1997 et juillet 2001 a montré que les sociétés Lefèvre, Lanfry, Terh et Dagand avaient été attributaires de l'ensemble des marchés de la région Haute-Normandie, aucun marché n'ayant été attribué aux autres entreprises candidates, malgré la fréquence des soumissions de certaines d'entre elles ; qu'ainsi, participaient à l'entente en cause non seulement des entreprises implantées en Haute-Normandie, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région et que ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région, dès lors que ces dernières obtenaient en échange du dépôt d'offres de couverture, des offres de complaisance

récioproques des-entreprises-haut-normandes dans leur propre zone d'intervention.,- ¿- Considérant qu'ainsi que le relève la Décision, le fonctionnement de l'entente générale mise en oeuvre en Haute-Normandie est illustré par l'étude des appels d'offres spécifiques lancés par les maîtres d'ouvrage de la région Haute-Normandie-exposée aux points 83 à 124 de la Décision auxquels la cour se réfère expressément-qui constituent autant de manifestations successives de l'entente générale par laquelle les entreprises en cause coordonnaient leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques en Haute-Normandie selon un partage entre les entreprises locales ;

En ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Haute-Normandie et à la durée de celle-ci (...)

Considérant, concernant l'entreprise Charpentier PM, que la Décision relève à juste titre (427)

- que le dirigeant de cette entreprise a reconnu qu'il lui arrivait de répondre aux appels d'offres passés par les maîtres d'ouvrage en Haute-Normandie par des offres de complaisance, dans le cadre d'un « échange de services » avec ses concurrents (point 81) ;

- que la déclaration du dirigeant de l'entreprise constitue une preuve directe de sa participation à l'entente ;

- que l'analyse des marchés présentés aux points 83 à 124 de la Décision ne mettant en évidence que deux réponses de l'entreprise à des appels d'offres sur la région, cette circonstance doit être prise en compte au stade de l'appréciation de la sanction infligée à l'entreprise ;

Considérant qu'au regard des éléments du dossier et au vu de la liste de marchés énumérée dans la lettre du 16 décembre 1998 pour notifier le grief à la société Charpentier PM, c'est également par de justes motifs que la Décision a finalement retenu que la participation de cette société à l'entente ne devait être retenue que pour la période courant de juillet (marchés de l'abbaye de Jumièges (point 112) à octobre 2001 (marché de l'église Saint Maclou, point 117) ;

En ce qui concerne l'existence et le fonctionnement de l'entente mise en oeuvre en Picardie

Considérant que c'est par d'exactes motifs (points 481 à 497 de la Décision), que la cour fait siens, que, après avoir constaté l'existence d'accords de partage et analysé les critères de répartition des marchés entre les entreprises ainsi que la mise en oeuvre des accords de répartition et l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, l'Autorité a décidé que les éléments de preuve relevés aux points 166 et suivants de la Décision, auxquels la cour renvoie, démontrent l'existence d'une entente organisée à

l'échelon régional, ayant pour objet la répartition des marchés publics de restauration de monuments historiques passés par les maîtres d'ouvrage régionaux, et principalement par la DRAC, entre les entreprises intervenant sur ces marchés ;

Considérant qu'il ressort du dossier que le fonctionnement de l'entente en Picardie est comparable à celui des ententes caractérisées en Haute-Normandie et en Basse-Normandie, bien que les participants aux trois ententes, et leur rôle dans chacune d'entre elles, soient différents ;

Considérant, s'agissant des accords de partage, que bien que certains dirigeants aient fait état de l'absence d'accords formalisés de répartition des chantiers, en l'absence notamment de communication des programmations annuelles par la DRAC de Picardie (point 170), l'existence d'au moins une réunion de partage, au cours de laquelle les entreprises ont fait état de leurs souhaits de répartition des chantiers à venir est établie :

- par les notes manuscrites prises par M. Q... (Charpentier PM) au cours de cette réunion, saisies dans les locaux de son entreprise, ainsi que par les déclarations concordantes de MM. D... (Chevalier Nord) Z... (Faber SA) et Q... (points 169 et 170 de la Décision) qui mentionnent que participaient à cette réunion., qui s'est tenue le 12 mars 1999, les représentants des sociétés Léon Noël, Faber SA, Quélin, Pradeau et Morin, Chevalier Nord et Terh et qu'un accord a été conclu quant à P attribution, entre autres, des chantiers de la basilique d'Albert et de la chapelle des Saintes Hosties à Marseille-en-Beauvaisis ;

par les déclarations de M. D... (Chevalier Nord), qui a déclaré que les réunions de la cellule régionale du OMB de Picardie étaient « parfois » l'occasion de concertations entre les entreprises pour la mise au point des accords de couverture sur les marchés à venir (point 169) ;

Que, par ailleurs, l'existence d'un système de partage géographique des marchés reposant sur un système d'offres de couverture réciproques entre les entreprises a notamment été reconnue par MM. Y..., (Quélin, point 172), et Q... (Charpentier PM), ce dernier précisant que cette pratique « d'échange de services » avait « toujours existé » au su de tous les acteurs de la région (point 167) ; que ces propos sont également confirmés sur le fond par MM. D... (Chevalier Nord, point 169) et Z... (Faber SA, point 170), même si ces derniers refusent l'utilisation du terme « système » au seul motif que l'entente ne couvrirait pas l'intégralité des appels d'offres lancés par la DRAC de Picardie ; que M. D... reconnaît ainsi l'existence d'une répartition des marchés « selon des critères géographiques » ainsi que l'existence de coopérations entre concurrents sur les grosses opérations (à partir de 5 millions de Francs, chantiers à forte technicité) ou les petites opérations (en deçà de 300 000 Francs) ; qu'il apparaît par ailleurs que les nouveaux acteurs étaient invités à rejoindre l'entente existante, M. U... (Léon Noël) déclarant ainsi avoir été contacté très rapidement par ses concurrents après son arrivée au sein de l'entreprise en 271) 000 pour la mise en place de la répartition géographique des marchés dans la région (point 1) ;

Considérant, concernant les critères de répartition des marchés régionaux, que ces critères, semblables aux critères observés dans les régions normandes, ont notamment été décrits par MM. D... (Chevalier Nord), Ze. (Faber SA), U... (Léon Noël) et Y... (Quélin), la répartition, essentiellement de nature géographique, reposant sur la proximité du chantier avec l'implantation de l'entreprise (points 169, 170, 171 et 172) ; que M. D... (Chevalier Nord) a ainsi indiqué intervenir principalement dans le département de la Somme (point 169), M, S... (Pradeau et Morin), dans la région de Beauvais (point 168), M. Z... (Faber SA), dans l'Oise (point 170), M. U... (Léon Noël), dans l'Oise, le sud de la Somme et l'ouest de l'Aisne (point 171) et Y... (Quélin) dans l'Aisne (point 172) ; que ces propos sont corroborés par l'étude de la répartition des marchés sur une sélection

d'appels d'offres dans la région présentée aux points 176 à 215 de la Décision, même si les entreprises ont parfois obtenu des chantiers plus éloignés de leur zone habituelle ; qu'ainsi

-en ce qui concerne la société Pradeau et Marin, celle-ci a été attributaire du marché de la cathédrale de Beauvais (point 215) et que les deux marchés dont la société Quélin était l'attributaire, à savoir le marché de l'église de Vic-sur-Aisne (point 194) et Coucy-le-Château (point 207) étaient tous deux situés dans le département de l'Aisne ;

- s'agissant de l'entreprise Charpentier PM, il ressort du dossier que cette société n'a été attributaire que de chantiers situés dans la Somme (marchés cités aux points 177, 183, 185, 188, 205 et 213 de la Décision) ou l'Aisne (marchés cités aux points 184, 189 et 198, et n'a été attributaire d'aucun marché dans l'Oise bien qu'elle ait déposé à de nombreuses reprises des offres dans ce département (marchés cités aux points 176, 178, 191, 195, 204 et 209) ;

Considérant que la Décision a relevé avec pertinence (point 491) que les sociétés mises en cause ne sont pas fondées à soutenir que cette répartition s'expliquerait non par une entente anticoncurrentielle mais par le choix objectif du maître d'ouvrage, portant sur l'entreprise ayant réalisé la restauration d'un monument dans le passé, cette circonstance étant démentie par les déclarations des dirigeants d'entreprise déjà citées, par lesquelles ces derniers ont reconnu prendre part à des ententes visant à se répartir les marchés, et par les indices et éléments de preuve établissant l'existence de concertations entre les entreprises avant le dépôt des appels d'offres en Picardie ; qu'au surplus, aucun élément ne permet de corroborer l'existence d'une préférence alléguée du maître de l'ouvrage pour l'entreprise intervenant habituellement sur un édifice, le représentant de la DRAC de Picardie ayant au contraire souligné que la réactivation de la concurrence après la fin de l'entente en 2002 se traduisait par un changement de titulaire de marché pour certains édifices (point 258 de la Décision) ;

Considérant que, concernant la mise en oeuvre des accords de répartition, les déclarations concordantes des dirigeants établissent le caractère habituel des pratiques de concertations et d'offres de couverture à l'occasion des appels d'offres ; que les procédés mis en oeuvre sont semblables à ceux qui ont été relevés s'agissant des régions normandes : M. N... (Quélin) relève ainsi que le système est « analogue » à celui qui avait été mis en place en Haute-Normandie ; que les dirigeants des entreprises ont reconnu procéder à des contacts avant la date limite de dépôt des offres afin de savoir si les entreprises concurrentes avaient retiré des dossiers, de leur communiquer les prix des offres qu'elles s'apprêtaient à déposer, de solliciter ou élaborer des offres de couverture (déclarations de MM. Qn (Charpentier PM), Z... (Faber SA), U... (Léon Noël), N... (Quélin), A... (Lanfry) et T... (Terh), (points 166 à 175) ; que, de même que dans les deux régions normandes, ces contacts avaient pour objet de garantir l'attribution des chantiers correspondant aux appels d'offres à l'entreprise pressentie, conformément aux critères de répartition explicites ou tacites suivis par les entreprises et fondés notamment sur la localisation de l'édifice (point 487) ; que la circonstance que ces pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations et que la répétition des concertations et la réciprocité des offres de couverture démontrent bien, en elle-même et indépendamment de l'existence des réunions « formelles » relevée au point 484 de la Décision, que l'entente était organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause ; Considérant que, concernant l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, les éléments recueillis mettent en lumière la sollicitation habituelle par les entreprises locales d'offres de couverture auprès d'entreprises tierces, visant notamment à « faire

nombre » pour créer l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage, ou pour éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises ; que le dépôt d'offres de couverture avait pour but d'obtenir en retour des offres de couverture pour les marchés sur lesquels ces entreprises tierces soumissionnaient dans leur propre zone géographique et que la mise en oeuvre de ces pratiques-dans la région Picardie est notamment reconnue-par parles dirigeants de Charpentier PM, Pracleau et Morin, Normandie Rénovation, Lanfry, et Terh (points 167, 168, 171, 173 et 175) ; qu'ainsi, participaient aux concertations mises en oeuvre non seulement des entreprises implantées en Picardie, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région ; que ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région, dès lors que ces dernières obtenaient en échange du dépôt d'offres de couverture des offres de complaisance réciproques des entreprises picardes dans leur propre zone d'intervention ;

Considérant, enfin, que le fonctionnement de l'entente générale mise en oeuvre en Picardie est illustré par l'étude des appels d'offres spécifiques lancés par les maîtres d'ouvrage de la région, exposée aux points 176 à 215 de la Décision, auxquels la cour se réfère expressément, constituent autant de manifestations successives de l'entente générale par laquelle les entreprises en cause coordonnaient leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques en Picardie ;

En ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Picardie et la durée de celle-ci :

Considérant, concernant la société Charpentier PM, que c'est par de justes motifs (points 502 à 505), que la Décision a retenu que la participation de cette société à l'entente dénoncée est établie de février 1998 à octobre 2001, en relevant :

- que les déclarations de M. Q,..., gérant de la société Charpentier PM (point 167 de la Décision) et corroborées par les déclarations concordantes de dirigeants d'entreprises concurrentes, et notamment M. Z.. (Faber SA, point 170), constituent des preuves directes de la participation de l'entreprise à l'entente mise en oeuvre en Picardie ;

- que l'analyse des marchés présentés aux points 176 à 215 de la Décision établit le caractère habituel des concertations mises en oeuvre par l'entreprise Charpentier PM avec ses concurrents, se traduisant par la sollicitation ou le dépôt d'offres de couverture au profit de l'entreprise pressentie et que des preuves directes ou des indices impliquant cette entreprise sont relevés pour près de la moitié des 44 appels d'offre analysés, dont 9 ont été attribués à Charpentier PM, seule ou en groupement ;

- que s'agissant de la durée de sa participation à l'entente, celle-ci est établie depuis au moins au moins février 1998 (marché de la Maison Greber, point 176 et déclarations de M. Q..., point 167) et qu'elle s'est poursuivie au moins jusqu'en octobre 2001 (marché de la cathédrale de Beauvais, point 215) »

Alors que d'une part le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination constitue une exigence nécessaire du droit à un procès équitable ; qu'il en résulte que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle ne peut résulter des seules déclarations du représentant d'une entreprise recueillies par un commandant de police dans le cadre d'une garde à vue, sans que lui ait été notifié son droit de conserver le silence ; qu'en énonçant que la déclaration du représentant d'une entreprise, reconnaissant sa participation à une entente, même recueillie dans le cadre d'une garde à vue, constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause, la Cour d'appel a

violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Alors que d'autre part, les gardes à vue antérieures à la réforme du 14 avril 2011, en ce que l'article 63-1 du Code de procédure pénale en vigueur ne prévoyait pas la notification du droit de ne pas s'auto-incriminer, étaient nécessairement contraires aux exigences du procès équitable, garanties par l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que partant a violé ces deux textes, la cour d'appel qui, pour confirmer une décision de sanction de l'autorité de la Concurrence, s'est fondée sur ces déclarations, dont l'irrégularité au regard de l'absence de notification du droit au silence était expressément soulevée, aux motifs erronés et condamnés par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011 de la modulation dans le temps des effets des décisions rendue par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010 et la Chambre criminelle le 19 octobre 2010.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à l'exposante une sanction pécuniaire de 240.000 € ;

Aux motifs que « Considérant, sur le montant maximum des sanctions, qu'il convient de rappeler :

- que le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après la « loi NRE ») prévoit que « si le contrevenant n'est pas Une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » ;
que le III du même article,

dans-- sa-rédaction-antérieure-à l'ordonnance du 13 novembre 2008 en vertu de laquelle certaines des mises en cause ont demandé le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs prévoit : « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au L en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié » ;

Considérant que lorsque les pratiques relevées sont constitutives d'une pratique continue, commencée antérieurement et terminée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE et que le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à cette entrée en vigueur, les dispositions applicables sont celles de la loi NRE ; que contrairement à ce qui est soutenu, tel est le cas en l'espèce, dès lors, ainsi que le relève la Décision (points 623 et 624), qu'il est constant :

- que la saisine du Conseil de la concurrence par la société GAR Rénovation Vieux Edifices en date du 18 mai 2005 est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi NRE, de même que la saisine d'office du Conseil de la concurrence en date du 12 novembre 2007 ; que ces saisines visent des pratiques continues, qui ont été mises en oeuvre jusqu'au 24 février 2002 s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie, au 12 février 2002, s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Basse Normandie, et au 19 octobre 2001,

s'agissant de l'entente mise en oeuvre en Picardie ;

- qu'il en est de même des ententes mises en oeuvre à l'occasion d'appels d'offres spécifiques dans les régions Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne et Nord-Pas-de-Calais qui ont pris place entre juillet 2001 et septembre 2002 selon les marchés en cause, à l'exception de l'entente entre les sociétés Faber et Payeux, mise en oeuvre à l'occasion de l'appel d'offres de l'église de Barlin, en date du 14 mai 2001 ;

Considérant, sur les critères de détermination des sanctions, qu'il convient également de rappeler que le I de l'article L. 464-2 du code de commerce dispose que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » (i) ;
Considérant que la société Charpentier Pm affirme de son côté

- que l'Autorité a commis une erreur manifeste de méthodologie dans le calcul du montant de l'amende en exposant que la Décision qui lui a été notifiée comporte, par rapport à la Décision qui avait été publiée sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence, une modification du montant de la sanction pécuniaire qui ne procède pas ; comme annoncé, d'une simple rectification d'une erreur matérielle liée à la conversion francs/ euros ; qu'en effet, l'Autorité de la concurrence aurait nécessairement dû recalculer le montant de l'amende qui lui a été infligée sur la base du montant maximal de la sanction pécuniaire ;

- que la sanction, fixée en violation des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité consacrés notamment par la jurisprudence communautaire, devra être réduite afin de correspondre « à la grille de calcul » retenue par l'Autorité de la concurrence pour d'autres sociétés dont l'implication dans la présente affaire est comparable à la sienne ;

- que l'Autorité n'a pas non plus correctement apprécié sa situation individuelle pour définir la sanction, en lui opposant qu'elle n'établissait pas avoir joué-un rôle passif dans les ententes en cause alors, qu'à l'inverse, plusieurs déclarations illustrent un tel rôle qui, au surplus, est démontré par la relaxe de son dirigeant du chef de l'ensemble des ententes concernant les marchés de Picardie qui a été prononcé par le Tribunal correctionnel de Rouen ;

Que la requérante reproche également à la Décision

-d'avoir méconnu les informations relatives à la valeur des prestations dans le secteur de la rénovation de monuments historiques, pourtant précises et certifiées par son expert comptable, qui ont été communiquées aux services d'instruction de l'Autorité puis à l'Autorité elle-même et dont il résulte, qu'en 2009, elle n'a réalisé que 35 % de son chiffre d'affaires dans le domaine de la rénovation des monuments historiques

-de ne pas avoir non plus suffisamment pris en compte sa capacité contributive, dès lors que, dans un contexte marqué par la crise économique, les deux derniers exercices clos les 31 mars 2009 et 2010 ont été déficitaires avec, respectivement, 71, 926 euros et 201. 062 euros de pertes ; que, dans ces conditions, la réduction de la sanction pécuniaire à hauteur de 60, 000 euros qui a été opérée par l'Autorité (point 745 de la Décision) est insuffisante, au regard de ses difficultés financières, qui se sont d'ailleurs aggravées depuis la date de la Décision (i) ;

Sur les critères de détermination des sanctions

En ce qui concerne l'ancienneté des faits :

Considérant que l'ancienneté des faits et la durée de la procédure ne constituent pas des motifs de réduction de la sanction dont les critères de détermination doivent être recherchés, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, au regard de la gravité des pratiques, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation individuelle des entreprises ;

Que le moyen sera écarté ;

En ce qui concerne la gravité des pratiques :

Considérant que, sous couvert de moyens tendant à contester la gravité des faits dont l'appréciation doit être opérée par l'Autorité dans le cadre de la détermination des sanctions applicables, les sociétés Degaine, Pavy, Pateu & Robert et Bodin-contestent ou cherchent à minimiser leur participation aux ententes qui, comme cela a été dit dans les développements qui précèdent sur les pratiques, a été exactement caractérisée pour chacune des entreprises mises en cause par l'Autorité ; qu'à ce stade, il n'y a pas lieu non plus d'analyser à nouveau les incidences de la procédure pénale sur la Décision de l'Autorité ;

Considérant qu'il suffit de rappeler, concernant tout d'abord la nature et la portée des pratiques en cause, qu'il est constant

- que l'ensemble des ententes en cause portent sur des marchés publics d'appels d'offres ;

- que les pratiques relevées en Aquitaine, en Ile-de-France, en Bourgogne et dans le Nord-Pas-de-Calais portent sur des concertations et échanges d'informations des entreprises avant le dépôt des offres ;

- que les éléments relevés dans les régions Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie ont permis d'établir, dans ces trois régions, l'existence d'ententes organisées à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et visant à se répartir les marchés publics lancés pour la restauration des monuments historiques situés sur ces territoires et à simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage que ces ententes régionales ont été-mises en oeuvre au moyen de concertations et échanges d'informations répétés, intervenant à l'occasion des appels d'offres particuliers, et par la présentation à titre habituel d'offres de couverture au profit des entreprises concurrentes ;
Considérant, ainsi que le rappelle la Décision (points 632, 634 et 635) :

- que la restauration de monuments historiques étant presque exclusivement subordonnée à l'engagement de procédures de mise en concurrence publiques, les entreprises actives dans ce secteur, ce qui est le cas des requérantes, sont nécessairement habituées à répondre à de nombreux appels d'offres et ne peuvent dès lors prétendre ignorer ou encore, comme le font certaines requérantes, minimiser le caractère prohibé des échanges d'informations entre soumissionnaires se présentant comme concurrents à un appel d'offres ;

... que les pratiques d'ententes-entre les soumissionnaires aux appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics sont particulièrement graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité

de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ; qu'en particulier, le fondement même des appels à la concurrence réside dans le secret dont s'entourent les entreprises

intéressées pour élaborer leurs offres, chacune d'entre elles devant se trouver dans l'ignorance de la qualité de ses concurrents, de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; qu'au contraire, les échanges d'informations entre entreprises, lorsqu'ils sont antérieurs à la remise des plis, libèrent les concurrents de l'incertitude de la compétition et leur permettent d'élaborer des offres ne prenant plus en compte seulement leurs données économiques propres, mais celles, normalement confidentielles, de leurs concurrents ;

- les ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie sont d'autant plus graves qu'elles ont pris la forme d'un véritable système de partage des marchés au niveau régional et qu'il ne fait pas de doute que la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ;

Considérant que, concernant ensuite l'étendue des pratiques, il est également acquis (points 636, 637 et 638) :

- que les ententes ont regroupé les principales entreprises actives dans le secteur de la restauration des monuments historiques, étant observé que la généralisation des pratiques anticoncurrentielles est également illustrée par le fait que les nouveaux acteurs étaient invités à rejoindre l'entente existante au niveau régional (point 171 de la Décision) ;

- que, par ailleurs, s'agissant des trois régions dans lesquelles une entente de répartition a pu être établie, le comportement des entreprises mises en cause ne s'est pas limité à quelques appels d'offres, comme en témoigne le nombre très important des marchés sur lesquels des pratiques de concertation préalable ont pu être identifiées ; que le volume très élevé des appels d'offres en cause témoigne de la mise en place, dans chaque région concernée, de véritables systèmes de partage des marchés et de pactes de non-agression de large portée ;

- que, de manière générale, les accords de répartition mis en oeuvre en Haute-Normandie, en Basse-Normandie et en Picardie, et les concertations à l'occasion d'appels d'offres particuliers mises en oeuvre en Aquitaine, Ile-de-France, Bourgogne et Nord-Pas-de-Calais, qui ont été relevées dans le cadre de la présente affaire mettent en évidence la vaste étendue du territoire concerné par les pratiques d'ententes sur appels d'offres mises en oeuvre par les entreprises du secteur des monuments historiques au cours de la période en cause ;

Considérant que, concernant enfin la durée des pratiques, il est également avéré :

- qu'en ce qui concerne les trois ententes régionales de répartition des marchés, qui constituent chacune une infraction continue, les pratiques ont été mises en oeuvre pendant une longue période, les éléments relevés au cours de l'instruction ayant permis de démontrer des échanges depuis au moins avril 1997 s'agissant de la Haute-Normandie, décembre 1997 s'agissant de la Basse-Normandie et février 1998 s'agissant de la Picardie et que ces pratiques ont pris fin au plus tôt en février 2002 s'agissant des deux premières ententes, et en octobre 2001 s'agissant de la dernière (point 639 de la Décision) ;

- qu'il n'a été mis fin aux ententes qu'à la suite des perquisitions des locaux des entreprises et de l'audition de leurs dirigeants dans le cadre de l'information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen en septembre 2001 (point 641 de la Décision) ;

Et considérant que c'est à tort que certaines requérantes imputent aux autorités publiques,

maîtres d'oeuvre ou maîtres d'ouvrage, un rôle actif, sinon décisif, dans l'élaboration et l'application en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles alléguées en se référant, pour l'essentiel, soit à des comportements individuels relatés par le rapport d'enquête des services de la DOCCRF, qui fait état de l'existence, pour certains marchés, de rapports étroits entre des personnes liées à la maîtrise d'oeuvre ou d'ouvrage et l'entreprise déclarée attributaire des travaux, susceptibles de caractériser une forme de « complicité » dans la mise en oeuvre des ententes anticoncurrentielles, soit à leur souhait d'attribuer les marchés de restauration à l'entreprise intervenant habituellement sur le monument concerné, au motif que sa connaissance du bâtiment constituerait une garantie de qualité ; qu'en effet, ainsi que le relève la Décision (points 643, 645 et 646), l'ordonnance du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen du 15 décembre 1999 conclut au non lieu en ce qui concerne les agissements qui avaient été reprochés aux représentants des autorités publiques dans le cadre de l'information judiciaire ouverte en 2001 ; que, pas davantage que devant l'Autorité, les requérantes ne font état d'autre élément circonstancié permettant d'établir l'encouragement des autorités publiques dans la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles en litige, comportement qui, au demeurant, en l'absence de contrainte irrésistible, ne pourrait être pris en compte pour modérer la gravité des pratiques en cause dès lors que les entreprises concernées, habituées à répondre à de nombreux appels d'offres, ne pouvaient en ignorer le caractère illicite ;

En ce qui concerne l'importance du dommage causé à l'économie :

Considérant que, contrairement à ce que soutiennent ou sous-entendent certaines requérantes, l'Autorité de la concurrence est en droit, ainsi que le rappelle la Décision (points 647, 648 et 649), de procéder à une appréciation globale de l'importance du dommage à l'économie, comme de la gravité des pratiques, dès lors qu'elle tient compte, de manière individualisée, de la situation de chaque entreprise et de sa contribution personnelle aux pratiques, ce qu'il appartiendra à la cour d'apprécier ci-après ; que, s'agissant spécialement d'ententes portant sur des marchés d'appels d'offres, il ne peut non plus être sérieusement contesté que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence ; qu'en effet, de telles pratiques affectent le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants et constituent, en soi, une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; qu'enfin, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de chiffrer précisément l'importance du dommage à l'économie ;

Considérant, au cas d'espèce, s'agissant en premier lieu des ententes de répartition régionale des marchés, la Décision a, par d'exactes motifs (points 650 à 679), que la cour adopte, caractérisé l'importance du dommage à l'économie ;

Qu'il suffit de rappeler que, pour parvenir à de telles conclusions, la Décision s'est exactement référée à une série de constatations qui ne sont pas reluisées en cause par les éléments mis en exergue par les requérantes et qui procèdent :

- de la taille et de la part des marchés affectés : les pratiques continues d'ententes de répartition des marchés, qui ont été mises en oeuvre dans trois régions, la Haute-Normandie, la Basse-Normandie et la Picardie ont porté sur la quasi-totalité des marchés régionaux affectés, dès lors que les participants à l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie détenaient la quasi-totalité du marché en cause et que les membres des ententes mises en oeuvre en Basse-Normandie et en Picardie détenaient ensemble plus de 90 % des parts des marchés concernés ;

- de la durée des pratiques : les trois ententes régionales de répartition des marchés ont

été mises en oeuvre pendant une période continue, égale à près de cinq ans pour l'entente en Haute-Normandie (avril 1997 à février 2002), plus de quatre ans pour l'entente en Basse-Normandie et près de quatre ans pour l'entente en Picardie (février 1998 à octobre 2001) si bien que les ententes ont causé un dommage important au secteur de la restauration des monuments historiques durant la période considérée, et plus largement à l'économie, les clients des mises en cause étant principalement des services de l'Etat et des collectivités territoriales ;

Que la Décision s'est également référée à juste titre de l'étude des conséquences conjoncturelles et/ ou structurelles des pratiques qui se manifestent tant par un cloisonnement des marchés que par une augmentation des prix-résultant-de la mise-en oeuvre des ententes ;

Que sur le cloisonnement des marchés, que la Décision se réfère utilement et suffisamment ;

- aux éléments relevés au cours de l'instruction qui établissent que les ententes régionales avaient pour effet de figer les parts de marchés et de prévenir l'entrée d'entreprises « extérieures » sur chacun des marchés régionaux concernés, l'éclatement des ententes s'étant traduit a contrario par une animation du jeu concurrentiel entre les membres des ententes, ce que confirment les déclarations des représentants des DRAC de Haute-Normandie et de Picardie, qui, interrogés au cours de l'instruction pénale, ont indiqué avoir constaté au cours de l'année 2002 l'arrivée dans leur région d'entreprises nouvelles, déposant des offres compétitives par rapport aux entreprises locales dites historiques » ;

- à l'existence de zones géographiques et de monuments « réservés » à une entreprise particulière, tel que le Mont Saint Michel pour l'entreprise Degaine ; que, selon les indications des représentants des DRAC auditionnés, l'éclatement des ententes s'est traduit par le changement des titulaires habituels des marchés pour certains édifices ;

Que, sur l'augmentation des prix résultant de la mise en oeuvre des ententes, que la Décision, après avoir relevé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que l'entente en cause s'est effectivement traduite, en l'espèce, par une élévation des prix, a justement estimé que les éléments concordants relevés au cours de l'instruction permettent toutefois d'établir que les pratiques en cause ont eu un important effet haussier sur les prix des marchés d'appels d'offres pour la restauration de monuments historiques dans les trois régions concernées ;

Que la Décision retient exactement, à titre liminaire, qu'il importe peu que, contrairement à ce que soutiennent encore et en vain les requérantes, l'offre retenue par le maître d'ouvrage soit d'un montant inférieur à l'estimation de l'administration, seul le fonctionnement normal de la concurrence et l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents étant en effet de nature à garantir l'obtention du juste prix ;

Que, pour le surplus, la cour se réfère purement et simplement, en ce qui concerne la hausse des prix après la cessation des ententes

-aux constatations et appréciations opérées par la Décision (points 658 à 669) sur la différence observée entre les prix des marchés attribués et les estimations des maîtres d'oeuvre avant et après l'éclatement des ententes ainsi qu'aux explications données, qui répondaient déjà aux objections des requérantes, sur la méthode retenue par les services de l'Autorité qui ont eux-mêmes rectifié-les calculs présentés au rapport administratif d'enquête et au rapport de l'IGAAC ;

- aux constatations opérées par les services de l'Autorité (points 673 à 676 de la Décision) à partir d'un rapport de l'IGAAC qui, sur ce point, démontre une baisse des prix unitaires des prestations fournies par certaines entreprises à partir de 2002 ;

Et considérant que c'est à tort que les requérantes maintiennent que la baisse des prix constatée ne s'expliquerait pas uniquement par la cessation des pratiques, compte tenu notamment du contexte de crise du secteur de la restauration des monuments historiques lié à la diminution des crédits publics depuis 2002, dès lors, qu'il l'opposé, ainsi que l'a précisé la Décision (point 678) :

- le volume des marchés remportés par les entreprises ayant fait l'objet de l'étude de l'IGAAC est resté stable au cours de la période concernée (26, 3 millions d'euros, contre 27, 8 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 1999 à 2001, et 26, 8 millions d'euros, contre 35 millions pour l'estimation des maîtres d'oeuvre, pour les années 2002 à 2004) ;

- le représentant de la DRAC de Basse-Normandie relève une augmentation du volume des travaux programmés à partir de 2001, les autorisations d'engagement et les crédits de paiement ayant augmenté respectivement de 22, 5 % et 36, 5 % en 2002 ;

- s'agissant de la Haute-Normandie, les représentants de la DRAC indiquent seulement l'existence d'un gel ponctuel des crédits au moment de l'élection présidentielle de 2002, ceux-ci ayant ensuite été réaffectés à cette direction et de même, selon un rapport de la commission des affaires culturelles du Sénat, les crédits consommés consacrés aux monuments historiques sont passés au niveau national de 314 à 367 millions d'euros entre 2000 et 2004, étant demeurés stables autour de 330 millions d'euros en 2001 et 2002 ;

Considérant qu'au regard de ces éléments, l'Autorité qui, comme il a été dit, n'était pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie, était en droit de conclure que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, la hausse des prix liée à la mise en oeuvre des ententes régionales a eu pour probable effet de freiner le lancement de chantiers de restauration de monuments historiques appartenant au patrimoine culturel national en rappelant utilement les appréciations du représentant de la DRAC de Haute-Normandie aux termes desquelles la baisse des prix consécutive à l'éclatement de l'entente dans cette région avait permis de dégager des crédits pour engager de nouvelles opérations de restauration, qui n'auraient, sans ces reliquats, pas trouvé de financement à court terme ;

Considérant, s'agissant en second lieu des ententes ponctuelles sur appels d'offres, que la Décision, après avoir utilement rappelé que le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre les entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence, de telles pratiques affectant en effet le principe même de l'appel d'offres, qui repose sur la loyauté des participants, le dommage à l'économie peut, en l'espèce être apprécié, notamment, au regard du montant des marchés attribués, d'une part, et de la part des auteurs des ententes anticoncurrentielles sur le marché, d'autre part ;

Considérant qu'au regard des constatations de l'Autorité sur ces points, auxquelles la cour se réfère purement et simplement, c'est par d'exactes motifs (points 680 à 684) que la Décision a jugé que les ententes ponctuelles sur appels d'offres se sont traduites par un dommage non négligeable à l'économie ;

En ce qui concerne la prise en compte de la situation individuelle des entreprises :

Considérant que la société Pradeau et Morin, la société Charpentier Pm et la société Pavy

font à tort grief à la Décision de ne pas avoir correctement apprécié le rôle joué dans l'entente ;

Qu'en effet, selon les déclarations de ses propres dirigeants, la société Pradeau et Morin a participé à deux ententes régionales de répartition des marchés pendant une durée de trois ans et demi, ce qui exclut une simple participation, mineure et ponctuelle, aux pratiques anticoncurrentielles ;

Que, de son côté, la société Charpentier Pm n'est pas non plus en droit de soutenir que l'Autorité de la concurrence n'a pas correctement apprécié sa situation individuelle pour prononcer une sanction en omettant de prendre en compte le rôle passif joué dans les ententes poursuivies qu'elle s'attribue alors, qu'à l'opposé, il est établi par le dossier que des preuves directes ou des indices conduisant à une implication de cette entreprise ont été relevés pour près de la moitié des appels d'offres étudiés en Picardie, ce qui contredit précisément une attitude passive, peu importante, par ailleurs, que le Tribunal correctionnel de Rouen ait relaxé le dirigeant de cette entreprise pour l'ensemble des marchés de Picardie ;

Qu'au regard des développements qui précèdent sur les pratiques, dont il ressort une participation de la société Pavy à l'entente mise en place en Basse-Normandie se traduisant par la présentation d'offres de couverture à titre habituel au profit des entreprises implantées localement, et ce, afin de simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage et dont la durée est établie depuis au moins décembre 1997 et s'est poursuivie au moins jusqu'en novembre 2001, cette requérante n'est pas non plus en droit de s'attribuer un rôle inexistant ou même simplement-mineur dans le cadre de cette entente ;

Que, par ailleurs, les modifications du capital de la société EGL intervenues depuis la cessation des pratiques sont, à l'évidence, indifférentes dans le cadre de la détermination de la participation de cette entreprise à l'entente et qu'il importe peu que cette entreprise n'ait, comme elle l'allègue, pas retiré de profit de l'entente, cette circonstance n'étant pas de nature à atténuer la sanction encourue ;

Que, concernant enfin la société Degaine, même s'il est vrai que la participation de cette entreprise n'est, comme il a été dit, finalement avérée que pour 10 marchés et non pour 11, cette rectification minime n'affecte pas cependant pas le principe même de sa participation à l'entente et n'est pas ainsi de nature à remettre en cause la prise en compte par la Décision de la situation individuelle de cette entreprise ;

Considérant, sur la durée de la participation de chacune des entreprises aux ententes régionales, durée que certaines requérantes tentent de minimiser, qu'il suffit de se référer aux développements qui précèdent concernant la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles, sauf à rappeler que l'Autorité a tenu compte (point 697 de la Décision) des différences de durée de participation pour l'appréciation de la sanction infligée aux entreprises ; que tel est le cas de la société EGL à propos de laquelle la Décision relève, au titre de l'appréciation de sa situation individuelle, qu'elle s'est temporairement écartée des ententes mises en oeuvre en Haute-Normandie et en Picardie, entre octobre 1999 et décembre 2000 pour la première entente, et au cours des mois de mars à mai 2000 pour la seconde, abstention temporaire qui a été prise en considération dans le cadre du calcul de la sanction qui lui a été infligée ;

Considérant, enfin, sur l'existence d'un groupe, que la Décision rappelle à bon droit (points 698 à 702) que l'appartenance des entreprises poursuivies pour ententes à un groupe dont le chiffre d'affaires est, en l'occurrence, particulièrement important, constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer leur sanction ; qu'en effet, l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que la sanction pécuniaire imposée par l'Autorité doit être

proportionnée à la situation de l'entreprise, mais aussi, lorsque celle-ci appartient à un groupe, à celle de ce dernier et que, ainsi que le rappelle la Décision, l'obligation d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire peut conduire à ce que celle-ci soit, en considération d'une infraction donnée, plus élevée dans le cas d'une entreprise puissante ou intégrée à un groupe d'envergure européenne ou internationale, que dans celui d'une petite ou moyenne entreprise »

En ce qui concerne la méthode de détermination des sanctions :

Considérant, sur l'assiette servant de calcul du montant des sanctions, que la Décision a rappelé à bon droit que la valeur des ventes réalisées par les entreprises en cause de produits ou de services en relation avec l'infraction constitue généralement une référence appropriée pour déterminer l'assiette de la sanction pécuniaire infligée par l'Autorité de concurrence, dans la mesure où elle permet de proportionner celle-ci à la réalité économique de l'infraction ; qu'alors qu'il est acquis qu'aucune des entreprises requérantes ne réalise la totalité de son chiffre d'affaires dans le secteur concerné de la restauration des monuments historiques, la Décision relève cependant que cette référence ne pouvait être retenue au cas d'espèce comme montant de base des sanctions infligées, faute d'éléments suffisamment probants permettant d'en déterminer le montant ; que la Décision observe, à cet égard, que les entreprises, invitées en séance à communiquer les éléments relatifs à la proportion de leur chiffre d'affaires en rapport avec leur activité dans le secteur de la restauration des monuments historiques, réalisé au cours de la période de commission des pratiques sur les marchés affectés par celles-ci, n'ont, pour la plupart d'entre elles, pas fourni de données pertinentes, complètes et justifiées ; que, par ailleurs, certaines d'entre elles n'ont fourni aucun élément sur ce point ; que c'est dans ces conditions que l'Autorité, estimant ne pas disposer de données alternatives adéquates et suffisamment fiables et complètes, a décidé d'utiliser le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises comme base pour déterminer le montant des sanctions ;

Considérant qu'au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef de l'assiette de calcul du montant des sanctions retenue par l'Autorité, la plupart des requérantes n'ont pas communiqué à la cour de données répondant aux exigences définies par l'Autorité et approuvées par la cour ; qu'en effet :

- les sociétés Entreprise FI Chevalier Nord, EGL, Charpentier PM, Pateu & Robert, Société Nouvelle Bodin et Terh Monuments Historiques persistent à se référer, selon le cas, aux données brutes établies par elles dont l'authenticité n'a pu être vérifiée faute de pièces justificatives ou de certification et qui, par surcroît, ne portaient pas sur le même type de marchés clientèle publique. ou publique eteprivée ; oureneee qui.
concerne-spécialement Charpentier PM et Pateu & Robert-sur une période postérieure aux pratiques en cause ;

- la Société Nouvelle Bodin a seulement communiqué, dans le cadre de la réponse à la notification des griefs, un tableau récapitulatif de ses résultats entre 1996 et 2008 ;
Considérant, dès lors, que concernant ces sociétés, la Décision (point 716), était fondée à retenir le chiffre d'affaires réalisé par chaque entreprise au cours du dernier exercice clos, soit 2009, dès lors qu'il s'agit de la seule donnée appuyée de justificatifs probants disponible pour l'ensemble des entreprises mises en cause, en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé en France, tel qu'il ressort des liasses fiscales communiquées par les parties, la Décision expliquant que le coefficient appliqué pour calculer le montant de base de la sanction de chaque entreprise a été plus faible que celui qui aurait été appliqué si la valeur des ventes des entreprises en relation avec les infractions avait pu être retenue comme assiette de la sanction ;

Considérant, en revanche, qu'il est constant qu'avant la séance de l'Autorité, Pradeau et Morin avait communiqué des éléments, certifiés par son commissaire aux comptes,

attestant que son chiffre d'affaires-soit la valeur des ventes réalisées en Picardie la dernière année complète de l'entente soit l'année 2000 (1. 126. 512 euros)- lié aux monuments historiques était compris entre 12 et 20 % du chiffre d'affaires global, au moment des pratiques ; que, dans ses observations déposées devant la cour, l'Autorité explique qu'elle n'avait pas estimé devoir lui appliquer une réduction de sa sanction comme elle l'avait fait pour une autre entreprise qui ne réalisait qu'un très faible pourcentage de son chiffre d'affaires total dans le secteur de la restauration de monuments historiques- « 0, 93 à 3, 2 » du chiffre d'affaires total au cours de la période en cause-à la différence des autres entreprises concernées ; que, toutefois, l'Autorité, tout en indiquant que tel n'est pas le cas pour Pradeau et Morin au regard du montant de son chiffre d'affaires dans le secteur des monuments historiques, déclare s'en remettre à la sagesse de la cour ;

Considérant que rien ne s'oppose ainsi à ce que, afin de proportionner la sanction à la réalité économique de l'infraction, la valeur des ventes réalisées par Pradeau et Morin de produits ou de services en relation avec l'infraction en cause soit, en l'espèce, dans le secteur de la restauration de monuments historiques, soit prise comme montant de base de la sanction infligée à cette entreprise en fonction de la gravité des faits et du dommage à l'économie de préférence au chiffre d'affaires total ; que la contestation de la société Pradeau et Morin tendant à obtenir une réduction en conséquence du montant de la sanction sera retenue dans les conditions qui seront précisées ci-après ;

En ce qui concerne les éléments à prendre en compte

Considérant que, sous réserve de ce qui vient d'être précisé concernant le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la société Pradeau et Morin, la cour se réfère purement et simplement aux énonciations de la Décision (points 718, 719 et 720) explicitant, dans le cadre général défini par l'article L. 464-2 du code de commerce, à partir du chiffre d'affaires considéré, sa méthode de détermination des sanctions et, lorsque les entreprises ont invoqué l'existence de difficultés financières particulières et soumis les éléments nécessaires pour en permettre la vérification par l'Autorité, leur capacité à s'acquitter de la sanction ainsi déterminée est vérifiée en dernier lieu ; qu'il est constant, à cet égard, que Charpentier PM, Tell et Degaine qui avaient allégué de telles difficultés devant l'Autorité, le font à nouveau, devant la cour au soutien de leur recours ; Considérant, en revanche, que les éventuelles difficultés du secteur de la restauration des monuments historiques mises en avant par certaines requérantes au soutien de leur demande de réformation de la Décision du chef des sanctions prononcées, à les supposer avérées, ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du code de commerce pour l'évaluation des sanctions et, qu'au regard du respect du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises, du fait de leur situation particulière et dans la mesure où elles affecteraient leurs capacités contributives qui doivent, dans la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, sont susceptibles d'être prises en compte ;

Et considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce commandent de vérifier que la sanction prononcée répond au principe de proportionnalité selon les critères qu'elles énumèrent, sans qu'il y ait lieu de comparer l'application qui en a été faite à d'autres entreprises également sanctionnées ; que, dès lors, les requérantes ne sont pas recevables à contester le quantum de la sanction qui leur a été infligé au regard de celui des sanctions ayant été prononcées à l'encontre de telle ou telle autre entreprise ;

En ce qui concerne la fixation du montant des sanctions individuelles

Considérant qu'eu égard aux éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus et eu égard aux éléments du chiffre d'affaires en cause les moyens et justificatifs avancés par les requérantes, à l'exception de Pradeau et Morin et de Terh

Monuments Historiques ne conduisent pas la cour à modifier le montant des sanctions infligées par l'Autorité :

- à la société Entreprise Georges Lanfry, compte tenu par ailleurs, pour ce qui concerne cette entreprise, de la mise en oeuvre et de la prise en compte, sans avoir commis l'erreur alléguée par la requérante, de la procédure de non-contestation de griefs (points 723, 724, et 725 de la Décision) ;

- à la société Charpentier PM, étant observé que, dans la Décision (points 742 à 745) notifiée, à la requérante, laquelle est la seule à prendre en considération, l'Autorité, qui n'a pas commis l'erreur dans le calcul de la sanction pécuniaire, a déjà suffisamment pris en compte les difficultés financières de cette entreprise telles que justifiées dans une note en délibéré adressée à l'Autorité le 5 novembre 2010 pour réduire à 240 000 euros le montant de la sanction qui aurait dû s'élever à 300 000 euros ;

- à la société Pavy (points 751 et 752 de la Décision) ;

- à la société Degaine (points 753, 754 et 755 de la Décision), étant précisé que l'Autorité a justement écarté la demande de réduction du montant de la sanction présentée par cette société en raison de ses difficultés financières au motif qu'appartenant au groupe Vinci qui, disposant de ressources financières considérables-enregistrement d'un chiffre d'affaires de 31, 9 milliards d'euros, et d'un résultat net de 1, 6 milliard d'euros en 2009-n'est pas fondée à se prévaloir de difficultés financières particulières qui affecteraient sa capacité contributive ;

- à la Société Nouvelle Bodin (points 756 et 757 de la. Décision) ;

- à la société Pateu & Robert (points 758 et 759 de la Décision) ;

- à la société H Chevalier Nord (points 730 et 731), étant observé, concernant spécialement cette entreprise, que, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité n'était pas légalement tenue de s'attacher à la vérification du caractère exceptionnel, au demeurant non démontré, du chiffre d'affaires considéré ;

- à la société Paycux Invest (points 732 et 733) » ;

Alors d'une part que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre, sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction et que le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre ; qu'il en résulte que la modification du montant maximal de la sanction par l'Autorité de la concurrence entre le prononcé de la décision et sa notification, compte tenu d'une erreur de calcul sur le chiffre d'affaires, doit la conduire à recalculer le montant de la sanction pécuniaire ; qu'en statuant en sens contraire, la Cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Alors d'autre part que l'exposante faisait valoir dans ses écritures en cause d'appel que contrairement à ce qu'avait relevé la Décision de l'Autorité de la concurrence, elle avait produit une note en délibéré en date du 5 novembre 2010, certifiée par son expert-comptable, qui attestait qu'elle n'avait réalisé que 32 % de son chiffre d'affaires en rénovation de monuments historiques et qu'elle n'avait été attributaire que de 7 marchés

sur plus d'une centaine au total visés par la notification de griefs, marchés dont la valeur était marginale par rapport à la valeur totale des marchés (Mémoire récapitulatif, p. 21) ; qu'en se bornant à relever que la Décision avait retenu à bon droit que les entreprises n'avaient pas fourni de données pertinentes, complètes et justifiées, sans analyser, même sommairement, la note en délibéré produite aux débats qui était de nature à réduire la sanction infligée à la société exposante au vu de sa situation individuelle, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ; Moyens produits au pourvoi incident n° M 12-28. 026 par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour la société TERH monuments historiques.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES une sanction pécuniaire de 450 000 € et ordonné les mesures de publication ;

Aux motifs que « le délai raisonnable prescrit par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire et que la sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de la concurrence de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire, devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre ;

Considérant que la société Charpentier PM soutient que la durée excessive de la procédure, durée par surcroît particulièrement injustifiée dès lors que la décision de l'Autorité de la concurrence se fonde quasi-intégralement sur le dossier pénal, a entraîné une atteinte grave et irrémédiable aux droits de la défense ; que la requérante précise, qu'au surplus, l'Autorité de la concurrence n'a pas donné d'explication sur le défaut de diligence des services d'instruction après la saisine, intervenue en mai 2005, de la société GAR Rénovation, et qu'elle n'a pas non plus justifié le caractère tardif de la demande de communication du dossier pénal, qui n'est intervenue qu'à la fin de l'année 2007 ;

Que la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES formule le même reproche à l'encontre de la décision en raison de l'irrégularité de la procédure pour non-respect du délai raisonnable, en faisant elle aussi valoir qu'elle a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence plus de dix ans après les faits, alors qu'elle ne disposait plus des documents, notamment de nature comptable, nécessaires à l'organisation de sa défense qui, pour la plupart, avaient été saisis en novembre 2001, et en précisant, par surcroît, que son dirigeant n'a finalement été condamné par le tribunal correctionnel qu'au titre d'une seule entente (€) ;

Mais considérant que si la durée de la procédure, phase non-contradictoire comprise, s'est, en effet, élevée à huit ans, force est cependant de constater que ce délai doit, au cas d'espèce, s'apprécier au regard de l'ampleur des pratiques mises en oeuvre, qui est avérée, et de la complexité de la procédure, qui est certaine ;

Qu'en premier lieu, en effet, l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2001 s'est d'abord traduite par une saisine du parquet de Rouen le 24 septembre 2001, le ministre en charge de l'économie n'ayant saisi le Conseil de la concurrence que le 20 novembre 2007 et que, pour sa part, le Conseil a décidé de se saisir d'office des mêmes faits le 13 novembre 2007 quelques jours seulement avant la saisine du ministre, à la suite notamment des éléments relevés dans le cadre de l'instruction de la saisine de la société GAIS,

Rénovation Vieux Edifices en date du 18 mai 2005, complétée par lettre du 18 décembre 2006, et qui était limitée à des pratiques mises en oeuvre dans la région Ile-de-France ; qu'à la suite de ces saisines, les services d'instruction du Conseil ont demandé la communication des éléments de la procédure pénale au juge d'instruction qui y a procédé le 9 janvier 2008 et que la phase d'instruction contradictoire s'est ouverte un an plus tard avec l'envoi aux entreprises de la notification de griefs le 16 décembre 2008 ;

Qu'en second lieu, l'affaire concerne des ententes mises en oeuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques sur un territoire comprenant douze régions, à savoir la Haute-Normandie, la Basse-Normandie, la Picardie, l'Aquitaine, l'Ile-de-France, la Bourgogne, la Lorraine, la Champagne-Ardenne, le Nord-Pas-de-Calais, les Pays-de-la-Loire, l'Auvergne et Rhône-Alpes et que les griefs, qui ont été notifiés à dix-sept entreprises, portent sur plus d'une centaine de marchés publics, avec un dossier comportant plus de 24 000 pièces ;

Considérant, par surcroît, que les entreprises mises en cause ne démontrent pas que la possibilité de se défendre contre les faits qui leur étaient reprochés aurait été affectée de façon personnelle, effective et irrémédiable par la durée de la procédure en raison du fait que, compte tenu de l'ancienneté des faits, elles ne disposent plus des documents à décharge relatifs aux marchés d'appels d'offres en cause et que les responsables impliqués dans la commission des pratiques ne sont aujourd'hui plus présents dans l'entreprise, rendant ainsi plus difficile la possibilité de recueillir leur témoignage ; Qu'en effet, ainsi que le constate la Décision :

- l'affaire instruite devant le Conseil puis l'Autorité de la concurrence s'articule avec la procédure pénale portant, parmi d'autres incriminations, sur les pratiques anticoncurrentielles qui font l'objet de la présente décision, imputées aux personnes physiques sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce ; que, dans ces conditions, les entreprises dont les responsables ont été poursuivis pour avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre des ententes à laquelle elles ont elles-mêmes participé n'ont pu ignorer l'existence d'une information pénale qui a donné lieu à de nombreux interrogatoires et à des enquêtes : ces entreprises ont par conséquent été en mesure de sauvegarder les preuves qui leur auraient permis de discuter les charges pesant contre elles ;
- les entreprises ont eu connaissance du fait qu'elles auraient à répondre des pratiques en cause au plus tard en mars 2002 en ce qui concerne Terh (cote 2485), en mars 2003 en ce qui concerne Degaine (cote 4125), en avril 2003 en ce qui concerne Pavy (cote 4152) et en avril 2002 en ce qui concerne Charpentier PM (cote 2556), à l'occasion des interrogatoires de leurs représentants, diligentés dans le cadre de la procédure pénale, étant précisé que, pour ces entreprises, les plus anciens des marchés retenus par la notification de griefs datent respectivement d'avril 1998 (Tehr), de juillet 1999 (Degaine) de février 1998 (Charpentier PM), de décembre 1997 (Pavy) ; que, par ailleurs, les pratiques, de répartition de marchés reprochées à ces entreprises se sont poursuivies au moins jusqu'en février 2001 s'agissant de Degaine, en janvier 2002 s'agissant de Terh, en février 2002 s'agissant de Pavy et en octobre 2001 s'agissant de Charpentier PM ;
- que, cependant, la simple prudence commandait à ces entreprises de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce, dont le délai a été porté de trois ans à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004, et qui avait été interrompue dans la présente affaire par les actes pris dans le cadre de l'information judiciaire ouverte devant le tribunal

de grande instance de Rouen ; que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence sont seules responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription n'était pas acquise, les motifs d'ordre purement interne tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives, notamment par suite de fusion, étant indifférents ou, à tout le moins, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil ; Considérant, dès lors, c'est par d'exactes motifs (points 313 à 319), que la cour adopte, que la Décision a constaté que les sociétés Tehr Monuments Historiques, Degaine, Charpentier PM et Pavy, à qui il incombait de conserver les éléments à décharge de nature à renverser les charges pesant contre elles dès la mise en cause de leurs dirigeants dans le cadre de la procédure pénale, ne démontrent pas que la durée de la procédure devant l'Autorité de la concurrence les aurait effectivement privées de la possibilité de se défendre utilement contre les griefs qui leur étaient reprochés ; Qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation du principe de délai raisonnable doit être écarté » ;

Alors que la complexité d'une affaire portée devant l'Autorité de la concurrence ne justifie la durée excessive de la procédure, que si celle-ci a ensuite effectivement accompli des actes d'instruction nécessaires à la manifestation de la vérité ; qu'il résulte de la procédure et des énonciations de l'arrêt attaqué que la déclaration de culpabilité de la société exposante a été établie sur la foi des seuls éléments recueillis dans le cadre de l'enquête pénale ; qu'en se bornant à affirmer que la durée de la procédure, n'était pas excessive, sans constater que le rapporteur avait ensuite accompli des actes d'instruction nécessaires à la découverte des pratiques anticoncurrentielles, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES une sanction pécuniaire de 450 000 € et ordonné les mesures de publication ;

Aux motifs que « la société Charpentier PM prétend que la Décision encourt l'annulation pour violation des droits de la défense en raison du fait que, alors que les griefs retenus à son encontre sont principalement fondés sur des déclarations de représentants de sociétés mis en cause à titre personnel dans le cadre de la procédure pénale, l'Autorité n'a toutefois pas examiné ses contestations portant sur la validité et la force probante des procès-verbaux de déclarations de son représentant recueillies lors de sa garde à vue, déclarations qui ne présentent pas toutes les garanties nécessaires aux droits de la défense qui sont requises tant par la Convention précitée que par la jurisprudence ; qu'en effet, les enquêteurs ont renversé la charge de la preuve et n'ont pas tenu compte du droit fondamental au silence reconnu tant en vertu de la Convention que de la jurisprudence communautaire à toute personne faisant l'objet d'une enquête au titre de pratiques anticoncurrentielles, de sorte que son représentant a été contraint de s'accuser, l'évolution de ses déclarations, contradictoires, portant par surcroît atteinte à leur valeur probante » Et que « concernant en premier lieu l'opposabilité des pièces du dossier pénal, que c'est par de justes motifs (points 326 à 332) que l'Autorité de la concurrence a décidé qu'elle était en droit d'utiliser les procès-verbaux relatifs et consécutifs à la garde à vue des responsables des entreprises concernées dans le cadre de la procédure pénale ouverte devant le tribunal de grande instance de Rouen pour prouver l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant, en effet, que l'article L. 463-5 de code de commerce ne prévoit aucune restriction dans l'utilisation des pièces pénales communiquées au Conseil, qui sont donc opposables aux parties dans les mêmes conditions que les pièces rassemblées dans le cadre d'une enquête administrative et que la prérogative permettant au Conseil de demander, pour accomplir sa mission de protection de l'ordre public économique, aux

juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, lesquels sont à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne constitue pas par elle-même une atteinte au principe de l'égalité des armes ; qu'en l'espèce, il est constant que l'ensemble des documents et pièces transmis par le juge d'instruction qui ont été, utilisés par les rapporteurs pour fonder les griefs notifiés le 16 décembre 2008 ont été versés au dossier, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire et que les entreprises mises en cause, dont Pateu & Robert en ce qui concerne les écoutes téléphoniques, ont ainsi pu faire valoir leurs observations et présenter d'éventuels éléments à décharge, dans les délais prévus par les dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, étant observé, au surplus, que les contestations des entreprises relatives à la valeur probante des éléments recueillis au cours de la procédure pénale qui sont soulevées au titre de l'utilisation des pièces du dossier pénal, doivent faire l'objet d'un examen ultérieur dans le cadre de l'analyse du bien-fondé des griefs ;

Considérant que, concernant plus particulièrement la validité des procès-verbaux de garde à vue, contestée par la société Pavy, c'est encore par de justes motifs que la Décision a relevé que, dans sa décision n° 2010-14122 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a décidé que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du code pénal relatives à l'organisation des gardes à vue qu'il prononçait prendrait effet le 1er juillet 2011 et a précisé que « les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (cons. 30) ; que, de même, si la Cour de cassation a jugé que l'article 6 de la CED1-1 imposait le droit de toute personne gardée à vue d'être informée de son droit de se taire et de bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat, la Cour a précisé que « ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en oeuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1er juillet 2011 » (Crime trois arrêts du 19 octobre 2010, n° 10-82. 902 n° 10-82. 306 et n° 10-85. 051) ;

Considérant, concernant en second lieu, les conséquences procédurales de l'instance en cours devant le tribunal de grande instance de Rouen, que c'est à bon droit que la Décision rappelle-que, malgré le lien étroit institué par le législateur entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du code de commerce et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, qui permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, la survie de l'action administrative n'est pas placée dans la dépendance de celle de l'action publique, les deux actions, indépendantes suivant leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes ;

- la jurisprudence du Conseil d'Etat dont il résulte que l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose aux autorités administratives qu'en ce qui concerne les constatations de fait que les juges répressifs ont retenues et qui sont le support nécessaire de leurs décisions (décision du Conseil d'Etat du 8 janvier 1971, ministre de l'Intérieur/ Dame Desamis, Ass, n° 77800 ; ou, récemment, décision du 10 octobre 2003, Commune de Soisy-sous-Montmorency et Société anonyme pour l'aide à l'accession à la propriété des locataires, n° 259111) ;

Considérant qu'au regard de ces principes, c'est à bon droit que la Décision relève que, dans la présente affaire, l'Autorité de la concurrence n'est liée par aucune constatation de fait retenue par le juge pénal à l'appui d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée :

- le jugement du tribunal correctionnel de Rouen en date du 2 décembre 2008 ne procède à aucune constatation quant aux faits en litige devant l'Autorité de la concurrence dès lors que cette décision se borne à constater " imprécision de l'ordonnance de renvoi du 8 septembre 2006 pour en prononcer l'annulation : et le dispositif de l'ordonnance ne donne aucune précision. Or, il est impératif d'identifier les marchés publics à l'occasion desquelles les pratiques anticoncurrentielles auraient été mises en oeuvre (..) En l'absence de toute démonstration ou allégation quant à l'existence d'une entente interrégionale regroupant tous les mis en cause, on ne peut conclure à l'implication de chacun sur l'ensemble des marchés (...) Mais il n'est nulle part suggéré que les poursuites à l'encontre des prévenus se limitent aux marchés sur lesquels les propos sont rapportés (...) En tout état de cause, l'ordonnance de renvoi ne permet pas aux prévenus de connaître les faits pour lesquels ils sont poursuivis (...) l'imprécision étant générale et les faits étant commis en co-action, il y a lieu d'annuler l'ordonnance du 8 septembre 2006 dans toutes ses dispositions concernant les infractions en matière de concurrence » ;

- par ailleurs, l'ordonnance du juge d'instruction en date du 15 décembre 2009, qui ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel de dix-huit responsables d'entreprises sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce, tout en considérant insuffisantes les charges afférentes à certains marchés spécifiques, n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée ; Qu'au demeurant, c'est également à bon droit que la Décision mentionne (point 338 de la décision) que si les constatations de fait qui sont le support nécessaire d'une décision pénale s'imposent à elle, il appartient à l'Autorité de la concurrence de donner aux faits qui lui sont soumis leur qualification juridique au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris » ;

« aux termes de l'article L. 420-1 du code de commerce, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les ententes expresses sont interdites, notamment lorsqu'elles tendent à « faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse » et à « répartir les marchés » ;

Considérant qu'il n'est ni contesté ni contestable, ainsi que le rappelle la Décision (points 364 et 365) :-

que lorsque les pratiques qui ont fait l'objet de la notification des griefs sont recherchées au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques observées et de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en oeuvre ;

- qu'en l'espèce, le secteur concerné par les pratiques constatées au titre des griefs d'ententes anticoncurrentielles est celui de la restauration de monuments historiques en France, sans qu'il soit besoin de définir avec précision les limites géographiques des marchés en cause ;

Considérant que les requérantes reprennent, pour l'essentiel, les moyens déjà soutenus devant l'Autorité, reposant principalement

-sur une contestation du standard de preuve retenu dans la Décision ainsi que de la valeur probante des éléments relevés par les services d'instruction pour démontrer leur participation effective à des ententes anticoncurrentielles

-sur une remise en cause de la pertinence des indices retenus pour caractériser leur participation à des ententes sur les divers marchés particuliers identifiés par la notification de griefs ;

- sur le fait que les pratiques dénoncées ne peuvent être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues mais, tout au plus, d'ententes ponctuelles, dictées notamment par les situations et les préoccupations particulières des entreprises concernées au regard des marchés en cause ;

- selon le cas, sur le fait qu'elles auraient mis en oeuvre, dans telle ou telle région, une entente régionale de répartition, en contestant, marché par marché, leur absence de participation à une pratique anticoncurrentielle (...)

Que la société Charpentier PM demande également à la cour de prononcer l'annulation de la Décision attaquée en ce qu'elle retient à tort l'existence d'ententes régionales de répartition, alors même que le standard de preuves exigé n'est pas rempli en l'espèce, notamment

-en ce que la Décision méconnaît les déclarations concordantes de certains représentants de sociétés, en faisant valoir que les déclarations faisant état de l'existence d'une entente générale retenues par la Décision sont contredites ou ne sont pas corroborées par des preuves documentaires et/ ou un faisceau d'indices ;

- le simple fait d'être membre d'une instance représentative, tel le GMH, et de participer aux réunions organisées dans ce cadre n'est pas anticoncurrentiel « per se » ;

- que certaines déclarations de représentants d'entreprises lui sont opposées à tort, telles celles de M. Bennegen, représentant de la société Normandie Rénovation (point 390) qui ne se réfère qu'aux réunions de la cellule de Haute-Normandie à laquelle Charpentier PM n'appartient pas ;

Que tel est également le cas de la société TERH MONUMENTS HISTORIQUES qui :

- Conteste le principe même de l'entente générale en Haute Normandie qui lui est imputée par la Décision en se référant à des déclarations qui, soit sont sorties de leur contexte, soit sont formulées par des personnes en garde à vue, ainsi qu'à diverses écoutes téléphoniques qui, comme certaines déclarations, révèlent que rien n'était décidé à l'avance, les ententes procédant d'accords « au coup par coup » ; qu'en ce qui concerne la Haute Normandie, la requérante critique, marché par marché, les motifs de la Décision en ce qu'elle a retenu à son encontre les griefs d'entente en interprétant à tort des déclarations relatives à des offres de couverture ou en omettant de retenir et d'analyser les circonstances particulières qui ont déterminé les entreprises en cause à procéder à une concertation « minimale » ou en ne prenant pas en considération, selon le cas, la relaxe prononcée par le tribunal correctionnel, faisant aussi valoir que la Décision n'était pas en droit de s'abstenir d'une analyse détaillée des différents marchés en considérant que la fréquence des ententes constituerait une entente globale ;

- Remet également en cause l'existence de l'entente généralisée en Basse Normandie retenue par la Décision à partir de déclarations non significatives et oppose à l'Autorité une analyse marché par marché, qui explique les raisons objectives telles que notamment, l'éloignement du site de son établissement, qui rendaient difficile une offre concurrentielle ;

- Enfin, conteste sa participation à l'entente généralisée en Picardie qui lui est imputée par l'Autorité à partir de déclarations qui, n'ayant pas le sens qui leur est attribué par la Décision, révèlent tout au plus un accord ponctuel en fonction de la situation géographique du chantier et selon le cas de la compétitivité ou de la situation du carnet de commandes de telle ou telle entreprise ; que, comme en ce qui concerne la participation à l'entente qui lui est reprochée en Basse Normandie, la requérante observe également que l'Autorité n'est pas en droit de lui opposer, par surcroît sur la base de déclarations faites par des personnes placées en garde à vue, qu'elle n'a été attributaire en Picardie que d'un faible pourcentage de marchés, dès lors que, comme en ce qui concerne les régions précédemment évoquées, alors qu'elle était contrainte de déposer des dossiers afin de se prémunir contre une éventuelle pénurie de chantier, il lui était difficile de formuler ces offres plus compétitives que les entreprises bénéficiant d'une implantation locale qui disposaient par rapport à elle d'avantages liés aux moindres coûts de frais de transport ou de frais d'acheminement de leur matériel ou de contraintes liées aux heures supplémentaires ;

En ce qui concerne les éléments de preuve généraux recueillis par l'Autorité et en concerne les éléments relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes Considérant que l'instruction a permis de mettre en évidence une série de données et d'éléments (points 39 à 43) qui ressortent, d'une part, des procès-verbaux de transcription des écoutes téléphoniques dressés dans le cadre de la procédure pénale et des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées établis dans ce même cadre ainsi que les documents découverts dans le cadre des perquisitions effectuées au siège des sociétés dans le cadre de la procédure pénale et, d'autre part, des informations communiquées par les maîtres d'ouvrage ;

Considérant-que les procès-verbaux de-transcription-des-écoutes téléphoniques autorisées par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Rouen, des responsables des sociétés M. Lefevre, et de plusieurs agences et filiales du groupe Lefèvre (Normandie Rénovation, Léon Noël et l'agence de Giberville), Coefficient, Terh, Dagand, Quélin et Lanfry ont permis de mettre en évidence l'existence de contacts entre ces entreprises préalablement au dépôt de leurs offres dans le cadre des procédures d'attribution de marchés publics de restauration de monuments historiques. ; que ces écoutes ont également permis de prendre connaissance de contacts avec des responsables d'autres entreprises, et notamment ceux des sociétés Charpentier PM et Chevalier Nord ; que, par ailleurs, certaines des conversations interceptées portaient sur des zones géographiques différentes des zones visées par l'information judiciaire ouverte auprès du tribunal de grande instance de Rouen, qui portait uniquement sur les appels d'offres lancés par les DRAC et les collectivités territoriales de Haute Normandie, de Basse-Normandie et de Picardie ;

Qu'aux termes des procès-verbaux des auditions des dirigeants des sociétés concernées menées dans le cadre de l'enquête pénale, la plupart des dirigeants ou cadres des entreprises concernées ont reconnu l'existence de pratiques de concertation préalable au dépôt des appels d'offres dans le secteur des monuments historiques, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ; qu'ont ainsi été entendus les responsables des sociétés Lanfry, Terh, M. Lefèvre ainsi que ceux de ses filiales Lefèvre SA, Normandie Rénovation et Léon Noël, des sociétés Coefficient, Charpentier PM,

Faber, Entreprise Quélin, Dagand, Entreprise Pavy, Entreprise H Chevalier Nord, Payeux, Entreprise Pradeau et Morin et Entreprise Degaine ; qu'ont également été interrogés des élus et des fonctionnaires de l'administration culturelle ou territoriale, ainsi que des architectes ;

Que les documents saisis au cours des perquisitions pratiquées dans les locaux des entreprises ont permis de recueillir des éléments faisant état de pratiques de concertation préalable au dépôt des offres, soit de manière générale, soit en ce qui concerne des chantiers particuliers ;

Qu'enfin, les informations communiquées par les maîtres d'ouvrage (DRAC) ont permis de constater que certaines entreprises déposaient régulièrement des offres dans des zones géographiques dans lesquelles elles n'étaient pas implantées, sans se voir attribuer le moindre marché ;

Considérant qu'au regard de ces données et de ces éléments, dont la matérialité est incontestable, la Décision était en droit de constater que les pratiques en cause étaient mises en évidence par quatre types d'éléments de preuve avec :

- d'une part, des éléments généraux communs relatifs à l'organisation et au fonctionnement des ententes, qu'il convient de rappeler, qui sont constitués par l'existence de réunions de répartition des marchés, par la pratique des offres de couverture réciproques ainsi que par des actions de coordination et de médiation (points 45 à 67) ;
- d'autre part, des éléments spécifiques à chacune des régions concernées (points 68 à 269 auxquels la cour se réfère expressément) et qui seront, le cas échéant analysés dans le cadre de l'examen des pratiques ;

Considérant que, concernant tout d'abord l'existence de réunions de répartition des marchés, la Décision constate que toutes les sociétés visées par la notification de griefs, à l'exception de la société Cazenave, font partie du Groupement National des Entreprises de Restauration des Monuments historiques (ci-après « GMH ») comptant 159 adhérents dont 92 entreprises de maçonnerie et taille de pierre qui a été constitué en 1959 sous l'égide de la Fédération Française du Bâtiment, cette instance représentative assurant notamment la liaison entre les professionnels de la restauration de monuments historiques et du patrimoine ancien et les donneurs d'ouvrages, avec des cellules régionales, dans le cadre desquelles se rencontrent les entreprises spécialisées dans la restauration des monuments historiques, étant précisé que cette instance a été dirigée de 1983 à 1987 par M. A..., dirigeant de la société Lanfry et qu'elle a également été dirigée par M. G..., cadre-dirigeant du groupe Lefèvre, et M. X. président de la société M. Lefèvre, en a été vice-président ;

- que l'existence de réunions ayant pour objet la répartition des marchés publics à venir dans certaines zones géographiques données est attestée par les déclarations des dirigeants d'entreprises auditionnés au cours de la procédure pénale, ces échanges pouvant notamment avoir lieu dans le cadre des réunions des cellules régionales du GMH, ou en marge de ces réunions (points 47, 48, 49 et 50) ;

Que, concernant ensuite la pratique des offres de couverture réciproques, la Décision observe aussi à juste titre qu'une telle pratique a été reconnue par la plupart des dirigeants au cours de leurs interrogatoires, (points 51, 52 et 53 de la Décision), la Décision relevant, par surcroît, qu'au cours de la perquisition du 13 décembre 2001 dans

les locaux de l'entreprise Lanfry, a ainsi été saisi (points 53 à 58 de la Décision) un cahier d'enregistrement des appels d'offres à l'occasion desquels l'entreprise avait déposé une offre de couverture, allant du 13 décembre 1993 au 31 mars 2000, tenu par M. H..., dessinateur de la société (le « cahier Lanfry ») à propos duquel MM. H... et A... ainsi que directeur adjoint de la société et M. métreur, interrogés sur ce cahier, ont reconnu que les entreprises citées dans la colonne « adjudicataire » étaient bien celles qui avaient bénéficié d'une offre de couverture de la part de l'entreprise Lanfry pour les marchés cités, étant observé que, pour la période du 12 juin 1998 au 5 avril 2000, la plupart des requérantes figurent parmi les entreprises citées dans le cahier Lanfry ; qu'en outre, le gérant de la société Coefficient, qui a été créée, gérée et est encore actuellement contrôlée par le président de la société M. Lefèvre, dispose de 5 agences-dont l'activité consiste à réaliser, à la demande de ses clients, principalement les entreprises du groupe Lefèvre (cote 2773), des études préalables, des devis et des projets architecturaux et techniques-a reconnu que l'une des activités de l'entreprise était de préparer des offres de couverture à destination des filiales du groupe Lefèvre il a notamment indiqué que, lorsque plusieurs filiales du groupe soumissionnent sur un même marché, la société Coefficient intervient pour élaborer leurs offres en préparant des bordereaux complémentaires sur la base des données figurant dans la bibliothèque des prix et tarifs appliqués par chacune des entreprises du groupe mise à sa disposition et la société Coefficient prépare également des offres de couverture à l'attention d'entreprises tierces ;

Que, concernant enfin les actions de coordination et de médiation, la Décision constate que les éléments recueillis au cours de l'enquête ont permis de démontrer que certaines entreprises telles que les sociétés M. Lefèvre ou. Quélin ont été chargées de missions de coordination des répartitions de marchés : si des difficultés se présentaient pour la passation d'un accord en vue d'un marché local, ces sociétés pouvaient intervenir pour régler les conflits par le biais de négociations, de réunions, ou de rencontres sur place des interlocuteurs locaux pour se mettre d'accord ;

En ce qui concerne le standard de preuve applicable en matière d'entente :

Considérant que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut résulter soit de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction ;

Considérant, sur la méconnaissance du standard de preuve qui est reprochée à l'Autorité par certaines requérantes que, contrairement à ce qui est soutenu et ainsi que le rappelle en tant que de besoin la Décision (points 369 à 374), même le cas échéant recueillie dans le cadre d'une garde à vue, la déclaration du représentant d'une entreprise reconnaissant sa participation à une entente constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause ;

Considérant que, dans la présente procédure,- les déclarations recueillies dans les procès-verbaux d'audition établis au cours de la procédure pénale, lesquels sont pleinement opposables aux entreprises requérantes, émanent des principaux responsables des entreprises mises en cause et révèlent de façon concordante l'organisation et la mise en oeuvre d'ententes dans le secteur de la restauration de monuments historiques ;

Considérant qu'il est vrai que la déclaration d'un représentant d'une entreprise mise en cause pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises également mises en cause, ne peut toutefois être considérée comme

constituant une preuve suffisante de l'existence d'une infraction commise par ces dernières sans être étayée par d'autres éléments de preuve, circonstance qu'il conviendra de vérifier dans la Décision déférée au regard des moyens soulevés par les requérantes ;

Qu'en revanche, une déclaration mettant en cause une entreprise et émanant du représentant d'une entreprise concurrente constitue un simple indice de la participation de l'entreprise concernée à l'entente en cause et qu'il convient alors, comme cela a été indiqué précédemment, de rechercher si, dans la Décision, un tel indice est corroboré par d'autres éléments de preuve issus du dossier pénal, tels que des déclarations concordantes d'autres entreprises incriminées, des écoutes téléphoniques ou d'autres indices matériels ;

Qu'enfin, concernant les références portées dans le cc cahier Lanfry », dont l'objet était, selon les déclarations des représentants de cette société, de recenser les offres de couverture émises par cette dernière au bénéfice de ses concurrentes (voir point 56 ci-dessus), il suffit de rappeler que la Décision a retenu à juste titre que ces références ne seront pas considérées comme une preuve suffisante à elle-même de la participation de l'entreprise tierce référencée aux ententes en cause, mais comme un indice devant être corroboré par d'autres éléments de preuve ;

En ce qui concerne l'articulation entre les pratiques d'ententes générales et les pratiques mises en oeuvre à l'occasion de marchés particuliers ;

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu, c'est à bon droit que l'Autorité a décidé que les pratiques dénoncées pouvaient être qualifiées d'ententes générales, complexes et continues ; qu'en effet, ainsi que le rappelle la Décision (points 375 à 379), dès lors qu'un comportement qui se manifeste par plusieurs décisions ayant un objet anticoncurrentiel unique peut être qualifié d'infraction unique et continue pour la période pendant laquelle il est mis en oeuvre et qu'une entreprise qui a participé à une infraction par des comportements qui lui étaient propres et qui visaient à contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble, peut être tenue pour responsable, pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en oeuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ; que tel est le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque ; qu'ainsi, le fait que différentes entreprises aient joué des rôles différents dans la poursuite d'un objectif commun n'élimine pas l'identité d'objet anticoncurrentiel et, partant, d'infraction, à condition que chaque entreprise ait contribué, à son propre niveau, à la poursuite de l'objectif commun ;

Considérant, au cas d'espèce, que c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes que, s'agissant des pratiques mises en oeuvre dans les régions de Haute-Normandie, Basse-Normandie et Picardie, la Décision a retenu (points 380 a. 382)

- que les éléments relevés mettent en évidence des ententes ayant pour objet de se répartir les marchés à l'échelon régional, des concertations préalables au dépôt des offres, et la présentation à titre habituel d'offres de couverture à l'occasion des procédures de mise en concurrence organisées par les maîtres d'ouvrage pour la restauration de différents monuments historiques ; que les dirigeants des sociétés concernées ont reconnu avoir présenté à de multiples reprises des offres sur des marchés qu'ils ne souhaitaient pas obtenir, dans le seul but de faire nombre et de favoriser l'entreprise désireuse de remporter le marché, à charge pour cette dernière d'adopter un comportement similaire sur un autre marché en faveur de ses concurrents ;

- que les concertations et échanges d'informations intervenus à l'occasion d'appels

d'offres particuliers, de même que la présentation à titre habituel d'offres de couverture, doivent être considérés comme la mise en oeuvre des ententes générales visant à se répartir les marchés entre les entreprises au niveau régional ; que l'ensemble de ces pratiques présentent un lien de complémentarité évident, en ce sens que chacune d'entre elles est destinée à s'opposer aux conséquences du jeu normal de la concurrence dans le cadre des appels d'offres, qui devrait se traduire par l'ignorance de chacune des entreprises intéressées, lorsqu'elle élabore son offre, de la qualité de ses concurrents et de leurs capacités financières à proposer la meilleure prestation ou fourniture possible au prix le plus bas ; que, par ailleurs, les concertations observées traduisent la mise en oeuvre de jeux de compensation entre les entreprises, et donc d'une interdépendance des marchés en cause, celles-ci présentant des offres de complaisance au bénéfice de leurs concurrents dans l'assurance d'obtenir la réciprocité à l'occasion des appels d'offres portant sur les marchés dont elles souhaitent être attributaires ; qu'ainsi, l'ensemble de ces pratiques contribuent, par le biais d'une interaction, à la réalisation des effets anticoncurrentiels voulus par leurs auteurs, dans le cadre d'un plan global visant un objet identique ;

- que, par conséquent, contrairement à ce que soutiennent à nouveau les requérantes devant la cour, la qualification exacte des faits commande de ne pas séparer les pratiques mises en oeuvre par les entreprises dans le cadre de chacun des appels d'offres particuliers examinés pour ces régions en les traitant comme autant d'infractions séparées, alors que celles-ci ne constituent que les manifestations successives d'une conduite continue, à savoir des ententes entre les entreprises ayant pour objet de simuler une concurrence auprès des maîtres d'ouvrage tout en coordonnant leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques ;

Considérant, dès lors, que c'est par d'exacts motifs que la Décision relève (points 383 et 384)

- que, nonobstant la circonstance que certaines des pratiques constatées à l'occasion de marchés particuliers pourraient également constituer en elles-mêmes et prises isolément une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ne sera recherchée dans la suite de la présente décision que la participation des entreprises en cause aux ententes régionales générales de répartition des marchés, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur leur participation à des infractions spécifiques commises à l'occasion de chacun des appels d'offres particuliers énumérés dans la notification de griefs ;

- que lorsque les éléments de preuve ne permettent pas d'établir la participation d'une entreprise donnée à l'entente générale de répartition régionale, il conviendra d'examiner si les pratiques mises en oeuvre par cette entreprise à l'occasion d'un marché particulier permettent de caractériser en elles-mêmes une violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce sur ce marché spécifique ;

En ce qui concerne l'existence et le fonctionnement de l'entente mise en oeuvre en Haute-Normandie ;

Considérant, ainsi que le mentionne à bon droit la Décision (point 386), qu'il est de principe qu'aux termes d'une jurisprudence constante, si chaque marché passé sur appel d'offres, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une délégation de service public, constitue un marché pertinent, l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur ces marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts, peut être sanctionnée en application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'au cas d'espèce, c'est par d'exactes motifs (points 387 à 405 de la Décision), que la cour fait siens, que l'Autorité a décidé, que les éléments de preuve qui ont été relevés (points 68 et suivants) démontrent l'existence d'une entente organisée à l'échelon régional, ayant pour objet la répartition des marchés publics de restauration de monuments historiques passés par les maîtres d'ouvrage régionaux, et principalement par la DRAC, entre les entreprises intervenant sur ces marchés, à savoir, Normandie Renovation, Lanfry, Terh, et, plus marginalement, Dagand, après avoir constaté que les éléments recueillis Filetten en-évidence des concertations mises en-oeuvre-à titre-habituel- ç entre les entreprises, prenant la forme de réunions de partage, d'échanges d'informations à l'occasion des appels d'offres et de sollicitations d'offres de couverture ;

Que, concernant tout d'abord les accords de partage de marchés, la Décision relate comme ressortant du dossier que les déclarations concordantes des responsables des sociétés Normandie Renovation et Lanfry établissent l'existence de réunions au cours desquelles les entreprises implantées dans la région procédaient à la répartition des marchés à venir, et qui se tenaient notamment à la suite des réunions de la cellule régionale du GMH de Haute-Normandie, au cours desquelles les représentants de la DRAC communiquaient aux entreprises Les programmations de chantiers à venir ; qu'ainsi, M. B. : (Normandie Renovation) a indiqué avoir participé à des « tables rondes » trois ou quatre fois, en présence des dirigeants des entreprises Lanfry et Terh au cours desquelles les participants évoquaient alors les chantiers et faisaient part de leurs souhaits d'obtenir des marchés particuliers, propos qui ont été confirmés par M. A. (Lanfry) qui a précisé que les souhaits des entreprises étaient évoqués à la suite des réunions de la cellule du GMH, hors la présence des représentants de la DRAC et que l'existence de réunions annuelles de répartition des chantiers est en outre confirmée par M. J..., métreur de la société Lanfry ; que si M. P... (Terh) affirme ne pas avoir participé à des réunions formalisant un partage des marchés dans le cadre de la cellule régionale du GMH, il a quant à lui reconnu l'existence d'une répartition des marchés de nature « empirique », se traduisant par l'attribution aux entreprises intervenant dans la région d'une quote-part du montant annuel total des marchés passés par la DRAC ;

Que, concernant ensuite les critères de répartition des marchés régionaux, ceux-ci ont été décrits par M. B... (Normandie Renovation), dont les propos ont été confirmés par ceux de M. A.-, (Lanfry) ; qu'il a ainsi exposé que cette répartition obéissait à un critère géographique, les entreprises privilégiant les chantiers géographiquement proches de leur lieu d'implantation, afin de limiter les frais et d'éviter d'imposer des déplacements au personnel, le principe étant de répartir les chantiers de la région entre les entreprises locales, et de solliciter des offres de couverture de la part des entreprises extérieures ; que, par ailleurs, M. B... a également expliqué que la répartition tenait compte du niveau d'activité des entreprises, c'est-à-dire des chantiers déjà obtenus et des consultations à venir, les modalités d'une répartition des marchés fondée sur la proximité géographique des chantiers avec l'implantation de l'entreprise étant confirmées par les déclarations de M. R..., dirigeant de l'agence de Dagand implantée à Caen en Basse-Normandie, mais intervenant également sur certains chantiers dans le département de l'Eure, en Haute-Normandie ; que, par ailleurs, ces propos sont corroborés par l'étude de la répartition des marchés sur une sélection d'appels d'offres dans la région, même si les entreprises ont parfois obtenu des chantiers plus éloignés de leur zone habituelle ; qu'alors que s'agissant de la société Lanfry, le dirigeant de la société a déclaré que les accords de partage avaient pour but la conservation par son entreprise de la zone du Grand Rouen, les zones d'intervention de Terh apparaissent quant à elles plus largement étendues à l'ensemble de la région Haute-Normandie ;

Que, par ailleurs, les allégations de certaines des requérantes, qui soutiennent que cette répartition reposerait sur des justifications objectives et non sur une entente anticoncurrentielle, sont toutefois démenties par les déclarations des dirigeants d'entreprise citées plus haut, qui ont reconnu prendre part à des ententes visant à se répartir les marchés, et par les indices et éléments de preuve établissant l'existence de concertations entre les entreprises avant le dépôt des appels d'offres ; qu'au surplus, aucun élément ne permet de corroborer l'existence d'une préférence alléguée du maître de l'ouvrage pour l'entreprise intervenant habituellement sur un édifice, le représentant de la DRAC de Haute-Normandie ayant au contraire souligné l'effet positif sur les prix du changement des entreprises, habituelles sur certains édifices qui a été observé après la fin des ententes ;

Que, concernant encore la mise en oeuvre des accords de répartition, les déclarations concordantes des dirigeants ainsi que les écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre de la procédure pénale, dont l'étude des appels d'offres effectuée aux points 83 à 124 présente de nombreux exemples, établissent le caractère habituel des pratiques de concertations et d'offres de couverture à l'occasion des appels d'offres ; que, selon les déclarations de certains dirigeants, ces contacts avaient pour objet de garantir la bonne mise en oeuvre des accords de répartition conclus lors des réunions ; que M. J... (Lanfry) explique ainsi que la répartition s'effectue au moment des programmations annuelles et que les contacts avec les autres entreprises à l'occasion des appels d'offres constituent une simple « mise en musique » ; que les déclarations ne montrent toutefois pas que le partage des chantiers était nécessairement définitivement arrêté lors des réunions au cours desquelles les entreprises exprimaient leurs « souhaits » ; que la pratique habituelle des concertations à l'occasion des appels d'offres correspondait donc également à la mise en oeuvre d'accords de répartition plus informels, fondés sur des traditions ou des critères « empiriques », mais dont la répétition démontre qu'il s'agissait d'un véritable système mis en place entre les entreprises répondant aux appels d'offres sur la région ; que la circonstance que ces pratiques n'ont pas été mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations ; que, cette répétition des concertations démontre bien, en elle-même et indépendamment de l'existence des réunions « formelles » qui ont été évoquées, que l'entente était organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause ;

Que les procédés mis en oeuvre ont été précisément décrits au cours des auditions des responsables des entreprises concernées : M. B... (Normandie Rénovation) a ainsi expliqué avoir l'habitude de rencontrer ou de se concerter par téléphone avec les responsables des entreprises Lanfry et Terh et il a indiqué adresser des bordereaux de prix de couverture établis par l'entreprise Coefficient, bureau d'étude utilisé par le groupe Lefèvre, à ses concurrents afin que ces derniers déposent des offres de couverture en sa faveur, ou se mette d'accord avec ces derniers sur le prix global des bordereaux de couverture ; M. P... (Terh) a de même indiqué communiquer à ses concurrents le montant des offres qu'il s'apprêtait à déposer ou un bordereau de prix détaillé afin que ses concurrents puissent déposer une offre supérieure à la sienne ;

Que, concernant enfin l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, la Décision constate que les concertations à l'occasion des appels d'offres avaient également pour objet d'assurer une coordination avec les entreprises extérieures à la région et retirant les dossiers afin que celles-ci ne remettent pas en cause la répartition envisagée. M. J... (Lanfry) explique que les contacts avec les entreprises tierces servaient

à s'assurer que les entreprises extérieures ne viennent pas « bouleverser la donne » ; qu'à cet égard, les éléments recueillis mettent également en lumière le recours habituel des entreprises locales à la sollicitation d'offres de couverture auprès d'entreprises extérieures à la région, visant notamment à « faire nombre » pour créer l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage, ou pour éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises ; que, pour les entreprises tierces, le dépôt d'offres de couverture avait pour but d'obtenir en retour des offres de couverture pour les marchés sur lesquels ces entreprises tierces soumissionnaient dans leur propre zone géographique ; que la mise en oeuvre de ces pratiques dans la région flauteNormandie est notamment reconnue par les dirigeants de Normandie Rénovation (Lefèvre), Lefèvre SA et Chevalier Nord et que l'étude des résultats des appels d'offres effectués entre janvier 1997 et juillet 2001 a montré que les sociétés Lefèvre, Lanfry, Terh et Dagand avaient été attributaires de l'ensemble des marchés de la région Haute-Normandie, aucun marché n'ayant été attribué aux autres entreprises candidates, malgré la fréquence des soumissions de certaines d'entre elles ; qu'ainsi, participaient à l'entente en cause non seulement des entreprises implantées en Haute-Normandie, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région et que ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région, dès lors que ces dernières obtenaient en échange du dépôt d'offres de couverture, des offres de complaisance réciproques des-entreprises-haut-normandes dans leur propre zone d'intervention.,

Considérant qu'ainsi que le relève la Décision, le fonctionnement de l'entente générale mise en oeuvre en Haute-Normandie est illustré par l'étude des appels d'offres spécifiques lancés par les maîtres d'ouvrage de la région Haute-Normandie-exposée aux points 83 à 124 de la Décision auxquels la cour se réfère expressément-qui constituent autant de manifestations successives de l'entente générale par laquelle les entreprises en cause coordonnaient leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques en Haute-Normandie selon un partage entre les entreprises locales ;

En ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Haute-Normandie et à la durée de celle-ci

Considérant, concernant la participation de la société TERH à l'entente dénoncée, que c'est par d'exacts motifs (points 413 à 416) que la Décision a retenu que cette pratique est établie de juillet 1998 à janvier 2002, après avoir constaté :

- Que bien qu'il n'ait pas reconnu avoir participé à des réunions de partage des marchés, le dirigeant de l'entreprise TERH a reconnu l'existence d'un accord empirique de répartition des marchés entre les entreprises haut-normandes, dans le cadre duquel une quote-part de chiffre d'affaires lui était réservée (point 78 de la Décision auquel la cour se réfère expressément) et que sa participation à l'entente de répartition est également établie par les déclarations concordantes des dirigeants des entreprises Lefèvre et Lanfry (points 71 et 75 auxquels la cour se réfère expressément) qui indiquent avoir « couvert » les entreprises établies en Haute-Normandie au cours de la période en cause, dont TERH, qui seules ont été attributaires de marchés dans la région ; que, contrairement à ce que soutient cette entreprise, les déclarations de M. Bennegen n'ont pas été dénaturées, dès lors qu'il a reconnu avoir convié ses confrères et notamment M. DEBUCK, dirigeant de TERH, à des « tables rondes » portant sur le secteur des monuments historiques ;

- Qu'au surplus, l'analyse des marchés présentés aux points 83 à 124 de la Décision ı

auxquels la cour renvoie en tant que de besoin ζ établit le caractère habituel des concertations mises en oeuvre par l'entreprise TERH avec ses concurrents, se traduisant par la sollicitation ou le dépôt d'offres de couverture au profit de l'entreprise pressentie ; que, par ailleurs, des preuves directes ou des indices impliquant cette entreprise sont relevés pour environ la moitié des 44 appels d'offres analysés, dont 10 ont été attribués à TERH, seule ou en groupement ;

- Que s'agissant de la durée de sa participation à l'entente, celle-ci est établie depuis au moins novembre 1997 (marché de Beaumont le Roger, point 85) et qu'elle s'est poursuivie au moins jusqu'en janvier 2002 (marché de l'église Saint Vincent au Havre, point 122) ; En ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Basse-Normandie

Considérant, concernant TERH, que la Décision relève à juste titre (points 467 à 469) :

- Que l'analyse des marchés présentés aux points 137 à 164 auxquels la cour se réfère expressément, montre que TERH n'a été attributaire que de deux marchés en Basse-Normandie, alors même qu'elle a répondu à 60 % des appels d'offres analysés ;

- Que TERH, principalement active en Haute Normandie, n'intervenait en Basse-Normandie que dans l'est du Calvados (point 440) ; que le président et le métreur de la société, MM. P ζ et T ζ ont reconnu qu'au-delà de cette zone, l'ensemble des offres déposées par TERH étaient des offres de couverture élaborées à la demande des entreprises concurrentes (point 134), les deux marchés attribués dans la région ζ marchés de l'église Saint-Pierre de Lisieux (point 146) et du grenier à sel de Honfleur (point 158) ζ étant situés dans la « zone d'activité » de l'entreprise, telle que définie par ses dirigeants ;

- Que si TERH fait valoir qu'elle aurait pu concourir pour obtenir certains des autres marchés situés dans la région, s'agissant notamment des édifices situés à moins de deux heures de son siège, l'absence de caractère concurrentiel de la majorité des offres déposées par l'entreprise en Basse-Normandie est toutefois clairement établie par les déclarations concordantes de ses dirigeants au cours de l'instruction pénale, qui viennent d'être rappelées, qui ont par ailleurs expressément reconnu que les offres déposées pour les marchés du domaine de la Baronnie à Bretteville sur Odon (point 148), de l'église Notre Dame de Guibray à Falaise (point 157), de la cathédrale de Bayeux (point 159), de la cathédrale de Sées (point 162), de l'entretien du patrimoine de la ville de Caen (point 163), ainsi que certaines offres déposées pour les marchés du Mont Saint Michel (point 151) étaient de complaisance ;

Considérant que l'Autorité était ainsi en droit de conclure (points 470 et 471 de la Décision) ;

- Que les éléments relevés constituent un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants pour établir la participation de l'entreprise TERH à l'entente mise en place en Basse-Normandie, cette participation se traduisant par la présentation d'offres de couverture à titre habituel au profit des entreprises implantées localement, et ce, afin de simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage ;

- Que la durée de cette participation est établie depuis au moins octobre 1998 (marché de l'abbaye aux Dames à Caen, point 139) et qu'elle s'est poursuivie au moins jusqu'en novembre 2011 (marché de l'entretien du patrimoine de la ville de Caen, point 163) ; En ce qui concerne l'existence et le fonctionnement de l'entente mise en oeuvre en Picardie

Considérant que c'est par d'exacts motifs (points 481 à 497 de la Décision), que la cour fait siens, que, après avoir constaté l'existence d'accords de partage et analysé les critères de répartition des marchés entre les entreprises ainsi que la mise en oeuvre des accords de répartition et l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, l'Autorité a décidé que les éléments de preuve relevés aux points 166 et suivants de la Décision, auxquels la cour renvoie, démontrent l'existence d'une entente organisée à l'échelon régional, ayant pour objet la répartition des marchés publics de restauration de monuments historiques passés par les maîtres d'ouvrage régionaux, et principalement par la DRAC, entre les entreprises intervenant sur ces marchés ;

Considérant qu'il ressort du dossier que le fonctionnement de l'entente en Picardie est comparable à celui des ententes caractérisées en Haute-Normandie et en Basse-Normandie, bien que les participants aux trois ententes, et leur rôle dans chacune d'entre elles, soient différents ;

Considérant, s'agissant des accords de partage, que bien que certains dirigeants aient fait état de l'absence d'accords formalisés de répartition des chantiers, en l'absence notamment de communication des programmations annuelles par la DRAC de Picardie (point 170), l'existence d'au moins une réunion de partage, au cours de laquelle les entreprises ont fait état de leurs souhaits de répartition des chantiers à venir est établie :

- par les notes manuscrites prises par M. Q... (Charpentier PM) au cours de cette réunion, saisies dans les locaux de son entreprise, ainsi que par les déclarations concordantes de MM. D... (Chevalier Nord) Z... (Faber SA) et Q... (points 169 et 170 de la Décision) qui mentionnent que participaient à cette réunion., qui s'est tenue le 12 mars 1999, les représentants des sociétés Léon Noël, Faber SA, Quélin, Pradeau et Morin, Chevalier Nord et Terh et qu'un accord a été conclu quant à P attribution, entre autres, des chantiers de la basilique d'Albert et de la chapelle des Saintes Hosties à Marseillien-Beauvaisis ; par les déclarations de M. D... (Chevalier Nord), qui a déclaré que les réunions de la cellule régionale du OMB de Picardie étaient « parfois » l'occasion de concertations entre les entreprises pour la mise au point des accords de couverture sur les marchés à venir (point 169) ;

Que, par ailleurs, l'existence d'un système de partage géographique des marchés reposant sur un système d'offres de couverture réciproques entre les entreprises a notamment été reconnue par MM. Y.., (Quélin, point 172), et Q... (Charpentier PM), ce dernier précisant que cette pratique « d'échange de services » avait « toujours existé » au su de tous les acteurs de la région (point 167) ; que ces propos sont également confirmés sur le fond par MM. D... (Chevalier Nord, point 169) et Z... (Faber SA, point 170), même si ces derniers refusent l'utilisation du terme « système » au seul motif que l'entente ne couvrait pas l'intégralité des appels d'offres lancés par la DRAC de Picardie ; que M. D... reconnaît ainsi l'existence d'une répartition des marchés « selon des critères géographiques » ainsi que l'existence de coopérations entre concurrents sur les grosses opérations (à partir de 5 millions de Francs, chantiers à forte technicité) ou les petites opérations (en deçà de 300 000 Francs) ; qu'il apparaît par ailleurs que les nouveaux acteurs étaient invités à rejoindre l'entente existante, M. U... (Léon Noël) déclarant ainsi avoir été contacté très rapidement par ses concurrents après son arrivée au sein de l'entreprise en 271) 000 pour la mise en place de la répartition géographique des marchés dans la région (point 1) ;

Considérant, concernant les critères de répartition des marchés régionaux, que ces

critères, semblables aux critères observés dans les régions normandes, ont notamment été décrits par MM. D... (Chevalier Nord), Ze. (Faber SA), U... (Léon Noël) et Y... (Quélin), la répartition, essentiellement de nature géographique, reposant sur la proximité du chantier avec l'implantation de l'entreprise (points 169, 170, 171 et 172) ; que M. D... (Chevalier Nord) a ainsi indiqué intervenir principalement dans le département de la Somme (point 169), M. S... (Pradeau et Morin), dans la région de Beauvais (point 168), M. Z... (Faber SA), dans l'Oise (point 170), M. U... (Léon Noël), dans l'Oise, le sud de la Somme et l'ouest de l'Aisne (point 171) et Y... (Quélin) dans l'Aisne (point 172) ; que ces propos sont corroborés par l'étude de la répartition des marchés sur une sélection d'appels d'offres dans la région présentée aux points 176 à 215 de la Décision, même si les entreprises ont parfois obtenu des chantiers plus éloignés de leur zone habituelle ; qu'ainsi-en ce qui concerne la société Pradeau et Marin, celle-ci a été attributaire du marché de la cathédrale de Beauvais (point 215) et que les deux marchés dont la société Quélin était l'attributaire, à savoir le marché de l'église de Vic-sur-Aisne (point 194) et Coucy-le-Château (point 207) étaient tous deux situés dans le département de l'Aisne ;

- s'agissant de l'entreprise Charpentier PM, il ressort du dossier que cette société n'a été attributaire que de chantiers situés dans la Somme (marchés cités aux points 177, 183, 185, 188, 205 et 213 de la Décision) ou l'Aisne (marchés cités aux points 184, 189 et 198, et n'a été attributaire d'aucun marché dans l'Oise bien qu'elle ait déposé à de nombreuses reprises des offres dans ce département (marchés cités aux points 176, 178, 191, 195, 204 et 209) ;

Considérant que la Décision a relevé avec pertinence (point 491) que les sociétés mises en cause ne sont pas fondées à soutenir que cette répartition s'expliquerait non par une entente anticoncurrentielle mais par le choix objectif du maître d'ouvrage, portant sur l'entreprise ayant réalisé la restauration d'un monument dans le passé, cette circonstance étant démentie par les déclarations des dirigeants d'entreprise déjà citées, par lesquelles ces derniers ont reconnu prendre part à des ententes visant à se répartir les marchés, et par les indices et éléments de preuve établissant l'existence de concertations entre les entreprises avant le dépôt des appels d'offres en Picardie ; qu'au surplus, aucun élément ne permet de corroborer l'existence d'une préférence alléguée du maître de l'ouvrage pour l'entreprise intervenant habituellement sur un édifice, le représentant de la DRAC de Picardie ayant au contraire souligné que la réactivation de la concurrence après la fin de l'entente en 2002 se traduisait par un changement de titulaire de marché pour certains édifices (point 258 de la Décision) ;

Considérant que, concernant la mise en oeuvre des accords de répartition, les déclarations concordantes des dirigeants établissent le caractère habituel des pratiques de concertations et d'offres de couverture à l'occasion des appels d'offres ; que les procédés mis en oeuvre sont semblables à ceux qui ont été relevés s'agissant des régions normandes : M. N... (Quélin) relève ainsi que le système est « analogue » à celui qui avait été mis en place en Haute-Normandie ; que les dirigeants des entreprises ont reconnu procéder à des contacts avant la date limite de dépôt des offres afin de savoir si les entreprises concurrentes avaient retiré des dossiers, de leur communiquer les prix des offres qu'elles s'apprêtaient à déposer, de solliciter ou élaborer des offres de couverture (déclarations de MM. Qn (Charpentier PM), Z... (Faber SA), U... (Léon Noël), N... (Quélin), A... (Lanfry) et T... (Terh), (points 166 à 175) ; que, de même que dans les deux régions normandes, ces contacts avaient pour objet de garantir l'attribution des chantiers correspondant aux appels d'offres à l'entreprise pressentie, conformément aux critères de répartition explicites ou tacites suivis par les entreprises et fondés notamment sur la localisation de l'édifice (point 487) ; que la circonstance que ces pratiques n'ont pas été

mises en oeuvre à l'occasion de l'intégralité des marchés lancés dans la région n'enlève pas son caractère général à l'entente, compte tenu du volume très élevé des marchés ayant fait l'objet de concertations et que la répétition des concertations et la réciprocité des offres de couverture démontrent bien, en elle-même et indépendamment de l'existence des réunions « formelles » relevée au point 484 de la Décision, que l'entente était organisée à un échelon plus vaste que celui des marchés individuels en cause ;

Considérant que, concernant l'association à l'entente d'entreprises extérieures à la région, les éléments recueillis mettent en lumière la sollicitation habituelle par les entreprises locales d'offres de couverture auprès d'entreprises tierces, visant notamment à « faire nombre » pour créer l'apparence d'un degré de concurrence élevé auprès du maître d'ouvrage, ou pour éviter qu'un appel d'offres soit déclaré infructueux en raison du nombre insuffisant d'offres remises ; que le dépôt d'offres de couverture avait pour but d'obtenir en retour des offres de couverture pour les marchés sur lesquels ces entreprises tierces soumissionnaient dans leur propre zone géographique et que la mise en oeuvre de ces pratiques dans la région Picardie est notamment reconnue par les dirigeants de Charpentier PM, Pracleau et Morin, Normandie Rénovation, Lanfry, et Terh (points 167, 168, 171, 173 et 175) ; qu'ainsi, participaient aux concertations mises en oeuvre non seulement des entreprises implantées en Picardie, mais également des entreprises extérieures, qui n'étaient pas attributaires de marchés dans la région ; que ces pratiques ont permis aux entreprises locales de conserver les marchés régionaux selon le partage convenu entre elles et d'éviter l'arrivée d'entreprises extérieures dans la région, dès lors que ces dernières obtenaient en échange du dépôt d'offres de couverture des offres de complaisance réciproques des entreprises picardes dans leur propre zone d'intervention ;

Considérant, enfin, que le fonctionnement de l'entente générale mise en oeuvre en Picardie est illustré par l'étude des appels d'offres spécifiques lancés par les maîtres d'ouvrage de la région, exposée aux points 176 à 215 de la Décision, auxquels la cour se réfère expressément, constituent autant de manifestations successives de l'entente générale par laquelle les entreprises en cause coordonnaient leur comportement en vue de l'attribution des marchés publics de restauration de monuments historiques en Picardie ;

En ce qui concerne la participation des entreprises à l'entente en Picardie et la durée de celle-ci :

Considérant que, s'agissant de l'entreprise TERH, c'est également par de justes motifs, que la Décision a jugé (points 522 à 525) que les éléments relevés constituent un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants permettant d'établir la participation de cette entreprise à l'entente mise en place en Picardie, cette participation se traduisant par la présentation d'offres de couverture à titre habituel au profit des entreprises implantées localement, et ce, afin de simuler la concurrence auprès des maîtres d'ouvrage ; que ces éléments sont constitués par l'analyse des marchés présentés aux points 176 à 215 de la Décision qui montre que TERH n'a été attributaire d'aucun marché en Picardie au cours de la période en cause, à l'exception d'un marché sur la cathédrale de Beauvais en juin 1998, alors même qu'elle a répondu à près de 22 % des appels d'offres analysés ;

Que si TERH avait fait valoir devant l'Autorité qu'elle aurait pu concourir pour obtenir certains de ces marchés, s'agissant notamment des édifices situés à moins de deux heures de son siège, l'absence de caractère concurrentiel de la majorité des offres déposées par TERH en Picardie est toutefois clairement établie par les déclarations concordantes de ses dirigeants au cours de l'instruction pénale ; qu'en effet, la société TERH, principalement active en Haute-Normandie, n'intervenait en Picardie qu'à la frontière des départements de l'Oise et de la Somme avec la Seine Maritime ; que le

Président et le métreur de la société MM. P.. et T.. ont reconnu qu'au-delà de cette zone, l'ensemble des offres déposées par TERH étaient des offres de couverture élaborées à la demande des entreprises concurrentes (point 175 de la Décision, à laquelle la cour se réfère expressément) ; qu'ils n'ont pas ailleurs expressément reconnu que les offres déposées pour les marchés du château de Rambures (point 180), de l'église d'Ault (point 188) et de l'église de Marquemont à Monneville (point 195) étaient de complaisance ; qu'en outre, l'absence d'attribution de marchés à l'exception de celui de la cathédrale de Beauvais en juin 1998, constitue par ailleurs un indice confirmant l'absence de compétitivité des offres déposées par TERH en Picardie ;

Considérant que la durée de cette participation est établie depuis au moins juillet 1998 (dépôt d'une offre pour le marché de l'église Saint Vulfran à Abbeville, point 177) et qu'elle s'est poursuivie au moins jusqu'en juillet 1999 (dépôt d'offres pour les marchés de l'église de Varinfroy et de Saint Germer de Fly, points 187 et 204) ;

ALORS D'UNE PART QUE le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination constitue une exigence nécessaire du droit à un procès équitable ; qu'il en résulte que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle ne peut résulter des seules déclarations du représentant d'une entreprise recueillies par un commandant de police dans le cadre d'une garde à vue, sans que lui ait été notifié son droit de conserver le silence ; qu'en énonçant que la déclaration du représentant d'une entreprise, reconnaissant sa participation à une entente, même recueillie dans le cadre d'une garde à vue, constitue une preuve se suffisant à elle-même de l'existence et de la participation de l'entreprise à l'infraction en cause, la Cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

ALORS D'AUTRE PART. QUE les gardes à vue antérieures à la réforme du 14 avril 2011, en ce que l'article 63-1 du Code de procédure pénale en vigueur ne prévoyait pas la notification du droit de ne pas s'autoincriminer, étaient nécessairement contraires aux exigences du procès équitable, garanties par l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que partant a violé ces deux textes, la cour d'appel qui, pour confirmer une décision de sanction de l'autorité de la Concurrence, s'est fondée sur ces déclarations, dont l'irrégularité au regard de l'absence de notification du droit au silence était expressément soulevée, aux motifs erronés et condamnés par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011 de la modulation dans le temps de temps des effets des décisions rendue par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010 et la Chambre criminelle le 19 octobre 2010.

Publication : Bulletin 2014, IV, n° 38

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 11 octobre 2012

Titrages et résumés : CONCURRENCE - Autorité de la concurrence - Procédure - Saisine - Faits dénoncés - Prescription décennale - Application dans le temps

Le délai de 10 ans prévu par l'alinéa 3 de l'article L. 462-7 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, court à compter du 15 novembre 2008, date de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, à l'égard des pratiques ayant cessé avant le 15 novembre 2008 mais ayant fait l'objet d'une notification de griefs à une date postérieure

CONCURRENCE - Autorité de la concurrence - Décision - Sanction - Loi du 15 mai 2001 - Application dans le temps

L'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, est applicable aux pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une infraction unique et continue ayant débuté avant son entrée en vigueur mais s'étant poursuivie après cette date

CONCURRENCE - Autorité de la concurrence - Décision - Sanction - Sanction pécuniaire - Individualisation - Appartenance à un groupe - Portée

Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, les sanctions pécuniaires sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Prive sa décision de base légale au regard de ce texte, une cour d'appel qui écarte la prise en compte des difficultés financières particulières affectant la capacité contributive d'une société, en raison de sa seule appartenance à un groupe réalisant un chiffre d'affaires important, sans rechercher si cette société, qui s'était comportée de manière autonome sur le marché, avait la faculté de mobiliser les fonds nécessaires au règlement de la sanction auprès du groupe auquel elle appartient.

Prive sa décision de base légale au regard du même texte, une cour d'appel qui, après avoir relevé qu'une société s'était comportée de manière autonome sur le marché, retient que son appartenance à un groupe réalisant un chiffre d'affaires important constitue une circonstance individuelle conduisant à majorer le montant de la sanction afin d'assurer son caractère à la fois dissuasif et proportionné, sans rechercher si cette appartenance à un groupe important avait joué un rôle dans la mise en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles ou était de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de ces pratiques

Précédents jurisprudentiels :
Sur le n° 1 : A rapprocher : Com., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-18.507, Bull. 2012, n° 99 (cassation)

Textes appliqués :

- Sur le numéro 1 : article L. 462-7, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008
- Sur le numéro 2 : article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001
- Sur le numéro 3 : article L. 464-2 du code de commerce