

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 16 SEPTEMBRE 2010

(n° **143**, 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2009/24813**

Décision déferée à la Cour : n° **09-D-34** rendue le **18 novembre 2009**
par **L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

DEMANDERESSE AU RECOURS :

- **La société RAFFALLI & CIE, S.A.R.L.**
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Caldaniccia ZI - Lieudit Penicaggio - 20167 SARROLA
CARCOPINO

représentée par la SCP DUBOSCQ & PELLERIN,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Jean AUBIGNAT,
avocat au barreau de PARIS
toque C 1137
44 boulevard Raspail 75007 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- **M. LE PRÉSIDENT DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté par Mme Irène LUC, munie d'un pouvoir

- **MME LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI**
D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

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

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 08 juin 2010, en audience publique, devant la Cour
composée de :

- M. Thierry FOSSIER, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Hélène JOURDIER, Conseillère
qui en ont délibéré

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

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par M. Thierry FOSSIER, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

Le 18 novembre 2005 le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par plusieurs sociétés soumissionnant régulièrement à des marchés de travaux sur les réseaux électriques et d'éclairage public en Corse en transmettant un rapport d'enquête établi par ses services après des investigations menées auprès de ces sociétés.

Les marchés publics d'électrification rurale et d'éclairage public en cause ont été passés, par des syndicats intercommunaux d'électrification (ci-après : « SIE ») ou directement par EDF sous forme de marchés-cadre d'une période d'une année.

Ces marchés de travaux présentent la caractéristique d'être à la fois des marchés de services -il ne s'agit pas seulement de réaliser des travaux ou de construire tel ou tel ouvrage mais il faut exécuter des prestations continues comme obtenir des autorisations de passage ou d'appui sur des propriétés privées, des relevés au cadastre, programmer des coupures de courant avec les usagers et les interlocuteurs locaux - et des marchés discontinus puisqu'ils fonctionnent par voie de commandes successives imprévisibles qu'il faut pouvoir exécuter dans des délais le plus souvent extrêmement courts et en se déplaçant immédiatement.

En Corse, ces caractéristiques doivent être rendues compatibles avec les particularités de l'île, région montagneuse et la moins industrialisée de France puisqu'elle compte 96 % de T P E - très petites entreprises- de moins de 10 salariés, souvent fragiles et disposant de peu de moyens de financement.

Concernant le secteur des constructions électriques, il n'existe pour la Corse du Sud et la Haute Corse qu'une dizaine d'entreprises. Par ailleurs, l'exiguïté du marché corse, le réseau routier et la configuration topographique de ce département induisent des coûts de transport et d'heures supplémentaires pour les entreprises, pesant sur leur compétitivité. Enfin, ce type de travaux - chantiers éclatés nécessitant du matériel encombrant et impliquant la proximité d'un entrepôt- est difficilement compatible avec l'éloignement.

Néanmoins, si la plupart des entreprises corses ont une implantation locale et n'ont la capacité d'être compétitives que sur ladite région, certaines des entreprises ont pu faire des offres qui restent compétitives en dehors de leurs implantations.

Le groupe Raffalli, présent à l'origine dans la construction de lignes de transport d'électricité, a développé ensuite ses activités dans le génie civil (ouvrages d'art et industriels, canalisations, travaux de voirie...). Il s'est en outre diversifié dans le négoce de matériel électrique (2006), l'énergie photovoltaïque (2005) et les services informatiques (2006). Ces différentes activités, organisées en pôles, ont été créées successivement en Corse puis, à partir de 1996 dans les Alpes maritimes.

Le groupe est dirigé par une holding «S A R L R C» sise à Sarrolla-Carcopino qui contrôle elle-même une holding «SARL Raffalli Finances et services», ces holdings étant contrôlées par la famille Raffalli et présidées par Antoine X... La holding «SARL Raffalli Finances et services» détient entre 96,30 % et 100 % des sept filiales opérationnelles composant le groupe parmi lesquelles figurent la SARL Enco Raffalli ayant pour activité l'électrification et les VRD. la SARL Raffalli et Cie ayant pour activité l'électrification, le génie civil et les VRD.

En 2006, le groupe Raffalli employait 158 salariés. En 2005, le chiffre d'affaires consolidé du groupe s'élevait à 13,6 millions d'euros ; en 2006 à 18,1 millions d'euros ; en 2007 à 11,7 millions et en 2008 à 14 millions d'euros.

La SARL Nouvelle LMR sise à Corte immatriculée le 10 février 1987 co-gérée par Antoine et Jacqueline X... fait partie du groupe Raffalli. Elle a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 9 mars 2004 avec transmission universelle du patrimoine l'associé unique, la société Enco Raffalli.

La SARL Enco Raffalli sise à Furiani, gérée par Antoine X..., a elle-même été radiée le 7 juillet 2008 avec transmission universelle du patrimoine à l'associé unique, la société Raffalli et Cie.

Le rapport d'enquête a porté sur :

- sept marchés d'un montant cumulé minimal de commandes de 2 816 000 euros, lancés entre octobre 2002 et juin 2004 par le Syndicat intercommunal d'électrification (SIE) du secteur sud;
- cinq marchés d'un montant cumulé minimal de commandes de 1 706 000 euros, lancés entre juin 2002 et octobre 2003 par le SIE de l'extrême sud (SIERESC) ;
- un appel d'offres lancé le 25 juin 2004 par le SIE du Centre ;
- un appel d'offres lancé le 5 février 2003 par le SIE de la Balagne ;
- quatre marchés de travaux lancés entre 2000 et 2004 par EDF ;
- deux marchés lancés par la collectivité territoriale de Corse.

Les appels d'offres concernant les marchés publics d'électrification rurale et d'éclairage public passés par les SIE du secteur du centre, du sud, de l'extrême sud de la Corse ainsi que les deux marchés lancés par la collectivité territoriale de Corse, ont été caractérisés d'une part, par un nombre réduit de soumissions faites souvent en groupements d'entreprises que les autres soumissionnaires n'ont pas sérieusement contestées et d'autre part, par la reconduction des précédents attributaires. L'absence d'indices suffisants recueillis lors de l'enquête administrative n'a pas permis d'établir l'existence d'une entente de répartition géographique de marchés entre les entreprises.

L'instruction a notamment porté sur l'appel d'offres du S I E de la Balagne.

Le marché concerné est un marché à bons de commande. Les prestations élémentaires sont définies par le maître d'ouvrage dans un bordereau qui sert de base au règlement des travaux. Les entreprises soumissionnaires à ce type de marchés proposent un pourcentage de rabais ou de majoration sur le bordereau des prix, qui constitue leur offre.

L'appel d'offres intitulé «*Electrification rurale enfouissement 2002 conventionné* » a été publié au B O A M P du 5 février 2003. Il comporte un lot constitué par des travaux d'enfouissement de lignes électriques dans onze villages pour lequel le S I E demandait un prix global et forfaitaire. Le montant de l'opération retenue a été estimé par le S I E à 419 000 euros T T C.

Il comprend un cahier des charges et clauses administratives particulières et un bordereau de prix. Le règlement de consultation prévoit en son article 3 que le candidat doit produire l'état récapitulatif des prix forfaitaires des onze chantiers, et en son article 4 que « *les critères de sélection des offres sont dans l'ordre suivant : la valeur technique de l'offre et le prix des prestations* ».

Le procès-verbal d'ouverture des candidatures du 18 février 2003 recense les entreprises: Beveraggi, S E E H C, Enco Raffalli, LMR, E I R S E, Sodi et SED. Lors de l'ouverture de la première enveloppe, le 4 mars 2003, l'offre de Beveraggi a été écartée pour « *capacité et références similaires insuffisantes* », l'offre d'Enco Raffalli pour « *défaut d'attestation fiscale et sociale* » et celle de Sodi pour « *capacité financière insuffisante: chiffre d'affaires moitié du marché* ». La date limite de remise des offres était fixée au 1er avril 2003 (cote 387). Lors de l'ouverture des offres, le 14 avril 2003, le pli de EI RSE, arrivé hors délais, lui a été directement renvoyé sans être ouvert. Le procès-verbal d'ouverture des plis a donc enregistré deux offres :

- L M R : 407 493,57 € T T C ;

- S E E H C : 404 186,57 € T T C ;

S E E H C a remporté le marché.

Les saisies effectuées par la D G C C R F auprès de S E E H C ont permis de trouver deux listes manuscrites :

- une page manuscrite énumère la liste des onze chantiers et des prix de l'offre de S E E H C («document 13» reproduit au point 50 de la décision de l'Autorité) ;

- une autre page manuscrite («document 18» reproduit au point 51 de la décision)) saisi dans les locaux de la société S E E H C, qui a été établi par Mme Orabona, gérante de cette société, divisée en deux par un trait horizontal tracé au milieu: la partie haute de la page a pour titre « Raffalli » et énumère les prix de chaque chantier et mentionne un total T T C de 414 381,29 euros (TVA à 8 %) alors que la seconde partie porte le titre « E I » et énumère des prix différents pour chaque chantier et mentionne un total T T C de 407 493,57 euros (TVA à 8 %);

Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés :

«/ Il est reproché à l'entreprise SEEHC d'avoir participé à une entente, par le biais d'une concertation préalable aux dépôts des offres lors de la consultation du SIE de la Balagne pour l'année 2003, en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du livre IV du code de commerce.

2/ Il est reproché à l'entreprise EI RSE devenue INEO RSE d'avoir participé à une entente, par le biais d'une concertation préalable aux dépôts des offres et d'avoir pratiqué une offre de couverture ayant pour objet de désigner par concertation préalable aux dépôts des offres l'entreprise la moins-disante lors de la consultation du SIE de la Balagne pour l'année 2003, en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du livre IV du code de commerce.

3/ Il est reproché à l'entreprise LMR devenue Enco Raffalli devenue SARL Raffalli et Cie d'avoir participé à une entente, par le biais d'une concertation préalable aux dépôts des offres, et d'avoir pratiqué une offre de couverture ayant pour objet de désigner par concertation préalable aux dépôts des offres l'entreprise la moins-disante lors de la consultation du SIE de la Balagne pour l'année 2003, en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du livre IV du code de commerce.

4/ Il est reproché à l'entreprise Enco Raffalli devenue SARL Raffalli et Cie d'avoir participé à une entente, par le biais d'une concertation préalable aux dépôts des offres, et d'avoir pratiqué une offre de couverture ayant pour objet de désigner par concertation préalable aux dépôts des offres l'entreprise la moins-disante lors de la consultation du SIE de la Balagne pour l'année 2003, en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du livre IV du code de commerce».

Par une décision n°09-D-34 du 18 novembre 2009 l'Autorité de la concurrence a statué comme suit :

« Article 1^{er} : Il n'est pas établi que la société INEO (EI RSE) ait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Il est établi que les entreprises S E E H C, Raffalli et Cie, DEG et Raffalli Paul Mathieu) ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 3 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société S E E H C une sanction pécuniaire de 18 000€ ;
- à la société Raffalli et Cie une sanction pécuniaire de 120 000€ ;
- à la société D E G une sanction pécuniaire de 15 000€;
- à la société Raffalli Paul Mathieu une sanction pécuniaire de 16 000€.»

LA COUR :

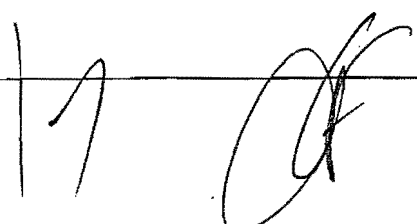
Vu le recours formé par la société Raffalli et Cie le 18 décembre 2009 ;

Vu le mémoire déposé le 27 janvier 2010 par la société Raffalli et Cie à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique du 19 mai 2010 ;

Vu les observations écrites de l'Autorité de la concurrence en date du 9 avril 2010 ;

Vu les observations écrites du ministre chargé de l'Economie, en date du 13 avril 2010 ;

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



Après avoir entendu à l'audience publique du 8 juin 2010, le conseil de la requérante qui a été mise en mesure de répliquer ainsi que la représentante du ministre chargé de l'Economie ainsi que la représentante de l'Autorité et le ministère public ;

SUR CE :

Sur les pratiques relevées lors de l'appel d'offres du S I E de la Balagne

Considérant qu'au soutien de son recours, la société Raffali et Cie, ci-après Raffali, prétend, à titre principal, que l'Autorité de la concurrence a commis une erreur de droit ou, à tout le moins, une erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'elle ne se fonde sur aucune preuve formelle ni même sur un faisceau d'indices permettant d'établir l'existence d'un échange d'informations ou d'une entente avec S E E H C ; qu'en effet, les deux documents - document 13 et document 18 - sur lesquels l'Autorité s'est appuyée pour caractériser les pratiques poursuivies n'ont pas la portée qu'elle a cru pouvoir leur donner ;

Qu'elle souligne, tout d'abord, qu'aucune conséquence ne peut être tirée du document 13 qui reprend la liste des 11 chantiers de l'appel d'offres du S I E de la Balagne sauf celle, qui relève de l'évidence, que la gérante de S E E H C qui indique l'avoir rédigé, était informée des prix de sa propre offre ;

Qu'elle précise, ensuite, que l'interprétation du document 18 à la lumière des faits est très difficile :

- la première partie du document ne correspond à rien : les chiffres qui y sont mentionnés ne peuvent se rattacher à aucune offre déposée pour l'appel d'offres dont il s'agit ;
- la deuxième partie du document ne correspond pas non plus à l'offre déposée par la société E I R S E pour l'appel d'offres, qui ne reprend pas de tels chiffres ;

Qu'elle fait ainsi valoir que ce document, incompréhensible, est entièrement erroné : les chiffres mentionnés sous le nom Raffali ne correspondent pas à l'offre des sociétés du groupe Raffali et les chiffres mentionnés sous le nom E I ne correspondent pas à l'offre déposée par la société E I R S E ;

Qu'elle ajoute que, pour caractériser la pratique, l'Autorité a retenu divers postulats qui sont dépourvus de fondement ;

Que le premier de ces postulats repose sur une rédaction du document 18 avant l'appel d'offres en question, circonstance qui n'est pas établie, notamment au regard des déclarations de la gérante de S E E H C sur l'existence d'une simulation ;

Qu'en effet, postérieurement à l'appel d'offres, les prix sont librement communicables par les administrations publiques et constituent d'ailleurs des éléments d'information importants permettant à chaque entreprise concernée de vérifier sa compétitivité : un échange d'informations peut ne pas porter atteinte à la concurrence dès lors que ces informations, constatées *a posteriori*, ne traduisent que des résultats observés sur un marché concurrentiel ;

Que le deuxième postulat de l'Autorité repose sur le fait que le document 18 aurait nécessairement été porté à la connaissance de Raffali, ce qui n'est pas non plus démontré : aucun concurrent n'a en effet reconnu être entré en concertation avec S E E H C pour l'établissement des offres, pas plus que cette dernière société et qu'aucune preuve ni présomption d'une telle concertation n'a été fournie par l'enquête ;

Que l'entente aurait en effet du concerner l'ensemble des candidats et non pas uniquement Raffali, car une offre de couverture isolée n'a aucune utilité dans le cadre d'un appel d'offres si d'autres concurrents déposent des offres non coordonnées, étant précisé que la société I N E O, venant aux droits de E I, autre candidat, a été mise hors de cause ;

Que la requérante affirme encore que l'Autorité a commis une erreur manifeste en considérant que le document 18 présente deux offres détaillées, l'une au nom de Raffali, l'autre au nom de E I, alors que ce document, qui n'est qu'un brouillon, constitue une simple liste de prix, étant précisé que, s'agissant d'un appel d'offres, le critère du prix était secondaire par rapport à la valeur technique de l'offre, critère prédominant et que, dès lors, l'écart de prix de 0,5 % constaté en l'espèce n'étant pas à lui seul de nature à assurer la société S E E H C du succès dans l'appel d'offres ;

Que la société Raffali ajoute, enfin, concernant le fait que les chiffres de l'offre mentionnée «E I» dans le document 18 correspondent exactement aux chiffres de l'offre L M R (groupe Raffali) qui a été déposée pour l'appel d'offres, que *«la possibilité que ces chiffres puissent s'être trouvés identiques par le seul fait du hasard»* ne peut être écartée, compte tenu des circonstances de l'appel d'offres en question ; qu'en effet plusieurs éléments expliquent que la gérante de S E E H C ait pu, par hasard, reconstituer le prix d'une offre concurrente :

- le bordereau des prix pour l'établissement des offres faisait partie du dossier de consultation des entreprises remis par le syndicat d'électrification à l'ensemble des candidats ; qu'en l'espèce, tous les prix unitaires correspondant aux travaux à réaliser définis par le maître d'ouvrage étaient les mêmes pour tous les candidats et que seules les quantités et d'éventuels rabais pouvaient donc différencier les offres des différents candidats ; que ces éléments étaient cependant dans le domaine public, car un marché identique avait été passé un an avant les faits par le S I E de la Balagne et avait été annulé, motivant un nouvel appel d'offres ;

- qu'en outre, le marché des travaux électriques en Corse est très restreint et les diverses entreprises connaissent toutes les conditions économiques pratiquées très couramment par leurs concurrents ;

Considérant que la société Raffali fait valoir, à titre subsidiaire, que dans l'hypothèse où le contenu du document 18 serait considéré comme un indice grave du fait que S E E H C était, antérieurement à l'appel d'offres, en possession des éléments de son offre, aucun élément du dossier ne vient pour autant corroborer le fait que ces éléments lui auraient été transmis par sa direction ou avec son accord et qu'en outre ce document ne peut non plus lui être déclaré opposable au motif qu'elle y serait mentionnée : le nom Raffali est en effet cité de manière incohérente, puisque mentionné sous des chiffres ne correspondant à aucune offre remise ;

Mais considérant que c'est au terme d'une analyse pertinente que la cour adopte, que l'Autorité a décidé que le dossier comporte une série d'éléments qui constituent un faisceau d'indices graves précis et concordants démontrant l'existence d'un échange d'informations entre les entreprises L M R et S E E H C préalablement au dépôt de leurs offres et la remise par L M R d'une offre de couverture destinée à favoriser S E E H C, en infraction avec les dispositions de l'article L. 420 -1 du code de commerce ;

Considérant, en effet, qu'à défaut de preuves matérielles se suffisant à elles-mêmes, une pratique anticoncurrentielle peut être établie par un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitués par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction et qu'en raison de l'emploi de cette méthode du faisceau d'indices il n'y a pas lieu, au rebours de ce que soutient la requérante, d'examiner si, pris séparément, chacun de ces éléments a un caractère probant ;

Considérant qu'en l'espèce, il convient de rappeler que le document 18, établi par Mme Orabona, gérante de la société S E E H C, est constitué par une page manuscrite, divisée en deux par un trait horizontal tracé au milieu: la partie haute de la page a pour titre « Raffalli » et énumère les prix de chaque chantier et mentionne un total T T C de 414 381,29 euros (TVA à 8 %) alors que la seconde partie porte le titre « E I » et énumère des prix différents pour chaque chantier et mentionne un total T T C de 407 493,57 euros (TVA à 8 %) ;

Qu'il est constant que ce document présente ainsi deux offres détaillées, l'une au nom de Raffalli, l'autre au nom de E I et qu'il est également acquis que la société L M R, qui faisait alors partie du groupe Raffalli, a déposé une offre correspondant exactement à l'offre préparée au nom de E I pour un montant global de 407 493,57 euros T T C en reprenant dans tous ses détails, au centime près, les prix de chaque chantier du document 18 (cotes 15 et 386) ;

Que Mme Orabona a déclaré que cette note est « *une simulation des offres de ses concurrents potentiels, Raffalli et E I en l'occurrence, pour l'appel d'offres lancé par le S I E de Balagne programme d'enfouissement 2002, de mars avril 2003. Vous me montrez un extrait du procès-verbal d'ouverture des plis du S I E Balagne : il se trouve que la société L M R a proposé 407 493,57 € TTC, qui est exactement le montant de l'offre estimée par moi de E I : cette similitude ne me surprend pas car ces chiffrages ont été faits à partir d'un bordereau de prix* » ;

Que cependant les enquêteurs avaient déjà relevé que cette explication n'aurait été plausible que si un seul coefficient de majoration ou de minoration avait été utilisé, alors que tel n'est pas le cas en l'espèce ;

Qu'en effet, selon le rapport d'enquête, « *l'offre « estimée » de Raffalli se situe au niveau du bordereau (0 %) ce qui constitue une offre classique, plausible. L'offre « estimée » de E I INEO est celle déposée par L M R (filiale de Raffalli) est bien plus improbable à déterminer car composée pour cinq chantiers sur onze de coefficients différents dont deux sont même exotiques (- 1,7 % pour le chantier de Monticello et - 2.7 % à Pigna).* » (cote 23, page 20 du rapport d'enquête) ;

Considérant que l'Autorité était ainsi fondée à constater (point 85 de la décision) que Mme Orabona n'a pas fourni d'explication crédible sur le fait que L M R a déposé une offre rigoureusement identique à l'une de celles préparées en optant pour celle figurant sur le document au nom de E I ;

Considérant que le document 13, également saisi dans les locaux de la société S E E H C et qui est aussi rédigé par la gérante de cette société, est constitué d'une page manuscrite qui énumère la liste des onze chantiers et des prix de l'offre de S E E H C qui a été élaborée en indiquant une variante de prix correspondant à une hausse globale de 2 000 euros pour trois chantiers sur les onze que comprenait l'offre qui est passée de 402 026,57 euros à 404 186,57 euros, montant de l'offre déposée ;

Considérant que l'Autorité a exactement déduit du rapprochement des documents 13 et 18 que S E E H C a modifié l'offre qu'elle a elle-même déposée en fonction de celle qui a été retenue par L M R en la rendant plus onéreuse pour le S I E, tout en prenant soin qu'elle reste moins-disante par rapport à celle déposée par L M R qui était de 407 493,57 euros, de sorte qu'elle a ainsi remporté l'appel d'offres ;

Que s'il est vrai que le document 18 n'est pas daté, il n'en demeure pas moins, au rebours de ce que soutient la requérante, qu'il ne peut qu'avoir été conçu avant le dépôt des offres, puisque la gérante de S E E H C a admis s'être livrée à une « *simulation des offres de ses concurrents potentiels Raffalli et E I en l'occurrence* » et que c'est en ayant connaissance du contenu de ce document que L M R a déposé l'offre préparée au nom de E I ;

Que contrairement à ce que prétend la société Raffali, il ne peut s'agir de la reprise d'informations données postérieurement à l'ouverture des plis par le S I E ou par les entreprises concurrentes puisque, si tel avait été le cas, Mme Orabona aurait indiqué le nom de L M R à la place de E I ;

Que tel est également le cas pour le document 13 qui, quoi que non daté, ne peut avoir été établi que préalablement au dépôt des offres dès lors qu'il comporte pour trois chantiers une variante de prix qui a été retenue par S H E E C lors du dépôt de son offre et a été établi en même temps que les offres préparées au nom des concurrents ;

Considérant, au surplus, que la reprise par L M R au centime près de l'offre estimée par la gérante de S E E H C pour E I ne pourrait résulter du hasard, même au regard des circonstances mises en exergue par la requérante ;

Qu'en effet, comme le relève l'Autorité (points 93 à 95 de la décision), le maître d'ouvrage fournit à l'entreprise une série de prix par type de travaux - le bordereau de prix unitaires - et une fourchette financière grâce à laquelle il évalue les travaux qu'il est susceptible de commander ultérieurement mais qui n'est qu'indicative et ne donne aucune précision sur la nature des travaux prévus et que le règlement de l'appel d'offres ne comporte aucune étude d'exécution ni aucun compte rendu relatant les travaux réalisés au cours des deux ou trois dernières années écoulées ;

Qu'ainsi, quand bien même le maître d'ouvrage donnerait une estimation des prix, il ne s'agit que d'une base au règlement de travaux, base permettant aux candidats de s'assurer que leurs coûts leur permettent de proposer des prix plus ou moins conformes à cette fourchette et qu'ensuite, les prix proposés par les candidats sont fixés en fonction de leurs propres coûts et ne s'établissent pas en fonction d'un pourcentage ;

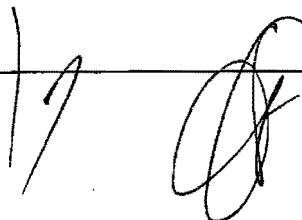
Que le rapport d'enquête relate d'ailleurs que l'offre estimée par Mme Orabona pour E I et déposée par L M R contient des coefficients qui peuvent être qualifiés « d'exotiques », en citant, à ce sujet, les chantiers de Monticello (-1,7 %) et Pigna (-2,7 %), ce qui confirme ainsi que la reprise à l'identique dans l'offre déposée par L M R de tels coefficients ne peut résulter d'une coïncidence ;

Considérant, enfin, que la requérante n'est pas fondée à affirmer que le critère du prix est sans importance réelle dans le choix de l'attributaire du marché, dès lors que ce critère figure dans le règlement de consultation et que c'est de toute façon l'entreprise la moins-disante qui a remporté le marché ;

Considérant que ces éléments suffisent à établir que L M R, en déposant une offre strictement identique à l'une des offres préparées par sa concurrente S E E H C dans un document dissimulé et découvert à la suite d'une saisie dans cette entreprise, s'est concertée avec cette dernière pour remettre une offre de couverture qui a permis à S E E H C d'aménager sa propre offre et de remporter le marché ;

Sur les sanctions

Considérant que la société Raffali demande subsidiairement à la cour de réduire dans de larges proportions la sanction qui lui a été infligée qu'elle qualifie de disproportionnée, dès lors qu'elle n'a pas été correctement appréciée par l'Autorité au regard des caractères objectifs des infractions reprochées, de leur durée, de leur complexité, de leur contexte ou de leur ampleur, du dommage à l'économie qui doit s'apprécier en fonction de l'impact direct porté au libre jeu de la concurrence par les pratiques anticoncurrentielles et de sa situation par rapport aux faits reprochés ainsi que de son rôle particulier dans la commission des pratiques reprochées ;



Qu'en effet, contrairement à ce qu'a décidé l'Autorité, le dommage à l'économie s'avère très limité au regard, d'une part, pour le seul grief retenu, d'un appel d'offres très modeste de 400 000 € T T C et, d'autre part, du fait que pour cet appel d'offres, « *c'est l'entreprise finalement la moins disante qui a obtenu le marché, le tout pour un montant inférieur au budget prévisionnel calculé par les services de la collectivité publique en question* » ;

Que la requérante critique également la décision déférée en ce que l'Autorité n'a pas procédé à une véritable individualisation de la sanction en fonction de sa véritable situation matérielle et de sa véritable situation financière qui est caractérisée par une baisse importante de son résultat depuis 2007 ;

Qu'elle précise en outre que l'Autorité n'a tenu compte que de son chiffre d'affaires du groupe et non du résultat net de son activité alors qu'elle était pourtant en possession de cette information et que l'importance relative du chiffre d'affaires a conduit à une vision déformée de la situation économique du groupe, car le résultat net de son activité est en très net déclin ;

Qu'elle ajoute aussi qu'elle a attiré l'attention de l'Autorité sur le fait que plusieurs opérations économiques avaient modifié le périmètre du groupe postérieurement aux faits reprochés, avec un passage du chiffre d'affaires du groupe de 561 000 € pour L M R en 2003, date des faits reprochés, à 15 millions pour l'entier groupe en 2007, avec cependant un résultat net limité à 10 000 € ;

Qu'alors qu'en équité, les griefs et leurs conséquences doivent être examinés au regard de la situation de L M R au moment des faits reprochés et non en considération de la situation née postérieurement, tel n'a pas été le cas en l'espèce, en faisant de surcroît observer, à cet égard, qu'alors que le chiffre d'affaires de L M R - 560 000 € - était, au moment des faits en 2003, plus modeste que la société S E E H C - 944 000 € - impliquée dans les mêmes faits, celle-ci n'a cependant été condamnée qu'à une amende de 18000 €, soit une disparité de traitement flagrante entre les deux entreprises ;

Qu'au surplus, la société Raffali ajoute que l'Autorité a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'ensemble des activités du groupe Raffali était concerné par le marché de travaux pour lequel cette société est sanctionnée, alors que les travaux électriques ne représentent que 44 % du chiffre d'affaires du périmètre pris en compte par l'Autorité et que l'activité du groupe couvre aujourd'hui de nombreux autres domaines du génie civil ;

Qu'enfin, la requérante soutient que l'Autorité n'a manifestement pas tenu compte de son rôle particulier dans la commission des pratiques poursuivies en procédant à une comparaison avec celui de S E E H C, alors que selon l'Autorité, elle aurait « *pris une part active et prépondérante à la pratique d'échange d'informations en élaborant elle-même l'offre qui a été déposée par l'entreprise concurrente* » et aurait bénéficié de l'infraction en se voyant attribuer le marché tandis que pour sa part Raffali n'en a tiré aucun avantage identifié, la cour devant également prendre en compte le fait qu'elle n'a jamais été condamnée ni même poursuivie antérieurement pour des faits d'atteinte à la concurrence ;

Considérant que l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 dispose notamment 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. (...)* » ;

Considérant, concernant tout d'abord la gravité de la pratique poursuivie, que la requérante tente vainement de minimiser cette gravité, dès lors que comme le relève à juste titre l'Autorité au terme d'une analyse pertinente que la cour adopte :

- alors que l'objet même de l'appel d'offres sur un marché public est d'assurer une mise en concurrence pleine et entière des entreprises susceptibles d'y répondre au profit de la personne publique, la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appels d'offres, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ;

- contrairement à ce que soutient la requérante, les relations qui s'instaurent entre les entreprises qui participent habituellement aux travaux d'électrification rurale réalisés sous forme de marchés à bons de commande d'un montant peu élevé mais qui sont renouvelés, ne doivent pas les conduire à limiter la pression concurrentielle à laquelle elles sont soumises, lorsqu'elles se déterminent de manière indépendante ;

- le dépôt d'offres de couverture préparées de surcroît en ce qui concerne le S I E de la Balagne par l'entreprise concurrente révèle une pratique délibérée de fausser la concurrence recherchée par la mise en oeuvre de l'appel d'offres ;

- qu'en outre, le caractère ponctuel ou la faible durée effective de la concertation n'est pas un critère pour atténuer la gravité d'une pratique d'entente horizontale en matière de marché public, puisqu'un appel d'offres est, par nature, un marché instantané qui peut être faussé sans recourir à une entente durable et qu'il y a lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution du marché qui, en l'espèce, a été conclu pour une période d'un an;

Considérant, concernant ensuite le dommage à l'économie, c'est par des appréciations pertinentes, que la cour adopte, que l'Autorité a constaté :

- que l'échange d'informations et le dépôt d'offres de couverture ont causé un dommage à l'économie, au demeurant manifeste lorsque l'existence d'une entente est établie, dès lors qu'ils n'ont pas permis de déterminer le juste prix du marché par une comparaison entre des offres proposées en toute autonomie par les entreprises se faisant concurrence ;

- que, par ailleurs, ce dommage 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 ;

- que, pour apprécier le dommage à l'économie, l'Autorité tient compte du montant des marchés attribués sur lesquels ont porté les pratiques, soit, dans la présente affaire, un montant de 404 000 euros pour le S I E Balagne mais aussi de la malheureuse valeur d'exemple que ce type de comportement peut susciter pour d'autres appels d'offres ;

Considérant que la cour observe, pour sa part, que la requérante n'est pas fondée à soutenir que le dommage à l'économie est faible au motif que le montant de l'offre retenue a finalement été inférieur au montant estimé par le S I E dans l'appel d'offres dès lors que le dommage à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe apportée au libre jeu de la concurrence ;

Considérant, concernant enfin les éléments individuels propres à la société Raffalli et Cie, qu'il convient de relever, à titre liminaire, que cette société ne conteste pas l'imputation qui lui est faite de l'échange d'informations avec S E E H C et le dépôt de l'offre de couverture lors de l'appel d'offres du S I E de la Balagne conformément au grief n° 3 notifié ;

Qu'en effet, postérieurement au dépôt de l'offre par la société nouvelle L M R, cette société a été radiée du R C S le 9 mars 2004 et son patrimoine transféré à la société Enco Raffali qui a elle-même été radiée du R C S le 8 juillet 2008 et son patrimoine transmis à Raffali et Cie qui à la suite de cette restructuration détient désormais les droits et obligations des deux sociétés;

Considérant qu'au titre de la détermination du montant de la sanction, la requérante n'est pas fondée à invoquer son résultat net et à critiquer l'Autorité qui, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, s'est référée à son chiffre d'affaires qui, en 2008, année de référence, s'est élevé en à 14 101 794 euros ;

Qu'au rebours de ce que soutient la société Raffali, la prise en compte du chiffre d'affaires a permis à l'Autorité de fixer concrètement la sanction qui lui a été infligée en fonction de sa dimension et de sa situation dès lors que le manque de rentabilité comme la baisse d'activité ont un retentissement sur le chiffre d'affaires, étant de surcroît observé que la diminution des résultats nets qu'elle met en exergue ne constituent pas nécessairement l'indice de difficultés économiques mais, tout au plus d'une diminution de la rentabilité, qui ne constitue pas un critère de détermination de la sanction fixé par l'article L. 464-2 du code de commerce;

Que, de même, ni l'absence de condamnation antérieure ni le fait que, n'ayant pas obtenu le marché, elle n'était pas le bénéficiaire de l'infraction ne constituent des causes d'atténuation de la sanction ;

Que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'Autorité n'était pas tenue, par surcroît, en vertu de l'article L.464-2 du code de commerce, au titre de la détermination individuelle de la sanction, de justifier également celle-ci au regard d'une comparaison opérée avec les sanctions dont il a frappé les autres entreprises poursuivies ;

Qu'en ce qui concerne, enfin, le montant maximum du chiffre d'affaires de la société Raffali devant être pris en considération pour le calcul de la sanction, il résulte de l'article L.464-2 du code de commerce qu' aucune distinction ne doit être opérée quant aux branches d'activité de l'entreprise, et qu'on ne saurait dès lors restreindre, comme le prétend Raffali, le chiffre d'affaires de référence à une catégorie de clientèle déterminée ;

Considérant qu'en l'état de l'ensemble des éléments généraux et individuels exposés ci-dessus, la sanction pécuniaire de 120 000 euros infligée à Raffali, qui ne représente d'ailleurs que 0,85 % de son chiffre d'affaires, est proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de cette entreprise ;

Que le recours sera rejeté ;

PAR CES MOTIFS

Rejette le recours,

Condamne la société Raffali Et Cie aux dépens,

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

LE GREFFIER,

Benoit TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,

Thierry FOSSIER