

Journées suisses du droit de la construction 2025

Table des matières	I
Contributeurs 1975-2025	XIII
La réception de l'ouvrage : un moment crucial dans le contrat d'entreprise <i>Cléa Bouchat</i>	1
Modifier la norme SIA-118 : un mode d'emploi <i>Thomas Siegenthaler / Hubert Stöckli / Jean-Baptiste Zufferey</i>	21
La réparation de l'ouvrage défectueux <i>Pascal Pichonnaz</i>	61
La construction à l'épreuve du droit de la concurrence <i>Blaise Carron / Valentin Botteron</i>	87
La taxe sur la plus-value (art. 5 LAT) <i>Laurent Pfeiffer / Rachel Tagliani</i>	131
La construction face au défi climatique <i>Jean-Michel Brahier / Lucien Hürlimann</i>	159
Droit pénal de la construction <i>Bertrand Perrin / Adriana Duque Vinueza</i>	229
La jurisprudence récente en droit public	
La jurisprudence en droit public, les grandes nouveautés et les questions d'actualité <i>Jean-Baptiste Zufferey / Clémence Grisel Rapin</i>	253
La Jurisprudence récente en droit privé	
Le contrat de vente et le contrat d'entreprise <i>Pascal Pichonnaz</i>	289
Quelques arrêts en droit civil <i>Maryse Pradervand-Kernen</i>	307
Quelques arrêts en droit de l'architecte, du courtage et du mandat en général <i>Franz Werro</i>	321
Répertoire général des conférences 1975–2025	335

Édité par
Jean-Baptiste Zufferey

Institut pour le droit suisse et international de la construction
Université de Fribourg, Suisse
Av. Beauregard 13
CH-1700 Fribourg

droitconstruction@unifr.ch
www.unifr.ch/ius/droitconstruction

Citation suggérée :

AUTEUR, titre, in : JDC 2025, p. ...

Relecture, corrections et layout
William Bayiha (MLaw), Duyen Pham (MLaw),
Maxime Reichenbach (titulaire du brevet d'avocat) et Petra Vondrasek (MLaw)

Fabrication
media f imprimerie SA Fribourg, Suisse
Les originaux de ce texte prêts à la reproduction
ont été fournis par l'éditeur.

© 2025 Institut pour le droit suisse et international de la construction

ISBN 978-3-9525708-3-8

La construction à l'épreuve du droit de la concurrence

Quels risques pour quels comportements ?

Blaise Carron, *Professeur à l'Université de Neuchâtel*

Valentin Botteron, *Docteur en droit, LL.M. (BSC), Greffier au Tribunal fédéral**

I. Introduction

- A Un risque entrepreneurial à ne pas négliger
- B L'ambition et le plan

II. Les fondements

- A Le droit matériel : trois comportements à risque
 - 1. Les accords illicites en matière de concurrence (art. 4 al. 1 et 5 LCart)
 - 2. Les abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif (art. 4 al. 2 et 2^{bis} et 7 LCart)
 - 3. Le contrôle des concentrations d'entreprises (art. 4 al. 3 et 9 ss LCart)
- B Le droit procédural : un risque sous trois facettes
 - 1. La mise en œuvre administrative
 - 2. La mise en œuvre civile
 - 3. La mise en œuvre par le droit des marchés publics
- C Le risque principal : la sanction administrative
 - 1. La base légale
 - 2. Le calcul du montant de la sanction
 - 3. Le programme de clémence
 - 4. Un exemple de calcul de sanction (annexe 1)

III. Quelques approfondissements

- A Les accords horizontaux dans la construction
 - 1. Les cartels de soumission
 - a) La notion
 - b) L'appréciation matérielle
 - c) La détection des cartels
 - d) Quelques conseils pratiques
 - 2. Les particularités d'un cartel de rotation (accord global)
 - a) La notion
 - b) Les conditions de l'existence d'un accord global
 - c) Le régime applicable et les conséquences
 - 3. Les échanges d'informations
 - a) Les fondements
 - b) Un accord en matière de concurrence ?
 - c) Un accord illicite ?
 - d) Une illustration
 - e) Quelques conseils pratiques

* Nous tenons à remercier Monsieur Jérôme de Pinho Gomes, MLaw, LL.M. (BSC), avocat-stagiaire au Tribunal régional Jura bernois-Seeland, de l'aide qu'il nous a apportée dans les recherches et la mise au point de l'appareil critique. Nous remercions également les membres des autorités ainsi que les praticiennes et praticiens qui nous ont fait part de leurs expériences, au cours d'échanges très stimulants.

4. Le cas des associations professionnelles
 - a) Généralités
 - b) Les plateformes d'annonces de la SSE
 - c) Les tarifs de régie de la SSE
 - d) Les Règlements sur les prestations et honoraires (RPH) SIA 102 ss
 - e) Les recommandations de la KBOB relatives aux honoraires de planificateurs
5. Les consortiums
 - a) La notion
 - b) Un accord en matière de concurrence ?
 - c) Un accord illicite ?
 - d) Un schéma d'analyse (annexe 2)
 - e) Quelques conseils pratiques
- B L'abus de position dominante et de pouvoir de marché relatif
 1. Le constat : La (quasi-)absence d'abus
 2. Les nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif
 - a) La modification de la LCart entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022
 - b) Le régime applicable
 3. La puissance de marché de la main publique ?
 4. Le cas particulier des gravières, des décharges et des centrales d'enrobage
 - a) Les développements récents
 - b) Le marché (géographique) pertinent
 - c) La position dominante
 - d) L'abus de position dominante
 - e) Un exemple : l'affaire « Deponie Höli Liestal »
 - f) Quelques conseils pratiques

IV. Conclusion

V. Bibliographie

VI. Annexes

I. Introduction

A Un risque entrepreneurial à ne pas négliger

Le droit de la concurrence et les sanctions imposées aux entreprises qui ne se conforment pas à ses règles représentent actuellement un **risque significatif** pour les acteurs du marché de la construction. En effet, ce secteur de l'économie fait l'objet d'une attention accrue de la part des autorités, car on l'a reconnu comme un terrain privilégié des comportements anticoncurrentiels, qui contournent la mise en concurrence voulue notamment par le droit des marchés publics. En 2004 déjà, le secrétariat de la Conférence des achats de la Confédération (CA) a publié, en lien avec une enquête sur les forces et faiblesses des marchés publics, le fait que près de la moitié des organes interrogés avaient observé des accords entre soumissionnaires¹. La même année entrait en vigueur l'art. 49a LCart, qui sanctionne directement les comportements anticoncurrentiels les plus graves et ouvrait une nouvelle ère dans l'application du droit de la concurrence.

Au cours des vingt dernières années, les autorités de la concurrence ont organisé une **lutte à différents niveaux** contre les comportements indésirables dans le secteur de la construction. La première grande enquête a concerné le cartel de l'asphalte au Tessin, en 2007, qui concernait plus de 200 projets de construction réalisés entre 1999 et 2003, voire jusqu'en 2005. En 2012, le Secrétariat a créé un nouveau service « Construction » pour lutter contre les restrictions à la concurrence touchant le secteur de la construction, des marchés publics et de l'environnement².

Depuis la création du service, plus de 30 enquêtes formelles (art. 27 LCart) ont abouti et 4 sont en cours. Depuis 2013, les affaires de construction représentent **plus de 30% des procédures menées** par la Comco³. Les procédures ouvertes dans les Grisons concernent à elles seules plus de 1'000 projets de construction.

Les **amendes administratives** prononcées se comptent en dizaines de millions. Il ne faut en outre pas sous-estimer les **autres coûts entrepreneuriaux** relatifs à un comportement anticoncurrentiel. Les entreprises visées par une enquête doivent supporter les frais de procédure (souvent plusieurs centaines de milliers de francs). Il faut y ajouter les coûts des conseils externes, les effets disruptifs causés par les mesures d'investigation telles que les perquisitions, l'importance des ressources internes souvent mobilisées pendant plusieurs années, les coûts directs et indirects des sanctions fondées sur les règles sur les marchés publics et ceux découlant de l'atteinte générale à leur réputation. À cela s'ajoutent enfin les dommages-intérêts ou sommes transactionnelles payées dans le cadre de poursuites civiles intentées par les victimes de ces comportements.

Par conséquent, il est important pour les entrepreneurs, les mandataires et leurs conseils juridiques de **mieux connaître les risques** découlant du droit de la concurrence, afin d'apprécier plus justement la situation et d'adopter un comportement adéquat sur le marché.

B L'ambition et le plan

La présente contribution a pour **ambition** de présenter l'état des lieux de la pratique des autorités de la concurrence dans le secteur de la construction. Le propos se veut avant tout descriptif et, sauf mention expresse, les auteurs ont tâché de ne pas formuler leur avis personnel.

Le **plan** retenu rappelle d'abord les fondements applicables (II.), en présentant tant les risques matériels (II/A) que procéduraux (II/B) et en insistant sur le risque principal que représente la sanction administrative (II/C). Nous aborderons ensuite des questions choisies (III.) en lien avec les accords en matière de concurrence (III/A) et les abus de position dominante (III/B).

¹ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 635.

² COMCO, Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence, DPC 2013/1, p. 20.

³ Ce chiffre ne tient pas compte des procédures de concentration, des mesures provisionnelles, et des affaires relatives à la LMI.

II. Les fondements

A Le droit matériel : trois comportements à risque

Le droit de la concurrence lutte contre différents types de restrictions illicites à la concurrence. Il repose principalement sur **trois piliers** formant les axes principaux de la loi sur les cartels⁴.

1. Les accords illicites en matière de concurrence (art. 4 al. 1 et 5 LCart)

L'examen matériel de ce comportement se fait en deux étapes :

1° L'existence d'un accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)⁵. Il faut pour cela démontrer la réunion de trois éléments : **(a)** une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées sous la forme d'une convention – avec ou sans force obligatoire – ou d'une pratique concertée, **(b)** entre entreprises actives sur les mêmes ou sur différents échelons du marché et **(c)** qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence.

2° L'illicéité de l'accord (art. 5 LCart) découle soit (a) de la suppression de la concurrence efficace, soit (b) de l'affectation notable de la concurrence en l'absence de motifs d'efficacité économique⁶ :

(a) La suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 1, 3 et 4 LCart). En pratique, la quasi-totalité de ces accords est visée par la présomption, réfragable, applicable aux accords dit « durs », en vertu de laquelle ceux-ci entraînent une suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 et 4 LCart). Les accords horizontaux « durs » sont au nombre de trois : (1) ceux qui fixent directement ou indirectement les prix, (2) ceux qui limitent les quantités et (3) ceux qui opèrent une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 LCart). Quant aux accords verticaux « durs », il y en a deux : (1) les accords qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe ainsi que (2) l'attribution directe ou indirecte d'un territoire sous forme de protection territoriale absolue (art. 5 al. 4 LCart).

Si on a affaire à un accord « dur », il faut vérifier si la présomption est **renversée** par la preuve d'une concurrence résiduelle interne ou externe à l'accord, ce qui n'est pas rare en pratique car les exigences ne sont pas trop élevées. Dans ce cas, il faut passer à l'étape suivante, qui s'applique directement si on n'a pas affaire à un accord « dur ».

(b) L'affectation notable de la concurrence en l'absence de motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart). Il faut procéder en deux étapes. (1) Pour établir l'existence d'une affectation notable de la concurrence, il faut définir le marché pertinent et apprécier la restriction à la concurrence au cas par cas, en vertu de critères à la fois quantitatifs (concurrence interne et externe) et qualitatifs (type de paramètre concurrentiel concerné) dans le cadre d'une appréciation d'ensemble qui requiert une analyse de marché détaillée et complexe. (2) Si on établit que la concurrence est affectée de façon notable, il faut encore vérifier que le comportement n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique, ce qui exige le cumul de trois conditions. Premièrement, il faut viser un des critères énumérés exhaustivement à l'art. 5 al. 2 LCart. Deuxièmement, la restriction à la concurrence doit être nécessaire pour concrétiser le motif admis, c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister une autre mesure apte à atteindre le même but mais plus respectueuse de la concurrence. Troisièmement, la restriction ne doit pas provoquer immédiatement ou à terme une suppression de la concurrence efficace.

⁴ MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence, p. 70.

⁵ ATF 144 II 246 consid. 6.4 ; arrêt du TAF B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 7.3.3 s., Engadin IV ; COMCO du 10 mai 2021, DPC 2021/3, p. 632 ss, Installation et services électriques dans la région genevoise, N° 41. Cf. ég. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 4 al. 1 N° 1 ss ; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 4 al. 1 N° 1 ss ; BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 N° 1 ss.

⁶ Pour plus de détails, cf. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 N° 1 ss ; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 5 N° 1 ss ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5 N° 1 ss.

L'appréciation juridique de la **notabilité de l'affectation de la concurrence des accords « durs »** – qui seuls peuvent faire l'objet d'une sanction administrative (infra II.C) – a connu un tournant majeur en 2017 avec la **jurisprudence Gaba** rendue par le Tribunal fédéral⁷. Avant cet arrêt, la pratique consistait à examiner le caractère notable de l'affectation de la concurrence selon la méthode décrite au paragraphe précédent. Cela impliquait une analyse des effets concrets de l'accord sur le marché pertinent et nécessitait une définition précise de celui-ci. Depuis cet arrêt, le Tribunal fédéral considère que les accords durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) affectent en principe la concurrence de manière notable en raison déjà du paramètre de la concurrence concerné (art. 5 al. 1 LCart) et qu'ils sont illicites à moins d'être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). En pratique, l'existence de tels motifs justificatifs est rarement établie, vu les exigences légales élevées. En raison de la gravité (qualitative) du paramètre touché par l'accord dur, il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse (quantitative) des effets concrets sur le marché, ce qui facilite la tâche des autorités de la concurrence pour conclure à l'illicéité de l'accord. Cet arrêt, rendu dans le cadre d'un accord vertical, a donné un élan tout particulier à la lutte contre les accords horizontaux.

2. Les abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif (art. 4 al. 2 et 2^{bis} et 7 LCart)

Au contraire des accords qui rassemblent nécessairement deux ou plusieurs entreprises, les abus selon l'art. 7 LCart concernent en principe des comportements unilatéraux. L'analyse se déroule également en **deux temps** :

1° La position dominante (art. 4 al. 2 LCart) ou **le pouvoir de marché relatif** (art. 4 al. 2^{bis} LCart)⁸. La détermination d'une position dominante requiert d'abord une définition précise du marché (des produits et géographique) pertinent ; ensuite, il faut établir une position qualifiée de l'entreprise en question en examinant la concurrence tant actuelle (examen des parts de marché) que potentielle (existence de barrières à l'entrée). Vu que le pouvoir de marché relatif est une notion récente, nous y consacrerons quelques développements particuliers (infra III.B2).

2° L'abus⁹. La simple détention d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif n'est pas illicite, il faut que l'entreprise concernée en **abuse** (art. 7 LCart), soit en entravant ses concurrents (abus d'entrave), soit en exploitant ses partenaires commerciaux (abus d'exploitation) de telle sorte à provoquer une restriction de la concurrence non justifiée par des motifs économiques justificatifs (*legitimate business reasons*).

3. Le contrôle des concentrations d'entreprises (art. 4 al. 3 et 9 ss LCart)

Contrairement aux deux premières catégories qui constituent des réactions (*ex post*) à un comportement, la troisième a pour but d'établir un contrôle préventif (*ex ante*) destiné à éviter qu'une concentration **crée ou renforce une position dominante** capable de supprimer une concurrence efficace sans provoquer une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart)¹⁰. Ce contrôle ne s'exerce que si certains seuils – élevés en comparaison internationale – sont atteints : les entreprises participant à la concentration doivent avoir réalisé un chiffre d'affaires mondial annuel de

⁷ ATF 143 II 297, JdT 2018 I 3.

⁸ Sur la notion de position dominante, cf. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, art. 4 al. 2 N° 1 ss ; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, art. 4 al. 2 N° 1 ss ; SCHRANER/STÄUBLE, DIKE-KG, art. 4 al. 2 N° 1 ss. Sur la notion de pouvoir de marché relatif, cf. notamment KAUFMANN, Relative Marktmacht, p. 181 ss ; KËLLEZI, Competition Law, p. 165 ss ; MAMANE, Relative Marktmacht, p. 59 ss ; PICT, Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung, p. 315 ss ; STÄUBER/BURGER, Relative Marktmacht, p. 235 ss ; ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, N° 717 ss ; ZIRLICK/BICKEL, Relative Marktmacht, p. 146 ss.

⁹ Pour plus de détails, cf. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, art. 7 N° 1 ss ; CR Concurrence-CLERC, art. 7 al. 1 N° 1 ss ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, art. 7 al. 2 N° 1 ss ; SCHRANER/STÄUBLE, DIKE-KG, art. 7 N° 45 ss.

¹⁰ Pour plus de détails, cf. BOTTERON, Concentrations d'entreprises, N° 190 ss ; BSK KG-MEINHARDT/WASER/TRAVAGLINI, art. 10 N° 1 ss ; PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 N° 1 ss ; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 N° 1 ss.

2 milliards ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions et aux moins deux des entreprises participantes doivent avoir réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

Dans le secteur de la construction, le **pilier le plus important** est incontestablement celui concernant les accords illicites en matière de concurrence, raison pour laquelle nous lui consacrerons la majorité de nos développements (infra III/A). Nous évoquerons aussi le deuxième pilier, qui joue un rôle subsidiaire mais pourrait gagner en importance (infra III/B). Enfin, nous ignorerons le troisième pilier qui n'a fait aujourd'hui quasi-aucune application dans le secteur suisse de la construction¹¹.

B Le droit procédural : un risque sous trois facettes

Le droit de la concurrence est principalement mis en œuvre dans le contexte d'une procédure administrative (1.) ou civile (2.). D'autres domaines, en particulier celui du droit des marchés publics (3.), contribuent à la mise en œuvre d'une concurrence efficace.

1. La mise en œuvre administrative

La mise en œuvre administrative de la LCart est principalement le fait d'une autorité fédérale spécialisée : la Commission fédérale de la concurrence (**Comco**) qui se compose de 11 à 15 membres, en majorité des experts indépendants, nommés par le Conseil fédéral (art. 18 LCart), et qui rend les décisions de première instance (art. 30 LCart). La procédure est régie par la PA¹², sous réserve des dispositions spéciales de la LCart (art. 39 LCart)¹³.

La Comco est soutenue par un **Secrétariat** qui prépare les affaires, mène les enquêtes et prend, avec un membre de la présidence de la Comco, certaines décisions de procédure (art. 23 LCart). Outre un état-major interne, le Secrétariat comprend quatre services intitulés « Construction », « Services », « Infrastructures » et « Industrie et production ».

Les autorités de la concurrence mènent **trois activités principales** en lien avec le secteur de la construction¹⁴ :

1° La détection de cartels et autres comportements illicites. Le Secrétariat mène des observations de marché et des enquêtes préalables (art. 26 LCart), durant lesquelles les entreprises concernées ne disposent pas des droits de partie et qui n'aboutissent pas à une décision au sens de l'art 5 PA¹⁵. Elles se concluent soit par un constat et une information, à la Commission et aux parties, que l'enquête préalable n'a pas permis de mettre en évidence des indices d'une restriction illicite à la concurrence, soit par une proposition de mesures pour supprimer ou empêcher les restrictions à la concurrence (art. 26 al. 2 LCart), soit par l'ouverture d'une enquête formelle (art. 27 LCart). La pratique démontre que le triage effectué tient notamment compte de l'effet que la procédure informelle a eu sur le marché. Par conséquent, les entreprises qui n'acceptent pas le point de vue du Secrétariat et n'adaptent pas leur comportement risquent l'ouverture d'une enquête formelle¹⁶.

2° La conduite d'enquêtes et le prononcé d'éventuelles mesures et sanctions. Si le Secrétariat conclut qu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, il ouvre une enquête, avec l'aval d'un membre de la présidence de la Comco (art. 27 LCart). En tout temps, y compris en cours d'enquête, le Secrétariat peut conclure un accord amiable avec les parties portant sur la suppression de la restriction illicite à la concurrence (art. 29 LCart) et respectant le principe de

¹¹ Pour un cas exceptionnel et non problématique, cf. COMCO du 17 mai 2022, DPC 2022/3, p. 600 ss, Burkhalter Holding / Poenira, l'examen préalable n'ayant révélé aucun marché affecté.

¹² Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

¹³ MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence, p. 177.

¹⁴ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 646.

¹⁵ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 26, N° 125 ; CR Concurrence-DUCREY/CARRON, art. 26 N° 17 et 37.

¹⁶ TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 9 s.

proportionnalité¹⁷. L'accord peut être sollicité par les parties et doit en tout état de cause être approuvé par la Comco (art. 29 LCart). Au terme de l'enquête, la Comco, sur proposition du Secrétariat, rend une décision au sens de l'art. 5 PA, portant sur la clôture de l'enquête, le prononcé d'une éventuelle sanction, l'adoption de mesures destinées à remédier à une restriction illicite à la concurrence, ou l'approbation de l'accord amiable conclu avec les entreprises concernées¹⁸. La décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF ; art. 31 et 33 let. f LTAF)¹⁹. La décision du TAF peut à son tour faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 82 et 86 al. 1 let. a LTF).

3° La prévention, comme moyen de garantir la concurrence. Le Secrétariat participe aux travaux législatifs (p. ex. en matière de marchés publics), forme les pouvoirs adjudicateurs aux questions de droit de la concurrence et entretient des contacts avec les associations professionnelles (infra III.A4)²⁰.

2. La mise en œuvre civile

La procédure administrative aboutit, selon les cas, à l'interdiction de comportements illicites et au prononcé de sanctions ayant un effet dissuasif pour les auteurs. En revanche, elle ne permet pas d'indemniser les victimes, qui doivent recourir à la mise en œuvre civile. Le **chapitre 3 de la LCart** est consacré aux « dispositions de procédure civile » et permet à une personne entravée dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci de demander la suppression ou la cession de l'entrave, ainsi que la réparation du dommage et du tort moral, ou la remise du gain réalisé (art. 12 al. 1 let. a-c LCart)²¹.

Le droit privé de la concurrence suisse est encore au **stade embryonnaire**. Dans le secteur de la construction, il se limite aux rares prétentions en dommages-intérêts que les pouvoirs adjudicateurs victimes d'un cartel de soumission font valoir contre les auteurs d'une restriction à la concurrence²². En raison des difficultés pratiques liées au fardeau de la preuve, ces démarches font souvent suite à une procédure administrative : on les appelle les actions *follow-on*, lors desquelles la partie demanderesse doit établir les **éléments suivants** :

1° La qualité pour agir. L'art. 12 al. 1 LCart exige que la partie demanderesse soit « une personne entravée dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ». Cette formulation a pour effet que les consommateurs finaux sont actuellement exclus du droit d'intenter une action fondée sur l'art. 12 LCart, alors que ce sont en principe eux qui subissent le préjudice (au sens de la responsabilité civile) en raison de la répercussion des surcoûts dans la chaîne de valeur²³. La légitimation active de l'État est aussi controversée : certains l'admettent, d'autres la rejettent²⁴ ; nous sommes d'avis qu'elle fait défaut dans l'hypothèse où l'entrave à la concurrence porte sur des prestations ou des biens concernant une utilisation du domaine public exclusivement réservé à l'État²⁵.

Ajoutons **deux remarques** complémentaires : **(1)** Vu les difficultés posées par la formulation actuelle de l'art. 12 LCart, le projet du Conseil fédéral du 24 mai 2023 de révision de la LCart

¹⁷ BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, art. 42 N° 202 ss ; CR Concurrence-BOVET/SABRY, art. 42 N° 66 ss.

¹⁸ MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence, p. 200.

¹⁹ MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence, p. 173 et 192.

²⁰ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 645 ; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 9 ss.

²¹ Pour plus de détails, cf. SIWR-CARRON/TERCIER, N° 504 ss ; BSK KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N° 1 ss ; CR Concurrence-REYMOND, art. 12 N° 1 ss ; VETTER, DIKE-KG, art. 12 N° 1 ss.

²² HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 658 et les réf. citées.

²³ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 109, 185 ss et 319 ss, car les partenaires commerciaux de l'auteur d'une violation du droit de la concurrence et les autres acteurs de la chaîne de valeur répercutent les surcoûts induits jusqu'au dernier maillon constitué par les consommateurs

²⁴ En faveur : HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 650 et les réf. citées ; BOVET/KËLLEZI, Réintégration du soumissionnaire, p. 9. En défaveur : CR Concurrence-REYMOND, art. 12 N° 9 s. et les réf. citées.

²⁵ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 110. Dans le même sens, Mess-rév. LCart-2012, FF 2012 3631, p. 3654 s.

accorde expressément la qualité pour agir aux pouvoirs adjudicateurs de marchés publics²⁶. (2) Vu la nature délictuelle de l'art. 12 LCart, il n'est pas exclu que d'autres fondements non spécifiques au droit de la concurrence, extracontractuels ou contractuels, permettent aux consommateurs et à l'État d'obtenir la réparation de leur dommage²⁷.

2° La qualité pour défendre. La partie défenderesse doit être un sujet de droit revêtant la qualité d'entreprise et à l'origine de l'entrave à la concurrence. Dans le cas d'un cartel de soumission, il ne s'agit pas seulement de l'adjudicataire des travaux mais aussi des autres entreprises participant à l'accord illicite. On peut ainsi imaginer une action ouverte contre des membres d'un cartel n'ayant pas obtenu le marché, si leur accord a eu un effet général à la hausse sur les prix²⁸.

3° Le dommage. La victime doit avoir subi une diminution involontaire de son patrimoine, notamment parce qu'elle a conclu des contrats à des prix surfaits. La détermination du prix concurrentiel hypothétique est difficile²⁹. Si les tribunaux venaient à poser des exigences trop élevées, cela découragerait les victimes en raison des coûts (notamment d'expertises économiques), voire rendrait impossible toute mise en œuvre civile, faute de pouvoir établir avec suffisamment de certitude le dommage subi³⁰. Dans ce contexte, les tribunaux devraient selon nous faire usage du pouvoir accordé par l'art. 42 al. 2 CO³¹. Une autre solution pour échapper à la complexe quantification du dommage pourrait consister dans l'inclusion de clauses pénales (art. 163 CO) ou de forfaitisation du dommage dans les contrats conclus avec les adjudicataires³². Vu les enseignements tirés des études économiques sur les gains des cartels, des peines conventionnelles variant entre 5-15% du prix ne devraient pas être jugées excessives (art. 163 al. 3 CO)³³.

4° La faute. La faute peut être intentionnelle ou relever de la simple négligence. Les personnes morales doivent se laisser imputer le comportement de leurs organes (art. 55 al. 2 CC et les dispositions équivalentes du CO pour les sociétés commerciales). Les cas de responsabilité causale des auxiliaires sont aussi possibles (art. 55 et 101 CO). En pratique, les restrictions les plus sévères à la concurrence sont le plus souvent intentionnelles.

5° L'illicéité. L'art. 12 al. 1 LCart suppose une restriction illicite à la concurrence, qui prend la forme d'un accord illicite (art. 5 LCart) ou d'un abus de position dominante (art. 7 LCart), non autorisée exceptionnellement par le Conseil fédéral (art. 8 LCart)³⁴. La preuve d'un tel comportement est exigeante pour une victime qui agit seule (procédure *stand-alone*), raison pour laquelle la plupart des procédures sont menées à la suite (procédure *follow-on*) d'une enquête des autorités de la concurrence qui ont à disposition tout l'arsenal procédural du droit administratif pour mettre à jour les comportements anticoncurrentiels³⁵. Le tribunal civil n'est pas lié par les conclusions de la procédure administrative, même si celles-ci auront en pratique une autorité certaine³⁶.

6° Le rapport de causalité. Le dommage doit être en rapport de causalité naturelle et adéquate avec l'entrave découlant d'une restriction illicite à la concurrence. Vu la difficulté d'établir un tel

²⁶ Mess-rév. LCart-2023, FF 2023 1463, p. 38. Cet objet (23.047) est actuellement en traitement en Commission du Conseil national.

²⁷ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 329 ss et les réf. citées (moyens extracontractuels) ; HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 651 (moyens contractuels).

²⁸ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 652.

²⁹ Sur les méthodes, cf. SIWR-CARRON/TERCIER, N° 287 et les réf. citées,

³⁰ Cf. art. 17 Directive 2014/104/UE du 26.11.2014, exigeant que ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit pratiquement impossible ou excessivement difficile.

³¹ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 286 ss et 290. Cf. ég. HGer Aargau du 13.2.2003, DPC 2003/2, p. 451 ss, consid. 9.a.aa, Allgemeines Bestattungsinstitut/Kanton Aargau.

³² BOVET/KËLLEZI, Réintégration du soumissionnaire, p. 9 ss et 12.

³³ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 654 et les réf. citées.

³⁴ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 297 et 182 ss, cf. ég. N° 190 ss au sujet de l'inapplicabilité de l'art. 12 al. 3 LCart.

³⁵ Cf. p. ex. ATF 148 III 77 consid. 3.4.2.

³⁶ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 651 s. Cf. ég. art. 9 Directive 2014/104/UE du 26.11.2014, prévoyant que les tribunaux civils sont liés par une décision définitive d'une autorité de la concurrence.

lien de causalité dans une relation économique, la causalité naturelle devrait pouvoir être établie au degré de la vraisemblance prépondérante³⁷.

7° La prescription. Les actions réparatrices de l'art. 12 LCart sont soumises aux délais de prescription, en particulier le double délai (relatif de 3 ans et absolu de 10 ans) de l'art. 60 al. 1 CO en cas de fondement délictuel. L'art. 60 al. 2 CO n'est à notre avis pas applicable, faute de sanction pénale, y compris pour les restrictions illicites sanctionnées en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart. Tant le délai relatif que celui absolu semblent trop courts pour les besoins du droit privé de la concurrence³⁸. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral agite même le spectre d'une violation de l'art. 6 § 1 CEDH³⁹.

Vu les difficultés mentionnées ci-dessus et en raison de l'absence de procédure collective en droit suisse, les démarches visant à obtenir des dommages-intérêts par le biais de la procédure civile sont **rare en pratique**. Par exemple, le canton du Tessin a obtenu le paiement de dommages-intérêts suite à la transaction extrajudiciaire conclue avec les membres du cartel de l'asphalte. On peut aussi citer les cantons et communes concernés par les cartels argovien, zurichois et grison qui ont fait ou font valoir des prétentions en dommages-intérêts. Enfin, dans l'affaire *Bauleistungen Graubünden*, la Comco a partiellement pris en considération, en tant que circonstance atténuante lors de la fixation de l'amende administrative, le fait que des dommages-intérêts à hauteur de CHF 6 millions aient été promis⁴⁰. Le TAF a aussi tenu compte d'un montant compensatoire payé aux victimes après la décision de la Comco⁴¹.

3. La mise en œuvre par le droit des marchés publics

Le droit des marchés publics règle les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assure la transparence. Le droit de la concurrence et celui des marchés publics sont **voisins**⁴². La nouvelle loi fédérale sur les marchés publics et l'accord intercantonal sur les marchés publics, adoptés en 2019 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021, font une place plus large à la lutte contre les accords illicites affectant la concurrence, à commencer par l'art. 2 LMP/AIMP qui érige en but « le maintien d'une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier en prévoyant des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence [...] » et l'art. 11 let. b LMP/AIMP qui prévoit, en tant que principe régissant la procédure, que l'adjudicateur doit prendre des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence.

Le droit des marchés publics **s'applique cumulativement** au droit des cartels, les deux domaines ne s'excluant pas⁴³. Il contient des normes autonomes qui trouvent application en cas d'accords illicites entravant ou supprimant la concurrence⁴⁴.

Pour la procédure de soumission, l'art. 26 al. 1 i.f. et 2 LMP/AIMP prévoit en tant que **conditions de participation** que les soumissionnaires et leurs sous-traitants garantissent n'avoir pas conclu d'accords illicites affectant la concurrence et autorise que la preuve soit rapportée par une déclaration.

L'art. 43 al. 1 let. e LMP/AIMP autorise l'adjudicateur à **interrompre** une procédure d'adjudication s'il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les

³⁷ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 298 s.

³⁸ SIWR-CARRON/TERCIER, N° 355 ss ; HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 656 ss.

³⁹ Arrêt du TF 2C_1039/2018 et 2C_1052/2018 du 18 mars 2021 consid. 5.4.8.3.

⁴⁰ COMCO du 19.8.2019, DPC 2020/4a, p. 1721 ss, Bauleistungen Graubünden, N° 595 ss. Cf. ég. HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 658.

⁴¹ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 135 ss.

⁴² POLTIER, Droit des marchés publics, N° 1078.

⁴³ COMCO, Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, DPC 2006/2, p. 407.

⁴⁴ TSCHUDIN, *Bau-Kartellrecht*, N° 13.

soumissionnaires⁴⁵. Enfin, l'art. 44 al. 2 let. b LMP/AIMP et l'art. 45 al. 1 LMP/AIMP autorisent l'adjudicateur à **révoquer** une adjudication ou à **exclure** de la procédure un soumissionnaire ayant conclu un accord illicite affectant la concurrence, mais aussi à l'exclure pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés de l'adjudicateur concerné⁴⁶. L'art. 45 al. 1 AIMP prévoit en sus la possibilité d'infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre⁴⁷. Le pouvoir adjudicateur, dans son appréciation de l'accord illicite, devra veiller à respecter l'interprétation de la LCart établie par les autorités de la concurrence, en particulier la jurisprudence *Gaba* du Tribunal fédéral en lien avec les accords durs (supra II.A1). Par exemple, si un adjudicateur devait exclure deux soumissionnaires qui ont conclu un cartel de soumission alors que 18 autres offres ont été déposées, la sanction sera probablement justifiée⁴⁸.

Selon l'art. 45 al. 2 i.f. LMP/AIMP, l'adjudicateur doit **informer la Comco** en cas de soupçon d'accord illicite. Ces annonces ont à la fois un effet préventif en empêchant la formation de cartels de soumission et un effet punitif car la Comco peut alors intervenir et lutter contre les comportements anticoncurrentiels, au besoin en sanctionnant les acteurs impliqués⁴⁹. Il est important de souligner qu'une dénonciation auprès de la Comco ne suspend ni le processus d'appel d'offres, ni l'adjudication et n'influence pas les mesures prises en vertu des marchés publics⁵⁰.

Enfin, certains soutiennent que le pouvoir adjudicateur lésé par un cartel de soumission peut également recourir aux **tribunaux civils**⁵¹. Vu la formulation actuelle de la loi, nous adoptons une position plus nuancée (supra II.B2).

C Le risque principal : la sanction administrative

1. La base légale

D'après l'**art. 49a al. 1 LCart**, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart ou qui, ayant une position dominante (à l'exclusion d'un pouvoir de marché relatif), se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart, est tenue au paiement d'une **sanction pécuniaire** pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Le montant de l'amende est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites ainsi que du profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise⁵².

2. Le calcul du montant de la sanction

Le calcul de la sanction prévue à l'art. 49a al. 1 LCart fait l'objet de précisions dans l'**ordonnance sur les sanctions LCart** (OS LCart ; RS 251.5), plus précisément aux art. 2-14 OS LCart, et d'une note explicative publiée en ligne⁵³. Le calcul de la sanction se fait en **trois étapes**⁵⁴ :

1° La détermination du montant de base (art. 3 OS LCart). Le montant de base représente jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés

⁴⁵ COMCO, Rapport annuel 2023, p. 10, en lien avec une affaire fribourgeoise concernant le déneigement et le salage des routes cantonale, arrêt du TC FR 602 2022 127 du 7 décembre 2022.

⁴⁶ POLTIER, Droit des marchés publics, N° 724 ss, critique sur la formulation du texte ; pour un cas sous l'ancien droit, cf. ég. arrêt du VGer GR U 20 66 du 6 décembre 2022, BR/DC 4/2023, p. 240, avec note M. BEYELER. Cf. ég. SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 17 octobre 2022, DPC 2023/1, p. 84 ss, Elektroprodukte, N° 26.

⁴⁷ Arrêt du VGer GL VG.2020.00023 du 30 avril 2020 consid. 4.2.

⁴⁸ Exemple cité par TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 14.

⁴⁹ COMCO, Rapport annuel 2023, p. 10, en lien avec une affaire fribourgeoise concernant le déneigement et le salage des routes cantonales où, suite à une information, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable en avril 2023.

⁵⁰ COMCO – Soupçon de cartels de soumission – Annonce auprès de la Comco, p. 1.

⁵¹ BOVET/KËLLEZI, Réintégration du soumissionnaire, p. 9.

⁵² Il existe d'autres sanctions, notamment celles prévues à l'art. 50 LCart (sanction administrative en cas de violation d'un accord amiable) ou à l'art. 54 LCart (sanction pénale). A leur sujet, cf. TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 23.

⁵³ COMCO, Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), du 26 février 2016.

⁵⁴ COMCO, Notes explicatives OS LCart.

pertinents au cours des trois derniers exercices. Il varie selon le type et la gravité de l'atteinte à la concurrence. Le chiffre d'affaires se calcule selon l'art. 9 LCart, appliqué par analogie⁵⁵. Pour les comportements les plus graves, en particulier les accords horizontaux durs rassemblant l'ensemble des acteurs du marché et pour les abus de position dominante (supra II.A1), le pourcentage retenu se situera régulièrement entre 7% et 10%. En revanche, si le cas est d'importance mineure, on retiendra un pourcentage inférieur, en vertu du principe de proportionnalité⁵⁶.

2° L'augmentation en fonction de la durée de l'atteinte (art. 4 OS LCart). Le montant de base couvre les infractions durant jusqu'à une année. Pour une durée allant jusqu'à cinq ans, la majoration peut atteindre jusqu'à 50% et, au-delà de cinq ans, elle est de 10% par année supplémentaire⁵⁷. La pratique de la Comco consiste à fixer 10% de majoration par année dès la deuxième année⁵⁸. Une (très) courte durée de l'accord n'empêche pas le prononcé d'une sanction : un accord ayant duré trois jours et pas mis en œuvre a ainsi déjà fait l'objet d'une sanction⁵⁹.

3° L'ajustement en fonction des circonstances du cas concret. L'ordonnance distingue deux catégories, qui font l'objet d'une énumération exemplative :

(a) Les circonstances **aggravantes** (art. 5 OS LCart) sont notamment la récidive, le gain particulièrement élevé réalisé, le refus de coopérer avec les autorités ou l'obstruction à l'enquête ; dans les cartels durs, on trouve également le fait que l'entreprise ait joué un rôle d'instigatrice ou qu'elle ait exécuté ou ordonné des mesures de rétorsion à l'encontre d'un membre dissident.

(b) Les circonstances **atténuantes** (art. 6 OS LCart) comprennent le fait que l'entreprise ait cessé le comportement illicite après la première intervention du Secrétariat et, dans le cas de cartels durs, le fait que l'entreprise ait joué un rôle exclusivement passif ou n'ait pas mis en œuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord.

En tout état de cause, la sanction ne peut **pas dépasser le montant maximal** de 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices par l'entreprise visée (art. 49a al. 1 LCart). En cas de pluralité d'infractions, la sanction maximale est applicable par infraction et non pour l'ensemble : le montant final total des sanctions imposées à une entreprise peut donc dépasser 10% de son chiffre d'affaires des trois dernières années, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté (p. ex. : chiffre d'affaires des trois derniers exercices de CHF 10 millions, sanction maximale par infraction : CHF 1 million ; si deux infractions sont commises, la sanction maximale pourra être de CHF 2 millions, ce qui représente 20% du chiffre d'affaires des trois derniers exercices).

3. Le programme de clémence

D'après l'**art. 49a al. 2 LCart**, il est possible de renoncer, en tout ou en partie à une sanction si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence. Il s'agit du programme dit de clémence (*Kronzeugenregelung*)⁶⁰. Les conditions et la procédure à respecter en cas d'exemption ou de réduction de la sanction font l'objet des art. 8 ss OS LCart.

Pour bénéficier d'une **exemption** totale de sanction (art. 8 ss OS LCart), l'entreprise doit avoir été la première à s'autodénoncer, coopérer pleinement à l'enquête, ne pas avoir été l'instigatrice ou l'actrice principale ou avoir forcé d'autres entreprises à participer au comportement illicite, et avoir cessé d'y participer au plus tard à partir du moment de l'autodénonciation ou dès la première

⁵⁵ COMCO, Notes explicatives OS LCart, art. 3 let. c, p. 2.

⁵⁶ COMCO, Notes explicatives OS LCart, art. 3, p. 3.

⁵⁷ COMCO, Notes explicatives OS LCart, art. 4, p. 3.

⁵⁸ COMCO du 5 mars 2007, DPC 2007/2, p. 190 ss, Publigroupe, N° 335 p. 237 ; COMCO du 6 juillet 2009, DPC 2009/3, p. 196 ss, Elektroinstallationsbetrieb Bern, N° 127 p. 215.

⁵⁹ Arrêt du TF 2C_785/2022 du 16 avril 2024 consid. 5.6.3.

⁶⁰ MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence, p. 189.

injonction de l'autorité⁶¹. Si, après avoir été la première à pleinement coopérer, une entreprise conteste à tort la constatation des faits ou la qualification d'entente illicite durant la procédure, elle peut perdre son immunité complète ; elle peut néanmoins encore bénéficier d'une réduction de l'amende de plus de 50% (p. ex. 85%) si elle a contribué de manière significative à la détection de l'infraction⁶². Si une entreprise n'est plus la première à s'autodénoncer, elle ne peut bénéficier que d'une réduction partielle de la sanction.

Le **rang d'autodénonciation** se détermine pour chaque violation du droit de la concurrence : en cas de cartel de soumission (infra III.A1), il est donc toujours possible qu'une entreprise se dénonçant en deuxième ou troisième pour un projet soit néanmoins la première à informer sur un autre accord et, dans ce cas, bénéficie de l'exemption totale pour celui-ci. Vu que l'ordre d'arrivée des autodénonciations revêt une importance capitale, la Comco connaît un système de déclaration préalable (qui peut se faire notamment par courriel, par téléphone, voire dans le procès-verbal d'une perquisition) qui sert à déterminer le moment exact du dépôt de l'autodénonciation et fait foi pour déterminer le rang de l'entreprise⁶³. Cette déclaration, appelée *marker*, consiste à indiquer que l'entreprise entend soumettre une dénonciation.

Pour bénéficier d'une **réduction** (partielle) de la sanction jusqu'à 50% (art. 12 ss OS LCart), l'entreprise doit participer spontanément à la procédure et, au moment de la présentation des preuves, elle doit avoir cessé de participer à la pratique anticoncurrentielle. Le stade auquel la coopération a été fournie et la qualité de celle-ci déterminent l'importance de la réduction de la sanction⁶⁴. La réduction peut aller jusqu'à 80% si l'entreprise fournit des informations ou produit des preuves sur d'autres accords durs.

4. Un exemple de calcul de sanction (annexe 1)

En annexe 1, on trouve un tableau présentant un calcul de sanction.

III. Quelques approfondissements

A Les accords horizontaux dans la construction

La majorité des procédures concernant le secteur de la construction porte sur des accords horizontaux, ce qui justifie que nous nous concentrons en priorité sur cette catégorie. Nous traiterons dans l'ordre des cartels de soumission (1.), du cas particulier du cartel de rotation (2.), des échanges d'informations entre entreprises (3.) et au niveau des associations professionnelles (4.), et enfin d'un cas de figure qui a fait couler beaucoup d'encre : le consortium (5.).

1. Les cartels de soumission

a) La notion

Dans le processus de négociation des contrats de construction, l'étape de la soumission consiste pour les entrepreneurs à répondre à l'invitation du maître à lui présenter une offre pour l'exécution de prestations⁶⁵. Les **cartels de soumission** (*Submissionsabreden*) sont des accords entre entreprises concurrentes, qui portent sur le dépôt coordonné d'offres dans des procédures d'appel d'offres privées ou des procédures de marchés publics⁶⁶, et qui visent à influencer leur résultat.

⁶¹ COMCO du 22 avril 2013, DPC 2013/4, p. 524 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, N° 998 p. 172.

⁶² Arrêt du TAF B-645/2018 du 14 août 2023, Engadin IV, consid. 16.3.15.

⁶³ COMCO, Note programme de clémence, N° 25 p. 5.

⁶⁴ CR-Concurrence-RÖTH/BOVET, art. 49a LCart, N° 65.

⁶⁵ Art. 4 al. 1 SIA 118 ; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N° 3633.

⁶⁶ Arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 consid. A.c, Strassenbeläge Tessin ; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 21.

L'accord tend à attribuer le marché à une entreprise « protégée » par une ou plusieurs « **offres de soutien** » (ou offres de couverture ; *Schutzofferten* ou *Stützofferten*) provenant des autres participants à l'accord⁶⁷. En déposant une offre de soutien, un soumissionnaire propose un prix artificiellement plus élevé que l'offre de l'entreprise protégée pour l'aider à remporter le marché. L'offre de soutien n'en est une qu'en apparence : elle ne sert qu'à garantir l'adjudication du marché à l'entreprise protégée⁶⁸.

Les **modalités** d'un cartel de soumission sont variées⁶⁹ : (1) L'entreprise protégée communique à l'entreprise soutenance le montant à déposer, à charge pour celle-ci de rédiger son offre. (2) L'entreprise soutenue remplit elle-même l'offre de couverture au moyen d'un logiciel utilisé dans la branche et l'envoie à son concurrent qui n'a qu'à ajouter son logo. (3) Les parties s'entendent sur le gagnant de l'appel d'offres et distordent le marché en prévoyant qu'une entreprise renonce à déposer une offre, ou dépose une offre qui sera écartée en raison d'un vice formel ou de l'absence d'une condition impérative⁷⁰.

Les **motivations** de l'entreprise soutenance sont variées et multiples. Elle peut d'abord espérer obtenir un mandat de sous-traitance pour une partie des travaux. Elle peut aussi s'attendre unilatéralement à ce que l'entreprise protégée lui retourne la faveur lors d'un prochain projet, sans que cela ne fasse l'objet d'un accord entre elles⁷¹.

L'affaire récente la plus importante concerne le **canton des Grisons**. Elle a débouché sur dix enquêtes, suite à des premières perquisitions menées en octobre 2012 en Basse-Engadine. La Comco a clôturé sa première procédure en juillet 2017 et la dernière en été 2019. Aujourd'hui, le TAF a traité la quasi-totalité des recours. Parmi les 1000 projets de construction concernés, le TAF n'a corrigé la qualification juridique que pour un seul d'entre eux⁷². L'activité de la Comco ne s'arrête toutefois pas aux portes de la **Romandie**. En 2021, elle a sanctionné 8 entreprises genevoises actives dans l'installation et les services électriques⁷³. En novembre 2023, elle a ouvert une enquête dans le canton de Neuchâtel contre 3 entreprises pour leur participation à d'éventuels accords de soumission. En mars 2024, elle a étendu l'enquête à 19 entreprises au total soupçonnées d'avoir coordonné leurs offres et leurs prix entre 2013 et 2023 pour une centaine d'appels d'offres publics et privés⁷⁴. En 2024, elle a clos une enquête portant sur trois appels d'offres et une forme de coopération dans le Bas-Valais et à l'issue de laquelle elle a sanctionné une entreprise, une deuxième bénéficiant d'une exemption totale⁷⁵.

b) L'appréciation matérielle

Etant donné que la coordination des soumissions est difficile à justifier par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart ; supra II.A1), il n'y a que **deux pas** entre les entreprises impliquées et la sanction⁷⁶ :

1° L'accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart). La notion et ses trois éléments ont déjà fait l'objet de développements généraux (supra II.A1). Un cartel de soumission remplit chacun d'entre eux⁷⁷ : (1) L'« action collective consciente et voulue » réside dans le fait que les

⁶⁷ Pour une définition détaillée, cf. arrêt du TAF B-645/2018 du 14 août 2023, Engadin IV, consid. 5.

⁶⁸ COMCO du 2 avril 2013, DPC 2013/4, p. 524 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, N° 7 ; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 21.

⁶⁹ Pour des exemples, cf. COMCO du 10 mai 2021, DPC 2021/3, p. 632 ss, Installation et services électriques dans la région genevoise, N° 29.

⁷⁰ BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 5 N° 449 ; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 27.

⁷¹ Au sujet du cartel de rotation, qui nécessite un accord global, cf. infra III.A2.

⁷² Arrêt du TAF B-5172/2019 du 26 octobre 2023, Engadin II, consid. 6.7.3.14, 9.7.2 et 12.1, concernant un des projets (« Fall 9 »). Le TAF a en revanche modifié la sanction dans plusieurs procédures.

⁷³ COMCO du 10 mai 2021, DPC 2021/3, p. 632 ss, Installation et services électriques dans la région genevoise.

⁷⁴ COMCO, Communiqué de presse du 14 mars 2024.

⁷⁵ COMCO, Communiqué de presse du 20 juin 2024.

⁷⁶ TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 26 ; cf. ég. STÜSSI, Submissionsabreden, p. 76 ss.

⁷⁷ COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, Engadin I, N° 578 ss.

membres conviennent d'échanger des informations sur des projets de construction en sachant et voulant que ces échanges se traduisent par une coordination des prix de leurs offres ou par une renonciation à déposer des offres concurrentielles. (2) Un cartel de soumission est horizontal car il implique des entreprises actuellement ou potentiellement concurrentes. (3) Un cartel de soumission « vise une restriction de la concurrence » car chaque coordination a pour objet d'influencer l'appel d'offres en faveur de l'entreprise soutenue et a pour effet de fausser les prix des travaux à adjuger. Ces comportements sont objectivement susceptibles d'entraîner une limitation du libre jeu de l'offre et de la demande puisque les entreprises participantes ne fixent pas librement le prix de leurs services.

2° L'accord illicite sur les prix et sur la répartition de la clientèle (art. 5 al. 1 et 3 let. a et c LCart). On renvoie également aux développements généraux (supra II.A1), auxquels on ajoute les commentaires suivants :

(a) Lorsque des offres de soutien sont formulées, les entreprises coordonnent leurs prix en s'entendant sur les prix de leurs soumissions (fixation directe) ou, éventuellement, sur des éléments de calcul des prix (fixation indirecte) ainsi que sur la répartition des territoires ou de partenaires commerciaux : les cartels de soumission tombent donc sous le coup de l'art. 5 al. 3 let. a et/ou c LCart, qui **présume une suppression** de la concurrence (supra II.A1)⁷⁸. S'agissant du prix, ce sera également le cas si les entreprises concernées s'entendent non seulement sur le prix final, mais aussi sur un prix minimum, des rabais, des marges, des augmentations de prix, voire des modalités de paiement. Si les entreprises s'entendent uniquement sur le vainqueur de l'appel d'offres, sans fixer de prix mais en lui attribuant un projet ou un adjudicateur, on tombe aussi sous le coup de la présomption. Rappelons que cette qualification est nécessaire pour prononcer une sanction pécuniaire (supra II.C1).

(b) Pour déterminer si la présomption est renversée, il faut délimiter le marché pertinent pour identifier la présence d'une concurrence interne ou externe : faute d'accord global (infra III.A2), chaque appel d'offres constitue un marché pertinent et indépendant⁷⁹. Si le cartel est un cartel de soumission, les membres déposent des offres de soutien et il n'y a pas de concurrence interne ; quant à la concurrence externe, il s'agit de déterminer si les membres de l'accord excluaient, au moment où ils ont soumissionné, que des offres externes seraient déposées⁸⁰.

(c) Si les membres de l'accord pouvaient exclure le dépôt d'offres externes et qu'aucune n'a été déposée, il n'y a pas de renversement de la présomption, la concurrence est **supprimée** et l'accord est **illicite**.

(d) Dans le cas inverse, la présomption est renversée mais le cartel de soumission reste **illicite** car il **affecte de manière notable** la concurrence en la faussant, en empêchant le maître d'ouvrage d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et en influençant le prix qui est un paramètre de concurrence essentiel⁸¹.

En cas d'illicéité, les **mesures** ordonnées par la Comco peuvent prendre les formes suivantes :

1° Des sanctions financières (art. 49a al. 1 LCart). Le calcul d'une sanction dans un cartel de soumission portant sur un seul projet a déjà fait l'objet d'une présentation (supra II.C2). On peut ajouter les précisions suivantes :

(a) Vu que, dans un cartel de soumission individuel, chaque projet constitue le marché pertinent, le **chiffre d'affaires** pour calculer le montant de base se détermine en tenant compte du montant de l'offre remise par l'entreprise soutenue, quel que soit le partenaire concerné et l'issue de l'appel

⁷⁸ COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, Engadin I, N° 597 ss.

⁷⁹ COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 736 ss, Engadin U, N° 116.

⁸⁰ Arrêt du TAF B-652/2018 du 18 avril 2024, Engadin III, consid. 12.3, qui adopte une position subjective, alors que la Comco s'était contentée de constater l'absence de dépôt effectif d'offres par un concurrent externe (COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 756 ss, Engadin III, N° 122, 268 et 391).

⁸¹ COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 736 ss, Engadin U, N° 123.

d'offres. Ce même montant est retenu pour l'entreprise qui s'est limitée à déposer une offre de soutien⁸².

(b) Le pourcentage appliqué varie en fonction de la gravité de l'atteinte et du type de l'infraction. On tient notamment compte du fait que le cartel a supprimé la concurrence ou l'a seulement affectée notablement, mais aussi du fait que l'entreprise soutenue a obtenu ou non le marché, et du rôle joué par l'entreprise dans le cartel. On peut ainsi distinguer les situations suivantes : (1) Si le cartel a *supprimé* la concurrence, le pourcentage applicable à l'entreprise « protégée » sera de 10%, alors que 5% le sera à celle qui a déposé une offre de soutien. (2) Lorsque la concurrence est *notablement affectée* et que le cartel *a abouti*, le pourcentage appliqué à l'entreprise protégée sera 8% et celui pour l'entreprise ayant remis une offre de soutien, de 4%. (3) Enfin, lorsque la concurrence est *notablement affectée* mais que le cartel *a échoué*, par exemple parce qu'une autre entreprise a obtenu le marché, le pourcentage applicable sera 5% pour l'entreprise protégée et 2.5% pour l'entreprise ayant déposé une offre de soutien⁸³.

2° Des mesures visant à supprimer ou à empêcher des restrictions illicites (art. 30 al. 1 LCart). La Comco peut interdire certains comportements (p. ex. demander et remettre des offres de soutien, suggérer de ne pas déposer d'offres ou demander à un concurrent de ne pas le faire, échanger au sujet d'un appel d'offres en dehors de discussions de sous-traitance ou de formation d'un consortium). Selon la jurisprudence récente, le prononcé de telles mesures est admissible (1) si, lors du prononcé de la décision, il existe encore une restriction à la concurrence et qu'elle doit être éliminée, ou (2) si la mesure vise à augmenter l'effet préventif de la LCart dans le futur afin de lutter contre un danger de récidive suffisamment concret⁸⁴. Si ces conditions ne sont pas remplies, la Comco doit se limiter au prononcé d'une sanction directe⁸⁵.

c) La détection des cartels

Afin de dissuader efficacement les entreprises de participer à des cartels de soumission ou d'autres accords illicites en matière de concurrence, la Comco doit avoir les moyens de les identifier. On distingue les **techniques de détection** suivantes :

1° Les outils statistiques. Le Secrétariat a mis au point un outil de détection des cartels de soumission proactif, fondé sur les statistiques officielles des marchés publics⁸⁶. Il a utilisé pour la première fois cette méthode pour analyser rétrospectivement le cartel de l'asphalte dans le canton du Tessin (*supra* I.A) et d'autres cartels plus récents dans les Grisons⁸⁷. L'outil a ensuite permis de détecter des cartels de soumission⁸⁸.

Cet outil se fonde sur **deux prémisses** :

(a) Un cartel de soumission affecte la dispersion statistique des offres déposées : dans une phase cartellisée, les prix sont généralement plus proches les uns des autres que sur un marché concurrentiel. La variance des prix – c'est-à-dire la dispersion des valeurs à la moyenne – est moins élevée. Le calcul d'un coefficient de variation permet alors de mesurer cette modification des offres⁸⁹.

(b) Si un marché public est cartellisé, la différence entre l'offre la plus basse et la deuxième est relativement grande, tandis que celle entre la deuxième et les autres offres est plutôt réduite.

⁸² HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 644.

⁸³ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 644 s.

⁸⁴ COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 736 ss, Engadin U, N° 130 ss.

⁸⁵ Arrêt du TF 2C_782_2021 du 14 septembre 2022 consid. 4.3.3 s., 4.4 et 5.7 ; arrêt du TAF B-5179/2019 du 26 octobre 2023, Engadin II, consid. 8.4, en particulier 8.4.10.

⁸⁶ IMHOF, Statistik, p. 20 ss ; HUBER/IMHOF/ISHII, Transnational machine learning, p. 1 ss.

⁸⁷ Arrêt du TAF B-420/2008 du 1 juin 2010, Strassenbeläge Tessin ; COMCO du 19 août 2019, DPC 2020/4a, p. 1721 ss, Bauleistungen Graubünden, N° 322 ss et 335 ss.

⁸⁸ COMCO du 8 juillet 2016, DPC 2020/3a, p. 880 ss, Bauleistungen See-Gaster, N° 47.

⁸⁹ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 647 ; IMHOF, Statistik, p. 20.

Ce schéma favorise l'adjudication à l'entreprise devant remporter le marché en vertu de l'accord illicite. Les entreprises ayant formulé des offres de soutien connaissent le prix convenu et ne veulent pas donner l'impression d'être trop chères : elles s'alignent donc sur le prix de la deuxième meilleure offre⁹⁰. L'outil de détection compare alors l'écart de prix entre la première et la deuxième offre avec l'écart entre la deuxième offre et les autres offres. Lorsque cet écart dépasse un certain seuil, il s'agit d'un indice d'accord sur les prix. Cette méthode entraîne des résultats probants lorsqu'elle est répétée dans le temps sur une série de marchés publics sur plusieurs années. Les statistiques indiquent alors clairement si et quand un marché est cartellisé⁹¹.

2° L'(auto)dénonciation. La Comco peut apprendre l'existence d'accords en matière de concurrence sur la base d'une **dénonciation**, effectuée par exemple par un pouvoir adjudicateur sur la base de l'art. 45 al. 2 i.f. LMP/AIMP (supra II.B3). Par ailleurs, une partie au cartel de soumission peut s'autodénoncer dans le cadre du programme de clémence dans le but d'obtenir une exemption ou une réduction de sanction (supra II.C3).

3° La perquisition. La perquisition est une mesure coercitive à disposition des autorités de la concurrence, visant à découvrir et saisir des pièces à conviction (art. 42 LCart)⁹². Elle est régie par les art. 45 à 50 DPA, applicables par renvoi de l'art. 42 al. 2 LCart.

Une perquisition ne peut s'effectuer qu'à **condition** qu'une enquête formelle (art. 27 LCart) soit ouverte⁹³. Elle doit en principe faire l'objet d'un mandat, délivré par un membre de la présidence de la Comco (art. 48 al. 3 DPA)⁹⁴. Elle doit respecter le principe de proportionnalité et n'avoir lieu que lorsque l'autorité n'est pas en mesure d'obtenir les preuves nécessaires par un autre moyen, lorsqu'elle a de bonnes raisons de penser qu'une demande de renseignements n'aboutirait pas à la fourniture d'informations complètes et exactes, ou encore lorsqu'elle a déjà reçu des informations volontairement erronées ou incomplètes des entreprises concernées, ou enfin lorsque des éléments de preuve importants risquent d'être détruits ou dissimulés⁹⁵.

La perquisition a pour **objet** la recherche des documents physiques ou électroniques. Seules les informations contenues dans ces documents font l'objet du séquestre⁹⁶. Les supports de mémoire électroniques font l'objet de copies à titre de mesure de conservation des preuves⁹⁷. L'alternative à la copie intégrale du support est la séquestration du disque dur avant son examen en détail⁹⁸. La mesure est alors davantage paralysante pour l'entreprise visée par l'enquête, et ne convient pas pour les informations stockées dans des registres décentralisés ou des systèmes de cloud.

La perquisition **se déroule** ainsi : elle est réalisée par un fonctionnaire enquêteur à la tête d'une équipe d'investigation, accompagnée de la police⁹⁹ et d'un officier public qui veille à ce que l'opération ne s'écarte pas de son but (art. 49 al. 1 et 2 DPA)¹⁰⁰. Le fonctionnaire enquêteur justifie de sa qualité et communique le motif de la perquisition à la personne hiérarchiquement la plus élevée ou à l'occupant des locaux. La présence d'un avocat est autorisée (art. 11 PA *cum* art. 39 LCart),

⁹⁰ IMHOF, Statistik, p. 21.

⁹¹ IMHOF, Statistik, p. 21.

⁹² BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, art. 42 N° 177.

⁹³ BSK KG-BANGERTER, art. 42 N° 66 ; CR Concurrence-BOVET/SABRY, art. 42 N° 61, expliquant qu'une perquisition dans le cadre d'une enquête préalable (art. 26 LCart) se heurterait au principe de proportionnalité.

⁹⁴ Arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016 consid. 5.3.3 ; cf. ég. CR Concurrence-BOVET/SABRY, art. 42 N° 71 et 74 qui mentionnent une exception en cas de péril en la demeure.

⁹⁵ CR Concurrence-BOVET/SABRY, art. 42 N° 67.

⁹⁶ BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, art. 42 N° 182.

⁹⁷ COMCO du 18 octobre 2010, DPC 2010/4, p. 717 ss, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, N° 141, p. 733 ; COMCO du 8 juillet 2016, DPC 2020/3a, p. 880 ss, Bauleistungen See-Gaster, N° 1436 ; COMCO du 22 avril 2013, DPC 2013/4, p. 524 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, N° 22.

⁹⁸ BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, art. 42 N° 183.

⁹⁹ COMCO du 16 décembre 2011, DPC 2012/2, p. 270 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, N° 26 ; COMCO du 22 avril 2013, DPC 2013/4, p. 524 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, N° 21.

¹⁰⁰ BICKEL/WYSSLING, DIKE-KG, art. 42 N° 244 ss ; CR Concurrence-BOVET/SABRY, art. 42 N° 78.

mais la perquisition peut débiter sans l'attendre¹⁰¹. Dans ce cas, l'autorité met de côté tous les moyens de preuve découverts en son absence afin qu'il puisse s'exprimer sur leur contenu et éventuellement demander la pose de scellés lors de son arrivée¹⁰².

d) Quelques conseils pratiques

On peut tirer les **enseignements** suivants des développements consacrés aux cartels de soumission :

1° En général. Les cartels de soumission sont particulièrement dommageables. Le dépôt d'offres de soutien en faveur d'une entreprise soutenue constitue en principe un accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart) qui fixe les prix et/ou répartit les partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. a et c LCart). Ce comportement est très vraisemblablement illicite, soit parce qu'il supprime la concurrence, soit parce qu'il entraîne une affectation notable non justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart). Il fait l'objet de sanctions directes (art. 49a al. 1 LCart), dont le montant de base se fonde sur le montant de l'offre de l'entreprise soutenue auquel on applique un pourcentage qui varie en fonction du rôle joué par l'entreprise, de la gravité de la restriction à la concurrence (suppression ou affectation notable) et du succès ou non de l'accord dans l'obtention du marché.

2° Pour les adjudicateurs privés et publics. Ils peuvent prendre des mesures concrètes pour limiter la formation de cartels de soumission¹⁰³ : **(a)** Se procurer des informations sur le marché sur lequel l'appel d'offres a lieu permet de déceler plus facilement des anomalies. **(b)** Structurer un appel d'offres (p. ex. spécifications techniques, critères de qualification, critères d'adjudication) de sorte qu'un maximum de soumissionnaires y participe, favorise la concurrence. **(c)** Concevoir une procédure limitant les possibilités de communication et d'échange d'informations entre soumissionnaires, favorisant la transparence vis-à-vis du pouvoir adjudicateur (annonce de consortium) et décourageant les comportements illicites (clause pénale) va dans le même sens. **(d)** Sensibiliser le personnel gérant la procédure d'appel d'offres, analyser particulièrement les marchés présentant un risque accru et mettre en place des procédures d'annonce interne en cas de soupçons favorise la détection et a un effet dissuasif.

3° Pour les entreprises soumissionnaires. Il s'agit d'un risque entrepreneurial réel et actuel important dont les organes – p. ex. le conseil d'administration et la direction pour une SA – doivent tenir compte s'ils veulent éviter une responsabilité pour violation de leurs devoirs (art. 716 al. 1 ch. 5 et art. 717 al. 1 CO en lien avec le respect de la loi). La mise en place d'un programme de compliance passe par l'instauration d'une réelle culture d'entreprise bannissant ces comportements, l'établissement d'un code de conduite et d'un manuel concrétisant ces valeurs, par l'organisation régulière de formations du personnel, par la désignation d'une personne de contact (*compliance officer*) chargée d'effectuer un suivi régulier (*monitoring*), de documenter les mesures prises et de recueillir d'éventuelles informations, ainsi que par la prise de mesures concrètes face à une situation problématique¹⁰⁴.

2. Les particularités d'un cartel de rotation (accord global)

Le traitement de cartels de soumission individuels accapare de nombreuses ressources, car l'autorité doit examiner chaque projet séparément. Vu qu'une offre de soutien n'est en principe pas déposée par pur altruisme (supra III.A1.a), les autorités de la concurrence cherchent à identifier l'existence d'un accord chapeautant l'ensemble des comportements individuels : on parle alors d'**accord global** (*Gesamtabrede*) ou de cartel de rotation.

¹⁰¹ COMCO, Notice sur le déroulement des perquisitions, ch. 2.

¹⁰² COMCO, Notice sur le déroulement des perquisitions, ch. 3.

¹⁰³ COMCO, Combattre les cartels de soumission, p. 2 s.

¹⁰⁴ Pour plus de détails. FAVRE/BECHAALANY, Le risque concurrence, p. 83 ss ; GRÜNIGER, Compliance-Programme, p. 130 ss.

a) La notion

Par cartel de rotation (*Rotationskartell*), on entend un **accord-cadre** entre concurrents qui remplace le système de la concurrence par une coordination durable de leurs comportements pour les projets individuels situés sur un même marché (matériellement, géographiquement et temporellement) pertinent¹⁰⁵. L'accord-cadre est ensuite mis en œuvre par des accords individuels (*Umsetzungsabrede*). Ce comportement nécessite en principe un haut degré d'organisation et de convenir d'une clé de répartition, de sorte que chaque entreprise en bénéficie. Une simple pluralité d'accords individuels ne constitue pas encore un accord global, notamment si les participants changent à chaque fois ou si les entreprises ne s'entendent pas sur tous les projets compris dans le marché pertinent¹⁰⁶.

Les développements suivants se fondent sur un **exemple** jurisprudentiel, l'affaire *Engadin I*, qui porte sur trois accords globaux et onze accords individuels. Cette affaire a fait l'objet tant d'une décision de la Comco que d'un jugement du TAF, qui n'est pas définitif puisqu'un recours devant le TF est pendant¹⁰⁷. Nous nous concentrerons plus particulièrement sur la coopération entre trois entreprises entre 2008 et 2012¹⁰⁸.

b) Les conditions de l'existence d'un accord global

Les autorités suisses considèrent que l'établissement d'un accord global est une **question de fait** ; elles n'appliquent pas une liste de critères abstraits et ne se réfèrent pas non plus aux conditions du droit européen (*single and continuous infringement*)¹⁰⁹. Par conséquent, le schéma d'analyse applicable est celui de tout accord potentiellement illicite (art. 4 al. 1 et 5 LCart ; supra II.A1). Dans l'affaire *Engadin I*, le TAF s'appuie sur le **faisceau d'indices** suivant¹¹⁰ :

1° L'existence de réunions périodiques portant sur la stratégie de répartition des marchés. Ces rencontres permettaient le partage d'informations sur les futurs marchés publics et les adjudicateurs. Leur existence visait à définir une stratégie commune sur la base d'un échange d'informations et démontre la volonté d'une collaboration coordonnée.

2° L'existence d'un mode opératoire concerté. Les participants à l'accord avaient convenu que, pour chaque marché, les parties constitueraient en priorité un consortium ; dès que l'entreprise la plus petite atteignait sa limite de capacité, elle déposait ensuite des offres soutenant la plus grande pour garantir le dépôt d'un nombre d'offres suffisant.

3° Une coordination des prix pour plusieurs objets individuels. Les participants se sont coordonnés régulièrement sur les prix en définissant l'entreprise devant emporter le marché et en remettant ensuite des offres de soutien afin d'influencer l'adjudication en sa faveur (supra III.A1.a).

¹⁰⁵ Dans ce sens, pour les accords globaux, arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, *Engadin I*, consid. 39 ss, en particulier 41 et les réf. citées. Cf. ég. HEINEMANN/STÜSSI, *Submissionkartelle*, p. 643.

¹⁰⁶ BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart N° 336 ; TSCHUDIN, *Bau-Kartellrecht*, N° 24.

¹⁰⁷ COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, *Engadin I* ; arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, *Engadin I*. Pour une décision définitive, cf. COMCO du 8 juillet 2016, DPC 2020/3a, p. 880 ss, *Bauleistungen See-Gaster*.

¹⁰⁸ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, *Engadin I*, consid. 7 ss (*Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG et Bezzola Denoth AG*) ; COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, *Engadin I*, N° 250 ss et 634 ss.

¹⁰⁹ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, *Engadin I*, consid. 8 ss dont le titre combine « Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts » avec « Bestimmung des Gesamtkonsenses ». Cf. ég. BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart N° 335. Au sujet du droit européen et pour une critique, cf. TSCHUDIN, *Bau-Kartellrecht*, N° 30 s. et les réf. citées.

¹¹⁰ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, *Engadin I*, consid. 23 ss ; COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, *Engadin I*, N° 640 ss et les réf. citées.

c) Le régime applicable et les conséquences

Nous l'avons déjà dit, le régime applicable à un cartel de rotation est le même que pour tout accord potentiellement illicite (art. 4 al. 1 et 5 LCart ; supra II.A1). On peut faire les **précisions** suivantes :

1° L'accord global est un **accord dur** (art. 5 al. 3 let. a ou c LCart), même s'il doit être encore mis en œuvre par le biais d'un accord fixant le prix (*Umsetzungsabrede*) ou d'actes répartissant les partenaires commerciaux (*Umsetzungshandlungen*)¹¹¹. L'appréciation de l'accord global n'exige pas que tous les accords ou actes de mise en œuvre fassent l'objet d'un examen détaillé, au contraire de ce qui se produit lors de l'analyse d'une pluralité d'accords individuels.

2° Dans l'hypothèse où la présomption a été renversée et que l'accord global n'entraîne qu'une affectation notable de la concurrence, il faut examiner l'existence de **motifs d'efficacité économique** (art. 5 al. 2 LCart ; supra II.A1). Dans cette hypothèse, la justification d'un projet individuel n'est pas pertinente ; il faut justifier l'accord global dans son ensemble¹¹².

3° L'établissement d'un accord global a des conséquences importantes sur la **sanction** :

(a) L'**objet** de la sanction est l'accord global, à l'exclusion des accords individuels de mise en œuvre, qui n'ont donc pas besoin d'être tous prouvés séparément pour justifier une amende.

(b) Dans le **calcul** du montant (supra II.C2), le chiffre d'affaires pertinent pour le montant de base (art. 3 OS LCart) correspond à celui réalisé par chaque entreprise sur l'ensemble du marché pertinent de l'accord global. On ne tient donc pas compte que des projets individuels dont il est prouvé qu'ils auraient fait l'objet d'un accord ou d'un acte de mise en œuvre : l'autorité n'a pas besoin d'analyser tous les projets¹¹³. Vu que les projets pour lesquels une entreprise n'a pas réalisé de chiffre d'affaires ne sont intégrés ni dans le cadre du montant de base ni dans celui des circonstances aggravantes, au contraire de ce qui se passe pour les cartels de soumission individuels (supra III.A1.b), cela justifie de retenir un pourcentage élevé (*in casu* 7%) dans la formule de fixation du montant de base¹¹⁴. En outre, alors que les cartels de soumission individuels naissent et meurent avec un projet, un accord global s'étend dans la durée ce qui peut peser lourdement lors du calcul de la sanction.

(c) Sur le plan de la **prescription**, un accord global constitue une seule infraction, de sorte que la prescription de cinq ans de l'art. 49a al. 3 let. b LCart ne commence à courir qu'à l'expiration de l'accord global et non à la fin de chaque mise en œuvre. Si la dernière mise en œuvre a lieu dans ce délai, une sanction est toujours possible pour la totalité des mises en œuvre de l'accord global, car la prescription n'est pas encore acquise¹¹⁵.

4° La qualification d'un comportement en tant qu'accord global induit un effet sur l'attractivité du **programme de clémence**. Si on retient l'existence d'une pluralité d'accords illicites individuels, plusieurs entreprises peuvent avoir intérêt à s'auto-dénoncer puisqu'elles ont une chance d'être les premières à dénoncer un des accords concernés et pourront obtenir pour celui-ci une exemption totale de la sanction (supra II.C3). En revanche, en cas d'accord global, une seule entreprise occupe le premier rang lui assurant l'exemption de la sanction pour l'ensemble des projets mettant en œuvre cet accord. L'intérêt de s'auto-dénoncer est donc grand pour la première entreprise, mais diminue ensuite rapidement lorsque les entreprises savent que l'exemption ne leur est plus accessible¹¹⁶.

¹¹¹ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 76 ss., qui traite uniquement de l'art. 5 al. 3 let. c LCart.

¹¹² Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 88.

¹¹³ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 108 ; HEINEMANN/STÜSSI, *Submissionskartelle*, p. 644.

¹¹⁴ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 113.

¹¹⁵ BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart, N° 258.

¹¹⁶ BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart, N° 260.

Dans notre **exemple** (affaire *Engadin I*), le TAF a sanctionné la participation à l'accord global et non pour chaque marché public. Pour fixer la sanction, le TAF a donc tenu compte du chiffre d'affaires de chaque participant sur l'intégralité du marché (des produits, géographique et temporel) pertinent affecté par l'accord global. Pour une des entreprises, ce montant a été arrêté à CHF 83'516'935.50. Au vu de la gravité des infractions, le montant de base de l'amende a été fixé à 7% du chiffre d'affaires retenu, soit CHF 5'846'185.50. Tenant ensuite compte de la durée de l'accord de près de cinq ans, le TAF a majoré le montant de 45% pour arriver à un total de CHF 8'476'969.-. Le TAF s'est ensuite assuré que ce montant était inférieur au montant maximal de 10% du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois dernières années. Il a également envisagé une réduction de la sanction sur la base du programme de clémence (art. 12 OS LCart) : compte tenu de la participation de l'entreprise à l'enquête, le TAF a accordé une réduction totale de 70% de l'amende (40% en raison du rôle joué par l'entreprise dans la réussite de la procédure [art. 12 al. 2 OS LCart] et 30% en raison des informations et preuves produites en lien avec d'autres infractions aux règles de la concurrence [art. 12 al. 3 OS LCart]). L'amende finale prononcée s'est montée à CHF 2'543'091.-¹¹⁷.

3. Les échanges d'informations

La disparition progressive – mais pas tout à fait complète – des cartels de première génération provoque un **intérêt soutenu** de la part des autorités de la concurrence pour les échanges d'informations, un genre de coopération plus subtile qui relève plus de la « pratique concertée » que de la « convention avec ou sans force obligatoire »¹¹⁸.

a) Les fondements

Par **échange d'informations** (horizontal et indépendant), on entend une communication, bilatérale ou multilatérale, de données importantes entre entreprises concurrentes pouvant influencer leur comportement sur le marché.

Il faut **délimiter** cette notion de l'échange d'informations dépendant, où le comportement constitue également un autre type d'accord (p. ex. un cartel de soumission) et sert à sa mise en œuvre ou à sa surveillance. Le schéma d'analyse correspond alors à celui applicable au second type d'accord¹¹⁹. Ainsi, un échange d'informations à propos d'une augmentation future des prix constitue en règle générale un accord sur les prix (art. 5 al. 3 let. c LCart)¹²⁰.

Un échange d'informations indépendant ne doit pas être considéré directement de façon suspecte dans la mesure où ce comportement présente **des effets ambigus**¹²¹:

1° Des effets proconcurrentiels. (a) Les systèmes de *benchmarking* permettent aux entreprises de confronter leurs paramètres de production aux autres et de chercher ainsi à s'améliorer. (b) Les plateformes de commerce *B2B* réduisent les coûts de recherche des offreurs et demandeurs. (c) La transparence induite sur le marché par un échange d'informations permet aux acteurs de réagir plus rapidement et de mieux s'adapter à la concurrence, ainsi qu'à de plus petits ou nouveaux concurrents d'obtenir des informations qu'ils mettraient sinon des années à rassembler. (d) Les informations historiques, statistiques ou agrégées permettent de réduire les coûts, par exemple en calculant mieux le risque d'une prime d'une assurance construction. (e) Le partage d'expériences en vue de l'établissement de normes permet une amélioration des produits.

2° Des effets anticoncurrentiels. (a) La transparence favorisée par un échange d'informations peut entraîner une collusion entre les participants à l'échange. (b) Un échange d'informations peut

¹¹⁷ Arrêt du TAF B-3096/2018 du 28 novembre 2023, Engadin I, consid. 106 à 130.

¹¹⁸ Au sujet de ces notions, cf. supra II.A1 et les réf. citées.

¹¹⁹ Au sujet de ces notions, cf. supra III.A2 pour le cartel de soumission.

¹²⁰ TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 33.

¹²¹ BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart N° 115 ; cf. ég. UE, Lignes directrices horizontales 2023, N° 373 ss.

verrouiller le marché ou un marché lié en désavantageant les concurrents non-participants, notamment lorsque des données stratégiques sont échangées¹²².

Pour apprécier un échange d'informations, il faut procéder à une **analyse au cas par cas** et vérifier d'abord qu'il s'agit d'un accord en matière de concurrence selon l'art. 4 al. 1 LCart (b) et, le cas échéant, s'il remplit les exigences de l'art. 5 LCart sur les accords illicites (c).

b) Un accord en matière de concurrence ?

Pour établir un accord en matière de concurrence, il faut prouver les trois conditions relatives à l'art. 4 al. 1 LCart, déjà traitées plus haut (supra II.A1).

S'agissant de la **première condition** (l'action collective consciente et voulue), les parties à un échange d'informations ne concluent en général pas de convention (avec ou sans force obligatoire) portant expressément sur leur comportement futur sur le marché, raison pour laquelle leur comportement s'analyse en tant que **pratique concertée**. Cette notion requiert la combinaison de **trois éléments**¹²³ :

1° Une concertation entre entreprises. Il faut d'une part que l'échange d'informations soit indispensable pour rendre visible ou identifiable le comportement futur ou actuel de l'entreprise, sans quoi on a affaire à un simple comportement parallèle. D'autre part, il faut une communication minimale et des contacts réciproques. L'échange a en principe lieu par des contacts directs bilatéraux ou multilatéraux, via une plateforme mise en place par une association professionnelle ou un tiers indépendant. Dans des situations exceptionnelles, des contacts indirects peuvent constituer un échange d'informations, par exemple lorsque les concurrents passent par un fournisseur ou un client (système *Hub-and-Spoke*) ou encore utilisent le même algorithme. De même, une divulgation unilatérale d'informations commercialement sensibles d'un concurrent à un autre qui les a demandées ou acceptées peut parfois constituer un échange d'informations¹²⁴.

2° Un comportement coordonné sur le marché. Alors qu'une convention ne nécessite pas de mise en œuvre pour exister, le comportement résultant de la concertation est essentiel en l'absence d'une obligation préalable d'adopter un certain comportement. Les parties doivent se comporter conformément au contenu de leur concertation, en renonçant à définir elles-mêmes leur position et leur attitude dans le cadre de la concurrence interne et externe.

3° Un rapport de causalité entre la concertation et le comportement coordonné. Le second doit découler directement de la première. Un comportement parallèle, fruit d'une décision unilatérale, ne suffit pas.

S'agissant de la **troisième condition** (viser ou entraîner une restriction à la concurrence, cf. supra II.A1), les autorités utilisent la grille d'analyse suivante si le comportement est un échange d'informations¹²⁵ :

1° La nature des informations échangées. Les informations commercialement sensibles (prix, coûts, capacités, production, quantités, parts de marché, clients, projets d'entrée ou de sortie des marchés...) qu'une entreprise active sur un marché concurrentiel n'aurait pas intérêt à révéler à ses concurrents sont plus problématiques que d'autres (fonctionnement général d'un marché, état d'un marché, politiques publiques, questions réglementaires, questions techniques, de santé ou de sécurité, opportunités promotionnelles générales). Le caractère commercialement sensible dépend de chaque marché ; il convient d'établir que la nature des informations échangées peut, dans le

¹²² UE, Lignes directrices horizontales 2023, N° 382.

¹²³ ATF 147 II 72, JdT 2021 I 143, consid. 3.4 et 5 (accord vertical) qui parle de deux éléments reliés par un rapport de causalité. Cf. ég. BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 LCart, N° 122 ss ; cf. ég. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 4 al. 1 N° 154 et 54 ss.

¹²⁴ Pour plus de détails, cf. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 4 al. 1 N° 28 ss ; BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 N° 125 ss ; UE, Lignes directrices horizontales 2023 N° 396 ss.

¹²⁵ Pour plus de détails, cf. BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 4 al. 1 N° 130 ss ; BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 N° 646 ss et N° 133 ss (qui évoque les mêmes critères en lien avec l'existence d'une pratique concertée).

cas concret, influencer la stratégie des concurrents en réduisant l'incertitude concernant le fonctionnement du marché en question¹²⁶.

2° L'actualité des informations. Les données historiques, c'est-à-dire celles dont l'ancienneté est égale à plusieurs fois la durée moyenne de cycles de fixation de prix ou la durée moyenne des contrats, ne sont pas problématiques, alors qu'il faut une analyse individuelle pour les informations actuelles ou concernant le futur.

3° Le caractère public ou privé des informations. Les données déjà publiques ne sont pas problématiques, au contraire de celles qui ne sont pas partagées avec les concurrents dans un marché concurrentiel.

4° Le degré d'agrégation des informations. Les données agrégées sont plus facilement admissibles que les données individualisées.

5° La fréquence de l'échange. Plus la fréquence d'échanges est importante, plus elle pose de difficultés. La mesure absolue dépend toutefois du marché concerné.

6° La structure du marché. Plus le marché est concentré, plus l'échange pose problème.

c) Un accord illicite ?

Lorsqu'un échange d'informations constitue un accord en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart), il faut encore examiner s'il supprime la concurrence efficace ou s'il entraîne une affectation notable de la concurrence sans être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart ; supra II.A1).

Dans la pratique relative au secteur de la construction, les échanges d'informations qui ne constituent pas un cartel de soumission ne tombent en principe pas sous la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart et ne sont donc pas sanctionnables en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart (supra II.C1). Ils n'entraînent en principe pas non plus de suppression de la concurrence et leur illicéité ne peut donc découler que d'une affectation notable non justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart). Pour apprécier ce caractère notable, l'analyse est à la fois quantitative et qualitative et tient également compte des critères déjà mentionnés (supra III.A3.b).

d) Une illustration

L'**exemple** suivant est tiré de l'affaire *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, où le TAF annule partiellement une décision (plus sévère) de la Comco concernant l'appréciation d'un échange d'informations¹²⁷:

Le **contexte** est le suivant. Les entreprises impliquées avaient fait l'objet d'une condamnation pour leur participation à plusieurs cartels de soumission pour lesquels elles avaient soit bénéficié, soit déposé des offres de soutien. Pour un projet, appelé « *Fall 35* », l'état de fait était différent : l'entreprise visée avait participé avec d'autres concurrents à une séance d'échanges d'informations constituant en principe des secrets d'affaires, telles que l'intention de déposer une offre, l'intérêt d'un des participants à obtenir l'adjudication, les capacités disponibles, et les éléments du prix ; les entreprises n'avaient toutefois pas réussi à se mettre d'accord sur l'entreprise devant obtenir le marché ni à quel prix celui-ci devait être adjudgé¹²⁸.

¹²⁶ UE, Lignes directrices horizontales 2023, N° 385 s.

¹²⁷ Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*. Pour une décision de la Comco tenant compte de cette jurisprudence, cf. COMCO du 19 août 2019, DPC 2020/4a, p. 1721 ss, *Bauleistungen Graubünden*, N° 536 et 659 et les réf. citées, concernant des rencontres régulières entre 2006 et 2012 entre quatre entreprises (Club Quattro), qui portaient sur leur intérêt concernant des projets de construction.

¹²⁸ Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 consid. 8.7.9.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

Le TAF considère d'abord que le comportement relatif au « *Fall 35* » constituait un **accord en matière de concurrence** au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (supra II.A1), car les discussions entre concurrents et l'échange de secrets d'affaires avaient pour but d'obtenir l'adjudication des travaux en faveur de l'un des participants à l'accord, à l'insu et aux dépens du maître d'ouvrage. Cela révélait l'existence d'un comportement conscient et volontaire visant ou entraînant une restriction à la concurrence¹²⁹.

Suit l'analyse visant à déterminer l'existence d'un éventuel **accord illicite** au sens de l'art. 5 LCart. Alors que la Comco avait qualifié tous les comportements impliqués – y compris l'échange d'informations du « *Fall 35* » – d'accords fixant directement ou indirectement des prix ou d'accords opérant une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 let. a et c LCart), le TAF distingue, d'une part, les cas impliquant des offres de soutien et, d'autre part, le simple échange d'informations du « *Fall 35* ». Pour ce dernier projet, le TAF nie l'existence d'un accord fixant directement ou indirectement des prix ou d'un accord opérant une répartition en fonction des partenaires commerciaux, car les participants à la discussion ne se sont finalement pas mis d'accord sur qui devait déposer une offre et qui devait obtenir le marché, et l'entreprise visée n'a pas proposé de déposer une offre de soutien¹³⁰. Cette qualification a eu pour effet que l'échange d'informations dans le « *Fall 35* » n'a donné lieu à **aucune sanction directe**¹³¹.

Le TAF poursuit son analyse sous l'angle de l'**art. 5 al. 1 LCart**. Se fondant sur une analyse à la fois quantitative (estimations des parts de marché cumulées des participants à l'échange d'informations) et sur des considérations qualitatives (comportement proche des présomptions dures de l'art. 5 al. 3 LCart), le TAF considère que l'échange d'informations formait un **accord illicite** dans la mesure où il entraînait une affectation notable de la concurrence et qu'il n'était manifestement pas justifié par des motifs d'efficacité économique¹³².

Faute de pouvoir imposer une amende dans le « *Fall 35* », le **dispositif** de l'arrêt du TAF contient un constat de l'illicéité de l'échange d'informations et un ordre adressé à l'entreprise visée de ne plus participer à des échanges d'informations de ce type, lui-même sanctionnable en vertu de l'art. 50 LCart s'il n'est pas respecté.

e) Quelques conseils pratiques

Si des entreprises de construction souhaitent échanger des informations, il convient de **veiller aux éléments** suivants :

1° Il faut s'assurer que l'échange d'informations n'est **pas dépendant** d'un comportement appréhendé de façon plus stricte par le droit de la concurrence, tel un cartel de soumission qui tombe sous le coup de l'art. 5 al. 3 LCart et est sanctionnable en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart (supra III.A1). Dans ce cas, il faut se reporter aux conseils formulés plus haut (supra III.A1.d)).

2° L'attitude à avoir dépend avant tout de la **nature** des informations échangées¹³³ :

(a) Si les informations ne sont **pas sensibles**, il n'y a pas de précaution particulière à prendre. On pense ici aux informations concernant le fonctionnement général d'un secteur, l'état général d'un secteur, les politiques publiques et questions réglementaires, les questions techniques non confidentielles telles que les normes, la santé et la sécurité, les technologies générales non exclusives, les opportunités promotionnelles générales, les données éducatives, techniques ou scientifiques

¹²⁹ Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 consid. 9.3.4.3 et 9.4, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹³⁰ Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 consid. 10.2.3, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹³¹ Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 consid. 10.2.4, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹³² Arrêt du TAF B-807/2012 du 25 juin 2018 consid. 10.3.7.4 et 10.3.7.5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹³³ UE, Lignes directrices horizontales 2023, N° 384 ss.

profitables pour les consommateurs, enfin les informations non stratégiques nécessaires à l'établissement d'un nouveau partenariat commercial.

(b) Si les informations échangées sont **sensibles commercialement**, il faut prendre certaines précautions. Il faut notamment réduire le caractère sensible des informations, p. ex. en les agrégeant, en utilisant uniquement des données historiques et en n'échangeant que ce qui est nécessaire et proportionné pour atteindre l'objectif visé. En outre, il convient de choisir une fréquence d'échanges adaptée, de recourir à un mandataire externe ou à une *clean team* interne – composée de personnes ne participant pas aux opérations commerciales et astreintes à des règles strictes en matière de confidentialité – pour recevoir et traiter les informations qui doivent être agrégées, et de s'assurer que chaque entreprise n'a accès qu'à ses données et à celles qui sont agrégées.

3° Vu les effets concurrentiels ambigus et les résultats diamétralement opposés auxquels peut parvenir l'appréciation d'un échange d'informations sensibles, une **transparence avec les autorités** est souvent recommandable, au travers d'un conseil délivré par le Secrétariat (art. 23 al. 2 LCart) ou d'une annonce (art. 49a al. 3 let. a LCart) avant que le comportement ne déploie ses effets¹³⁴.

4. Le cas des associations professionnelles

a) Généralités

Historiquement, les associations professionnelles coordonnaient leurs membres pour les procédures de marchés publics et publiaient régulièrement des recommandations de prix, de tarifs ou d'honoraires. Ces recommandations équivalent à un accord entre concurrents rassemblés au sein d'une association professionnelle et sont problématiques parce qu'elles portent sur la fixation du prix (art. 4 al. 1 et 5 al. 3 LCart ; supra II.A1).

Pour demeurer dans la légalité, deux **solutions principales** s'offrent aux associations :

1° **Les échanges d'informations licites**. Nous pouvons renvoyer aux développements précédents (supra III.A3). On pense notamment aux outils de *benchmarking* dont les données sont récoltées (représentatives, exactes, mesurables et actuelles) et traitées correctement (par un tiers indépendant, présentant la dispersion statistique, et accessibles à tous les acteurs)¹³⁵.

2° **Les schémas de calcul**. En 1998, la Comco a clarifié l'admissibilité des accords sur l'utilisation des schémas de calcul au moyen d'une communication¹³⁶. Par schémas de calcul, on entend les indications générales et les bases de calcul standardisées qui permettent aux utilisateurs de calculer et d'évaluer les coûts de leurs produits ou de leurs services en vue de la détermination ou de l'évaluation de leurs prix de vente. Selon la Comco, un accord peut être justifié si le contenu des schémas de calcul est limité aux données et formules servant à calculer les coûts ou à déterminer les prix, si les parties sont libres de déterminer les conditions de prestation ou de livraison ainsi que d'accorder des rabais et autres réductions de prix et si le schéma en question ne contient pas d'échanges d'informations pouvant renseigner sur le comportement effectif des parties lors de l'établissement d'offres ou sur la détermination des prix finaux et conditions (art. 3 Communication schémas de calcul). En outre, un accord n'est en règle générale pas justifié lorsqu'il impose des forfaits absolus ou relatifs pour le décompte des frais généraux ou lorsqu'il impose ou propose aux parties des marges, des rabais et autres éléments de prix ou des prix finaux (art. 4 Communication schémas de calcul).

¹³⁴ Au sujet de ces démarches, cf. notamment, BSK KG-BANGERTER, art. 23 N° 48 ss ; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 49a N° 181 ss.

¹³⁵ Dans ce sens, TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 52 et les réf. citées.

¹³⁶ COMCO, Communication concernant les conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul, du 4 mai 1998. Cf. ég. arrêt du TAF B-7756/2015 du 16 août 2022 consid. 8 ss et 8.8.

Depuis la jurisprudence *Gaba* (supra II.A1), la Comco et son Secrétariat ont **remis en cause** plusieurs outils développés par les associations professionnelles ou les groupements de maîtres d'ouvrage. Nous évoquerons ci-après les plateformes d'annonces de la SSE (b.), les tarifs de régie de la SSE (c.), les règlements sur les prestations et honoraires de la SIA (d.) et les recommandations de la KBOB relatifs aux honoraires de planificateurs (e.).

b) Les plateformes d'annonces de la SSE

Les plateformes d'annonce de la Société suisse des entrepreneurs (SSE) ont une longue **histoire**. Au début des années 2000, le Secrétariat avait indiqué que le *Wettbewerbsreglement* de la SSE (règlement concernant les concours) posait problème dans la mesure où il imposait aux entreprises déposant une offre de s'annoncer auprès de la SSE, qui informait ensuite tous les autres participants et était autorisée à organiser des réunions préalables¹³⁷. Vu les réserves émises par le Secrétariat, la SSE a modifié son règlement en 2002 et la procédure a été classée.

En 2009, la Comco a découvert, durant les enquêtes *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau* et *Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*, que les entreprises participant à ces cartels de soumission utilisaient toujours les plateformes d'annonce des sections cantonales de la SSE pour se coordonner. Par conséquent, le Secrétariat a ouvert une **enquête préalable en 2013** afin d'acquérir une vue d'ensemble. Il a constaté que certaines sections réunissaient toujours les informations sur les entreprises intéressées à participer à des appels d'offres, puis les mettaient à disposition de toutes celles qui s'étaient annoncées¹³⁸. Plus tard, l'enquête menée dans la procédure *Engadin I*¹³⁹ a révélé que ce système était aussi utilisé par la section grisonne de la SSE jusqu'en 2008 pour organiser des réunions préalables au cours desquelles des centaines de cartels de soumission furent formés¹⁴⁰. Pour cette raison, la Comco a infligé à la SSE grisonne le paiement d'une partie des coûts de procédure dans l'affaire *Engadin I*¹⁴¹.

Le Secrétariat a conclu que l'échange d'informations (supra III.A3) via les plateformes cantonales de la SSE permettait aux participants de communiquer leur intérêt à participer à un appel d'offres et de prendre connaissance de l'intérêt des autres. Dans son rapport final, il a constaté qu'il existait des **indices d'un accord illicite** au sens de l'art. 5 LCart, car ce système favorisait la formation de cartels de soumission et, même sans formation de cartel, la transparence créée pouvait influencer de façon substantielle le comportement des soumissionnaires en leur indiquant le nombre et l'identité des concurrents auxquels ils feraient face¹⁴².

À la suite de cette procédure, les sept sections cantonales de la SSE disposant encore d'un système d'annonce ont **renoncé à poursuivre son utilisation**.

c) Les tarifs de régie de la SSE

Jusqu'au milieu des années 2010, la SSE publiait régulièrement des **tarifs de régie**. Il s'agissait de taux (prix à l'heure) fixés par région et pour une période déterminée, selon des catégories de main d'œuvre et de prestations¹⁴³. Ces tarifs de régie étaient intégrés au contrat et servaient à calculer la rémunération de l'entrepreneur sans avoir besoin de le faire sur la base de l'art. 374 CO¹⁴⁴.

À la suite de l'intervention des autorités de la concurrence, la SSE **a renoncé** aux tarifs de régie. Depuis 2018, la SSE et la Communauté d'intérêts des maîtres d'ouvrage professionnels privés

¹³⁷ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands, DPC 2003/4, p. 726 ss N° 3.

¹³⁸ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Meldesysteme Baumeisterverbände, DPC 2014/2, p. 373 ss N° 13.

¹³⁹ COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, Engadin I.

¹⁴⁰ HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle, p. 640 s.

¹⁴¹ COMCO du 26 mars 2018, DPC 2019/2, p. 322 ss, Engadin I, N° 1109.

¹⁴² SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Meldesysteme Baumeisterverbände, DPC 2014/2, p. 373 ss, N° 83.

¹⁴³ TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N° 4033.

¹⁴⁴ Arrêt du TF 4A_238/2021 du 8 février 2022 consid. 2.3.

(CIMP) publient ensemble des « **aides à la calculation** pour les travaux en régie », qui se fondent sur des enquêtes empiriques et statistiques, qui sont mises à jour annuellement et vérifiées par une entité indépendante¹⁴⁵.

d) Les Règlements sur les prestations et honoraires (RPH) SIA 102 ss

En 2017, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant les **RPH SIA 102 ss**¹⁴⁶, en particulier l'art. 7 (calcul d'honoraires d'après le coût d'ouvrage déterminant le temps nécessaire). Il était d'avis que les décisions prises au sein de la SIA, en particulier par ses commissions, son assemblée des délégués et par les membres qui avaient signé une charte, constituaient des conventions visant une restriction de la concurrence (art. 4 al. 1 LCart) et que l'art. 7 RPH SIA constituait une recommandation d'honoraires, laquelle devait être qualifiée d'accord sur une des composantes du prix, à savoir le nombre d'heures défini pour la réalisation d'un ouvrage représentant un certain coût. Les formules figurant dans les RPH SIA 102 ss constituaient ainsi au minimum des accords affectant notablement la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, voire des accords en matière de prix au sens de l'art. 5 al. 3 LCart (supra II.A1)¹⁴⁷. Après avoir adopté une solution intérimaire en 2018, l'édition 2020 des RPH SIA 102 ss **ne contient plus d'art. 7**¹⁴⁸.

Quelques **commentaires** à ce sujet :

1° Ainsi que nous l'avons déjà écrit¹⁴⁹, les **contrats déjà conclus** qui intègrent une ancienne version des RPH SIA 102 ss ne constituent pas un accord illicite et conservent leur validité.

2° Les **contrats à conclure** peuvent intégrer d'anciennes éditions des RPH SIA 102 ss. En revanche, les parties prendront soin d'utiliser une formule contractuelle adaptée à l'édition retenue : la formule SIA 1001/1 actuellement en ligne est en effet adaptée à la version 2020 du RPH SIA 102.

3° Si les parties veulent convenir d'une **rémunération en fonction du coût de l'ouvrage** déterminant le temps nécessaire, elles veilleront à intégrer soit une version ancienne du RPH SIA concerné, soit à intégrer l'édition 2020 en y ajoutant l'art. 7 d'une version précédente. Les parties doivent toutefois être conscientes que les coefficients z1 et z2 ne sont ni publiés ni mis à jour depuis 2016 et qu'elles devront donc les fixer dans le cadre de leurs négociations.

A l'heure où ces lignes seront publiées, la SIA aura vraisemblablement mis en consultation une **nouvelle version des RPH SIA 102 ss**. Ceux-ci ne devraient pas contenir de disposition remplaçant l'art. 7 RPH SIA 102 (2014), mais tout au plus des lignes directrices générales rappelant les éléments qu'un système de détermination du temps nécessaire d'après les coûts de l'ouvrage devrait contenir. Une possibilité serait qu'un ou des tiers indépendants mettent sur le marché des outils offrant ce genre de services¹⁵⁰. Pour être admissible, un tel système devrait répondre à une **double exigence** :

1° La récolte des données. Les données utilisées devront être représentatives et reposer sur des critères objectivement mesurables (objet, dimensions, surface, volumes...). Leur récolte se fera par un tiers indépendant, qui devra garantir leur exactitude et leur actualité.

2° Le traitement des données. Les données seront agrégées et évaluées par un tiers indépendant. Le traitement ne peut pas inclure des appréciations subjectives mais uniquement des constats empiriques. Le résultat devra présenter la dispersion des données au moyen de quantiles et ne pourra se limiter à la communication d'une moyenne. Enfin, l'information devra être accessible tant pour

¹⁴⁵ A ce sujet, BUCHER, *Kalkulationshilfen*, p. 183 ss.

¹⁴⁶ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, *SIA-Honorarordnungen*, DPC 2019/2, p. 284 ss.

¹⁴⁷ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, *SIA-Honorarordnungen*, DPC 2019/2, p. 284 ss, N° 50 ss et 77.

¹⁴⁸ A ce sujet, cf. CARRON, *SIA 102*, p. 89 s.

¹⁴⁹ CARRON, *SIA 102*, p. 100 ss.

¹⁵⁰ Dans ce sens, SECRÉTARIAT DE LA COMCO, *SIA-Honorarordnungen*, DPC 2019/2, p. 284 ss N° 89.

les planificateurs que pour les maîtres d'ouvrage et être restituée de façon compréhensible pour tous¹⁵¹.

Dans cette optique, la SIA, avec des chercheurs de l'EPFZ, a développé une **Value App**, destinée à remplacer l'art. 7 RPH SIA 102 ss et à estimer le temps nécessaire pour réaliser des prestations d'architectes déterminées en introduisant les données décrivant l'objet à réaliser. Afin de garantir la conformité de cette solution avec le droit de la concurrence, la SIA a sollicité une consultation de la part du Secrétariat (art. 23 al. 2 LCart), publiée en 2023¹⁵².

Dans sa **description de l'état de fait**, le Secrétariat développe les facteurs utilisés pour évaluer le temps nécessaire, à savoir le type de tâche (nouvelle construction, agrandissement, transformation), l'usage qui en sera fait (habitation, travail, production, stockage, formation et recherche, soins et guérison), la surface de plancher, la complexité structurelle, technique, spatiale et organisationnelle, les risques liés au maître d'ouvrage, les exigences relatives au système de gestion de qualité du projet. Il s'intéresse ensuite aux données utilisées, à leur traitement et à leur accessibilité¹⁵³.

Dans son **appréciation juridique**, le Secrétariat retient qu'il s'agit d'une convention entre concurrents mais qu'elle n'entraîne ni ne vise une restriction à la concurrence : il ne s'agit donc **pas d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart** (supra II.A1)¹⁵⁴. Il justifie sa conclusion par le fait que les membres de la SIA ne doivent pas l'utiliser, que la Value App n'entraînera pas une modification des prix du marché parce qu'elle est individuellement adaptable, que la manière de rassembler et de traiter les données empêchera de retrouver les prix d'offres spécifiques. Pour que la Value App donne une estimation correcte du temps effectivement nécessaire, le Secrétariat souligne que l'outil devra définir clairement les propriétés de l'objet à construire, qu'il conviendra de présenter de façon transparente les prévisions aux utilisateurs, en indiquant notamment un intervalle de prévision au sens statistique du terme, et que la base de données devra constamment être améliorée et vérifiée par un tiers indépendant afin de conserver son caractère représentatif¹⁵⁵.

e) Les recommandations de la KBOB relatives aux honoraires de planificateurs

À la suite de l'intervention des autorités de la concurrence, la **KBOB** a supprimé depuis 2017 les taux horaires maximum qui figuraient dans ses Recommandations relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs. Dorénavant, ce guide ne comprend plus que des explications générales et une liste des différentes manières de calculer les honoraires. Il précise également que les honoraires d'après le coût d'ouvrage déterminant le temps nécessaire n'était applicable que jusqu'en 2019 et que la SIA est en train d'élaborer un nouveau modèle de calcul¹⁵⁶.

Sans disposer de l'analyse concurrentielle effectuée à l'époque, certains s'étonnent que l'on n'ait pas davantage tenu compte du fait que les recommandations de la KBOB, en tant qu'accords d'achat groupé, pouvaient conduire tant à des effets anticoncurrentiels (entente entre acheteurs, entente entre vendeurs) qu'à des effets pro concurrentiels (gains d'efficacité sous forme d'économies de coûts, de baisse des prix, de réduction des coûts de production et de transaction)¹⁵⁷.

¹⁵¹ Dans ce sens, SECRÉTARIAT DE LA COMCO, SIA-Honorarordnungen, DPC 2019/2, p. 284 ss N° 93 s.

¹⁵² SECRÉTARIAT DE LA COMCO, SIA-Value App, DPC 2023/1, p. 100 ss.

¹⁵³ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, SIA-Value App, DPC 2023/1, p. 100 ss N° 6 ss.

¹⁵⁴ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, SIA-Value App, DPC 2023/1, p. 100 ss N° 27.

¹⁵⁵ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, SIA-Value App, DPC 2023/1, p. 100 ss N° 23 ss.

¹⁵⁶ KBOB, Recommandations relatives aux honoraires de mandataires - 2024, p. 1 ss et p. 3 ; cf. ég. ZUFFEREY, Nouveautés 2020, N° 33.

¹⁵⁷ Dans ce sens, TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 53 ss. Pour une présentation des divers effets, cf. UE, Lignes directrices horizontales 2023, N° 273 ss.

5. Les consortiums

a) La notion

Par **consortium** (*Arbeitsgemeinschaften* ou « *ARGE* » ; *Bietergemeinschaft* ou « *BIEGE* »), on entend la communauté formée par plusieurs entreprises qui soumissionnent ensemble dans la perspective de l'obtention et/ou de l'exécution d'un projet de construction. Ces entreprises coopèrent pour une période en principe limitée¹⁵⁸ et concluent en principe un contrat de société simple au sens des art. 530 ss CO¹⁵⁹.

Dans les discussions doctrinales mais surtout **politiques**, le consortium a fait beaucoup parler de lui au cours des dernières années, plusieurs voix agitant le spectre que la jurisprudence *Gaba* (supra II.A1) risquait d'entraîner l'interdiction de cette institution importante pour le secteur économique suisse de la construction¹⁶⁰.

b) Un accord en matière de concurrence ?

Lors de l'évaluation d'un consortium en matière de concurrence, la première question concerne sa qualification en tant qu'**accord en matière de concurrence** au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (supra II.A1).

Un consortium remplit en principe toujours la condition de l'action collective consciente et voulue, car il s'agit la plupart du temps d'une convention avec force obligatoire¹⁶¹. Il faut encore examiner la deuxième, à savoir déterminer si les membres du consortium occupent le même marché, cas échéant à un échelon identique ou différent, et la troisième, c'est-à-dire **déterminer si le consortium « [vise ou entraîne] une restriction à la concurrence »**¹⁶². Pour procéder à cet examen, le test applicable consiste à déterminer si la présence du consortium entraîne une augmentation ou une diminution du nombre d'offres finalement déposées. On distingue **trois hypothèses**¹⁶³ :

1° La formation du consortium entraîne un nombre plus élevé d'offres que celles qui auraient été déposées en son absence, car ses membres auraient renoncé à une offre individuelle.

Vu que cette décision repose sur des **considérations entrepreneuriales**, la simple possibilité objective de déposer une offre individuelle ne suffit pas à invalider cette hypothèse. Les autorités de la concurrence devraient s'imposer une certaine retenue si les entreprises participantes avancent des arguments raisonnables et pertinents d'un point de vue économique, notamment s'ils ont trait à la taille et aux compétences de l'entreprise, au niveau de risque financier ou d'investissement exigé par le projet, ou encore les capacités actuelles et futures de l'entreprise appréciées à la lumière des exigences contractuelles¹⁶⁴.

C'est par **exemple** le cas lorsque des entreprises non concurrentes mais complémentaires (p. ex. une entreprise de génie civil, un bureau de planificateurs et/ou avec une entreprise de second œuvre) forment un consortium pour la réalisation d'un projet¹⁶⁵. Ce peut aussi être le cas lorsque des concurrents directs s'allient pour déposer une offre. Les raisons justifiant un tel choix sont

¹⁵⁸ Cf. toutefois SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 6 octobre 2020, DPC 2021/1, p. 90 ss, Dauer-ARGE Graubünden.

¹⁵⁹ ATF 118 II 313, JdT 1993 I 567, consid. 3a et 3b ; TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats spéciaux, N° 8657. On souligne que, du point de vue du droit de la concurrence, la nature juridique du consortium ne joue aucun rôle. Pour une présentation générale en droit de la concurrence. cf. MAGNIN, ARGE, p. 450 ss ; STÜSSI/LÜTHI, ARGE, p. 205 ss ; TODISCO, ARGE, p. 102 ss.

¹⁶⁰ Cf. DENZLER, R.I.P. ARGE, p. 113 ss.

¹⁶¹ Dans ce sens, SCHALLER/KRAUSKOPF, ARGE, p. 181.

¹⁶² BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 5 N° 553.

¹⁶³ SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 6 octobre 2020, DPC 2021/1, p. 90 ss, Dauer-ARGE Graubünden, N° 169 ss.

¹⁶⁴ UE, Lignes directrices horizontales 2023, n. 353. Plus sévères, BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 5 N° 556 qui exigent une analyse d'un point de vue objectif.

¹⁶⁵ COMCO, Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, DPC 2006/2, p. 408 ; SCHALLER/KRAUSKOPF, ARGE, p. 196.

potentiellement multiples : critère d'aptitude manquant, garanties financières insuffisantes, know-how, équipement ou personnel insuffisant, barrières à l'entrée sur le marché, procédure sur invitation à laquelle un membre n'est pas invité, risques trop importants du point de vue financier ou de la capacité.

Dans cette hypothèse, le consortium ne constitue **pas un accord en matière de concurrence** au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, faute de réunir des entreprises actives sur le même marché ou faute de viser ou d'entraîner une restriction de la concurrence (supra II.A1). L'analyse concurrentielle s'arrête là et le consortium est **licite**¹⁶⁶.

Fait **exception** le cas d'un consortium qui dissimulerait un cartel de soumission (supra III.A1). On pense à un consortium dormant (*stille ARGE*), c'est-à-dire lorsqu'une seule entreprise apparaît comme partenaire contractuel vis-à-vis du maître de l'ouvrage, sans l'informer du fait qu'elle entend partager la réalisation des prestations avec d'autres entreprises qui ont déposé individuellement des offres de soutien, à un prix artificiellement élevé, pour faire croire à l'existence d'une concurrence¹⁶⁷. Ces consortiums sont sujets à caution¹⁶⁸, raison pour laquelle les autorités de la concurrence imposent parfois à l'issue d'une enquête une obligation de transparence à l'égard des entreprises sanctionnées qui souhaitent former à l'avenir des consortiums¹⁶⁹.

2° La formation du consortium ne modifie pas le nombre d'offres. Sans consortium, seul un de ses membres aurait formulé une offre individuelle. Il ne s'agit pas non plus d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (supra II.A1), exception faite du cas où l'offre du consortium est moins bonne que celle du membre individuel parce que le prix proposé – qui peut être le résultat d'un cartel de soumission (supra III.A1) – est finalement plus élevé.

3° La formation du consortium entraîne une diminution du nombre d'offres. Dans cette hypothèse, le consortium aura pour but (« vise ») ou, au moins, pour effet (« entraîne ») de restreindre la concurrence, notamment parce qu'il empêche au moins une entreprise participante de déposer une offre individuelle alors qu'elle l'aurait fait en l'absence de consortium. Un tel comportement doit en principe être qualifié d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (supra II.A1)¹⁷⁰. Les avis divergent quant à l'admission d'une exception¹⁷¹. Une partie de la doctrine considère qu'il n'y a pas d'accord en matière de concurrence si le consortium offre un prix plus bas que les offres individuelles des entreprises¹⁷². Le Secrétariat adopte un point de vue semblable lorsque l'offre du consortium est manifestement (*offensichtlich*) meilleure. Un dernier courant doctrinal est d'avis que l'appréciation d'effets ambigus sur la concurrence devrait avoir lieu lors de l'examen de la licéité d'un accord en matière de concurrence (infra III.A5.c) et non en lien avec la définition d'un tel accord.

c) Un accord illicite ?

Les partenaires à un consortium doivent en principe fixer le prix de leurs prestations. Si l'on conclut à l'existence d'un accord en matière de concurrence en vertu de l'art. 4 al. 1 LCart (supra III.A5.b), un tel comportement constituera en principe automatiquement un **accord sur la**

¹⁶⁶ En dépit du fait que le consortium n'est pas un accord en matière de concurrence, il n'est toutefois pas exclu que des échanges d'informations dépendants ne se limitant pas à ce qui est nécessaire pour mener les négociations du consortium doivent faire l'objet d'un examen approfondi (à ce sujet, cf. supra III.A3.a).

¹⁶⁷ COMCO du 22 avril 2013, DPC 2013/4, p. 524 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, N° 11.

¹⁶⁸ BIRKHAUSER, Bau, p. 77.

¹⁶⁹ P. ex. COMCO du 6 juillet 2009, DPC 2009/3, p. 196 ss, Elektroinstallationsbetrieb Bern, dispositif ch. 2 ; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, art. 5 N° 551.

¹⁷⁰ COMCO, Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes, DPC 2006/2, p. 408 ; SCHALLER/KRAUSKOPF, ARGE, p. 182.

¹⁷¹ Sur l'ensemble de la question, cf. MAGNIN, ARGE, p. 458 s. et les réf. citées.

¹⁷² STÜSSI/LÜTHI, ARGE, N° 1.

fixation des prix (art. 5 al. 3 let. a LCart), ce qui entraîne une présomption (réfragable) de suppression de la concurrence (supra II.A1)¹⁷³.

Si la concurrence résiduelle est suffisante, la **présomption de suppression de concurrence** est renversée¹⁷⁴. Ce sera notamment le cas si l'on se trouve dans un marché pertinent où il y a d'autres projets pour lesquels les membres du consortium font des offres individuelles (concurrence interne) ou s'il y a d'autres entreprises ou d'autres consortiums qui déposent des offres pour le même projet (concurrence externe). Il faut alors examiner si le consortium affecte de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart ; supra II.A1).

En vertu de la jurisprudence *Gaba* (supra II.A1)¹⁷⁵, les accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart **affectent en principe notablement la concurrence**, simplement parce qu'ils sont qualitativement suffisamment dommageables pour la concurrence. Il n'est donc pas nécessaire d'entreprendre une analyse quantitative exigeant une analyse économique détaillée¹⁷⁶.

Même si un consortium affecte de manière notable la concurrence, il n'est illicite en vertu de l'art. 5 LCart que s'il n'est pas justifié par des **motifs d'efficacité économique**¹⁷⁷. Cette exigence permet notamment de tenir compte de l'existence d'un meilleur rapport qualité-prix de l'offre en raison de la combinaison des qualités des membres du consortium ou en raison de considérations relatives à la meilleure gestion des risques ou de la capacité. Pour que l'art. 5 al. 2 LCart s'applique, il faut la réunion de trois conditions (supra II.A1), au sujet desquelles nous pouvons faire les **commentaires suivants** :

1° S'agissant de la **première condition** – l'accord doit réaliser un motif d'efficacité – les parties peuvent notamment invoquer que l'offre commune du consortium est plus avantageuse que des offres individuelles séparées, non seulement pour démontrer qu'il ne s'agit pas d'un accord en matière de concurrence (supra III.A5.c), mais aussi pour établir le motif d'efficacité relatif à la **réduction des coûts de production**. A certaines conditions, un consortium pourrait aussi réduire les risques liés à l'exécution du projet, notamment en cas d'obtention d'un nombre tel d'adjudications qu'il deviendrait difficile de les réaliser toutes dans les temps et la qualité requise¹⁷⁸. En revanche, un consortium ne peut pas être justifié s'il a pour but de lutter contre le risque des membres du consortium de ne pas obtenir assez de marchés.

2° S'agissant de la **deuxième condition** – l'accord doit être « nécessaire », c'est-à-dire répondre aux exigences du principe de proportionnalité, que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens étroit – les membres du consortium devront non seulement établir l'adéquation de leur comportement pour atteindre l'efficacité économique désirée, mais aussi prouver sa **nécessité** et le fait qu'il est proportionnel au sens étroit¹⁷⁹. Afin de faciliter la preuve de ces éléments, les entreprises doivent limiter au strict nécessaire les informations échangées pour former le consortium et documenter individuellement les raisons pour lesquelles elles ont jugé nécessaire de former un consortium pour réaliser les gains d'efficacité recherchés pour le projet en question.

3° Dans l'enquête préalable consacrée aux consortiums, le Secrétariat a examiné et **accepté une justification fondée sur les motifs d'efficacité** économique, ce qui n'est pas loin de constituer une première dans la pratique des autorités de la concurrence¹⁸⁰.

¹⁷³ ATF 143 II 297 consid. 4.1.

¹⁷⁴ Voir p. ex. COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 736 ss, Engadin U, N° 122.

¹⁷⁵ ATF 143 II 297 consid. 5.2.5 ; arrêt du TAF B-880/2012 du 25 juin 2018 consid. 10.3.1, Sanktionsverfügung - Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.

¹⁷⁶ ATF 143 II 297 consid. 5.2.2 ; COMCO du 8 juillet 2016, DPC 2020/3a, p. 880 ss, Bauleistungen See-Gaster, N° 1268.

¹⁷⁷ COMCO du 2 octobre 2017, DPC 2018/4, p. 736 ss, Engadin U, N° 127.

¹⁷⁸ SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 6 octobre 2020, DPC 2021/1, p. 90 ss, Dauer-ARGE Graubünden, N° 190 ss et 196.

¹⁷⁹ SCHALLER/KRAUSKOPF, ARGE, p. 193.

¹⁸⁰ SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 6 octobre 2020, DPC 2021/1, p. 90 ss, Dauer-ARGE Graubünden, N° 190 ss, 199 et 202.

d) Un schéma d'analyse (annexe 2)

En annexe 2, nous proposons, à la suite d'autres auteurs et conférenciers¹⁸¹, un schéma pour l'analyse d'un consortium selon la LCart.

e) Quelques conseils pratiques

Voici quelques **conseils pratiques** pour les entreprises constituant des consortiums¹⁸² :

1° Il faut veiller à la **formation et à la sensibilisation des collaborateurs** impliqués dans l'établissement des offres en lien avec la question de l'admissibilité des consortiums.

2° Lors de la formation d'un consortium, le premier point est d'identifier et, si possible, de **documenter les raisons de sa constitution**. A cette fin, on peut utiliser un schéma proche de celui annexé (annexe 2) et/ou rédiger une note de synthèse. La vérification par un pair (« principe des quatre yeux ») de la plausibilité des motifs est certainement bénéfique. Chaque partenaire du consortium peut procéder individuellement à cet examen. Si, toutefois, la constitution du consortium entraîne une réduction du nombre total d'offres, il est alors conseillé de procéder à une vérification commune approfondie de sa justification, par exemple en vue de prouver que l'offre commune déposée est meilleure que celles que les membres déposeraient individuellement.

3° La présence de **certaines particularités** – qui n'entraînent pas à elles seules l'illicéité d'un consortium – nécessitent un examen détaillé, idéalement accompli par un spécialiste de droit de la concurrence : (1) les consortiums sont formés toujours avec le même concurrent ; (2) les projets obtenus sous forme de consortium sont finalement exécutés par un seul partenaire ; (3) un consortium est formé avec le seul concurrent existant ou avec le concurrent le plus sérieux.

4° Durant les négociations de formation du consortium et l'exécution des prestations, il convient de **limiter l'échange d'informations à ce qui est nécessaire** pour le projet. Si cela est faisable humainement et logiquement, on peut mettre sur pied une équipe de négociation (*clean team*) qui garde confidentielles les informations échangées à cette occasion.

B L'abus de position dominante et de pouvoir de marché relatif

1. Le constat : La (quasi-)absence d'abus

Si l'on excepte le domaine particulier des décharges, gravières et centrales d'enrobage (infra III.B4), peu de décisions traitent d'**abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif** en lien avec le secteur de la construction. Cette discrétion s'explique notamment par la présence de nombreux acteurs et la structure atomisée du marché, de sorte que peu ou pas d'entreprises détiennent une position dominante ou un pouvoir de marché relatif (supra II.A2). Dans ce contexte, les éléments suivants sont toutefois d'intérêt : les nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif (2.), la puissance d'achat de la main publique (3.), ainsi que le cas particulier des gravières et décharges (4.).

2. Les nouvelles règles sur le pouvoir de marché relatif

a) La modification de la LCart entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022

En 2021, le Parlement fédéral a approuvé un contre-projet à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté » et a modifié la LCart en adoptant trois **nouvelles dispositions** entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022. La première est l'art. 4 al. 2^{bis} LCart qui prévoit que « par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et

¹⁸¹ MAGNIN, ARGE, p. 465 et les réf. citées.

¹⁸² Cf. ég. MAGNIN, ARGE, p. 464 et les réf. citées ; TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht, N° 46.

raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises ». La deuxième modifie l'art. 7 LCart en élargissant son champ d'application aux abus de pouvoir de marché relatif et en prévoyant un nouvel abus qui concerne « la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger » (art. 7 al. 2 lit. g LCart)¹⁸³. La troisième précise à l'art. 49a LCart que les abus « de position dominante » sont directement sanctionnables, excluant ainsi les abus de pouvoir de marché relatif en vertu d'un silence qualifié.

Ces dispositions n'ont **pas encore été appliquées au secteur de la construction**. Néanmoins, certaines voix ont émis l'hypothèse, voire le vœu que ces règles puissent jouer un rôle, raison pour laquelle il se justifie de présenter brièvement le régime applicable (b).

b) Le régime applicable

Les développements qui suivent se **fondent** principalement sur la Note explicative de la Comco sur le pouvoir de marché relatif¹⁸⁴, qui date du 6 décembre 2021, ainsi que sur la première décision de la Comco, *Frenesius Kabi* datant du 24 juin 2024 et publiée en ligne¹⁸⁵. Il existe également une décision du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne datant du 13 décembre 2023¹⁸⁶.

Afin de déterminer si une entreprise dispose d'un pouvoir de marché relatif, il faut examiner les **trois critères suivants** :

1° La dépendance. Ce critère consiste à examiner si l'entreprise qui allègue être confrontée à un pouvoir de marché relatif dispose de « possibilités suffisantes et raisonnables » de se tourner vers d'autres partenaires commerciaux. La dépendance peut avoir diverses causes : un détaillant dépend de la présence de produits de certains producteurs dans son assortiment ; un offreur dépend de certains demandeurs parce qu'il n'en existe pas d'autres ; une dépendance peut aussi découler d'une relation commerciale à long terme¹⁸⁷.

L'examen de la dépendance nécessite de procéder en **trois étapes**¹⁸⁸ : **(1) Il faut déterminer si d'autres possibilités suffisantes** existent pour l'entreprise prétendument dépendante. Il s'agit d'une question de fait. L'entreprise dépendante doit tenter de trouver d'autres solutions. Sa perception subjective n'est pas pertinente, on se fonde sur des critères objectifs, tels que les caractéristiques du produit, les conditions commerciales, la réputation du partenaire commercial, la fidélité des consommateurs, la part de marché de l'entreprise potentiellement puissante. **(2) Sur la base des autres possibilités existantes, il faut ensuite identifier les conséquences d'un changement.** Pour cela, il faut comparer la situation actuelle avec la meilleure autre opportunité qui s'offre à l'entreprise prétendument dépendante. On recourt à un scénario hypothétique et tente d'identifier les pertes de chiffres d'affaires, les hausses des dépenses et, avant tout, la diminution du bénéfice¹⁸⁹. Les aspects probatoires sont complexes car il s'agit d'un scénario futur, multifactoriel et qui peut évoluer dans le temps. Il faudra souvent se contenter d'estimations grossières, mais une analyse concrète reste nécessaire et des critères abstraits ne sont pas opportuns. Selon la Comco, l'hypothèse consistant à devoir interrompre les relations commerciales sans trouver d'autres opportunités doit être examinée et il faut en identifier les conséquences¹⁹⁰. Si une interruption des relations peut être raisonnablement exigée, alors il n'y a pas de dépendance. **(3) Il faut enfin déterminer si les conséquences d'un changement sont raisonnables** et supportables en raison des circonstances concrètes, puisque la loi ne fixe pas d'étalon de grandeur. Il s'agit d'une

¹⁸³ A ce sujet, cf. HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit ; KËLLEZI, Competition Law, p. 155 ss.

¹⁸⁴ COMCO, Note explicative sur le pouvoir de marché relatif du 6 décembre 2021

¹⁸⁵ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi.

¹⁸⁶ Arrêt du TC BL 430 23 144 du 13 décembre 2024, DPC 2024/2, p. 588 ss.

¹⁸⁷ COMCO, Note explicative sur le pouvoir de marché relatif du 6 décembre 2021, N° 9.

¹⁸⁸ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 278 ss ; BIRKHAUSER, PPT, 10.

¹⁸⁹ COMCO, Note explicative sur le pouvoir de marché relatif, du 6 décembre 2021, N° 8.

¹⁹⁰ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 281. D'un autre avis, KËLLEZI, Competition Law, p. 166, qui considère qu'il n'y a alors pas de possibilité suffisante et raisonnable et admet la dépendance.

question de droit consistant à dire si les conséquences d'un changement ou du renoncement à l'activité sont concrètement supportables pour l'entreprise prétendument dépendante. A ce sujet, on ne peut pas s'appuyer sur des grandeurs absolues, car la perte d'un montant (en termes absolus) peut être supportable pour une entreprise et pas pour une autre. En outre, tout désavantage n'est pas insupportable, car tout changement entraîne avec lui des coûts et donc un désavantage. A l'inverse, il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit menacée dans son existence.

2° L'absence de contre-pouvoir de l'entreprise prétendument dépendante¹⁹¹. Cette condition, qui ne figure pas expressément dans la loi, découle d'une interprétation téléologique des art. 4 al. 2^{bis} et 7 LCart¹⁹². Il s'agit d'examiner s'il existe un déséquilibre entre les entreprises concernées, faute de quoi la liberté contractuelle doit prévaloir et l'autorité n'a pas de raison d'intervenir.

3° L'absence d'une faute grave¹⁹³. Cette condition, non exprimée dans le texte légal, figure dans le message du Conseil fédéral¹⁹⁴. Il ne faut pas admettre l'existence d'un pouvoir de marché relatif si l'on peut reprocher à l'entreprise prétendument dépendante de s'être trouvée dans cette situation par sa faute grave. La LCart n'a en effet pas vocation à protéger les entreprises qui se sont aventurées dans des stratégies où les risques dépassent clairement les opportunités¹⁹⁵. Les circonstances de la survenance de la prétendue dépendance sont donc également pertinentes¹⁹⁶.

3. La puissance de marché de la main publique ?

La **puissance d'achat** (*Nachfragemacht*) de la main publique concerne les situations où le pouvoir de marché des entités étatiques s'exprime dans des conditions générales, des modèles de contrat ou des conditions tarifaires cadre¹⁹⁷. Ces clauses structurant les relations contractuelles de droit privé ont un effet semblable aux règles de droit public lorsque le pouvoir adjudicateur peut user de son pouvoir de marché vis-à-vis des participants à l'appel d'offres pour imposer unilatéralement ses choix. On examinera successivement le champ d'application, le pouvoir de marché et la question d'un abus :

1° Le pouvoir de marché d'un adjudicateur public tombe dans le **champ d'application** du droit des cartels (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Il est donc légitime d'examiner si, par son comportement, il abuse de sa position dominante ou de son pouvoir de marché relatif¹⁹⁸.

2° L'art. 7 LCart nécessite d'abord qu'on établisse la **position dominante** ou le **pouvoir de marché relatif** de l'adjudicateur sur le marché pertinent au sens de l'art. 4 al. 2 ou 2^{bis} LCart (supra II.A2).

Par **exemple**, dans le cadre d'un appel d'offres sur invitation pour l'acquisition d'hélicoptères militaires, le Secrétariat a examiné si armasuisse avait abusé de sa position dominante sur le marché pertinent au sens de l'art. 7 LCart. La procédure n'alla pas au-delà de l'enquête préalable en raison de l'absence de position dominante d'armasuisse sur le marché pertinent international (art. 4 al. 2 LCart), ce qui rendait superflu tout examen en vertu de l'art. 7 LCart¹⁹⁹.

3° La détention d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif ne suffit pas, il faut prouver un **abus au sens de l'art. 7 LCart** (supra II.A2). Il semble à l'heure actuelle peu probable

¹⁹¹ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 289 ss.

¹⁹² COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 291.

¹⁹³ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 292 ss.

¹⁹⁴ FF 2019 4877, ch. 6.1.

¹⁹⁵ COMCO du 24 juin 2024, Affaire 32-077, Frenesius Kabi, N° 293.

¹⁹⁶ COMCO, Note explicative sur le pouvoir de marché relatif, du 6 décembre 2021, N° 8.

¹⁹⁷ Dans ce sens, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Beschaffungsrecht, N° 1177 ; cf. ég. BÜHLER, Fluch des Winners, p. 685 ss.

¹⁹⁸ Dans ce sens, cf. arrêt du TAF B_420/2008 du 1^{er} juin.2010 consid. 9.2.4.1 ss., Strassenbeläge Tessin ; cf. ég. POLTIER, Droit des marchés publics, N° 1086, qui précise en outre qu'il n'en va pas de même en droit de l'UE.

¹⁹⁹ SECRÉTARIAT DE LA COMCO du 7 août 2007, DPC 2007/4, p. 517 ss., Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse, N° 34 ss ; cf. ég. DIEBOLD, Beschwerdelegitimation der WEKO, p. 179.

qu'un adjudicateur respectueux des règles sur les marchés publics commette un abus d'entrave lorsqu'il acquiert des prestations²⁰⁰. En outre, une procédure de marchés publics ne pourra en principe pas constituer un abus d'exploitation fondé sur le prix, puisque ce sont les soumissionnaires qui proposent un prix et que la jurisprudence exige que le prix soit « imposé » (*erzwungen*) pour qu'on constate un comportement abusif au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart²⁰¹.

La question d'un abus de position dominante s'est **par exemple** posée dans le cadre du cartel de l'asphalte tessinois, les entreprises ayant invoqué le contre-pouvoir de marché du canton du Tessin. Vu que, dans le cas présent, le canton attribuait à lui seul la majorité des contrats dans le secteur de la construction des routes, que les potentiels adjudicataires étaient petits et nombreux et devaient respecter le cahier des charges établi par le canton, il n'était à première vue pas infondé d'envisager une position dominante du canton. Toutefois, un tel pouvoir de marché – et il en va de même d'un pouvoir de marché relatif selon l'art. 4 al. 2^{bis} LCart – ne pose problème qu'en cas d'abus, notamment si le canton adopte un comportement à même de modifier durablement la concurrence ou d'exploiter les fournisseurs²⁰². Or, le fait que de telles procédures soient encadrées par les règles matérielles sur les marchés publics et les garanties procédurales qui s'y appliquent, telles que la transparence et l'égalité de traitement, diminuent largement les risques d'abus²⁰³. Dans le cas présent, le TAF a souligné qu'aucun élément n'indique que le canton ait abusé de son éventuelle position dominante sur le marché²⁰⁴.

On peut néanmoins imaginer des **situations exceptionnelles** où un adjudicateur public pourrait commettre un abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif, étant toutefois précisé que ces hypothèses s'éloignent des exigences et principes applicables en droit des marchés publics. On trouve notamment dans la pratique cantonale un cas où un pouvoir adjudicateur avait annexé aux documents d'appel d'offres une invitation à effectuer du sponsoring, ce qui donnait l'impression que l'offre allait être analysée en lien avec la prestation de sponsoring. Le Tribunal cantonal administratif, qui a admis le recours d'un soumissionnaire en lien avec un autre grief, s'est contenté de dire que le fait d'être prêt à payer un montant à titre de sponsoring était un critère étranger au calcul de l'offre la plus avantageuse et devait être ignoré ; il fallait en particulier exclure que certains soumissionnaires aient inclus un montant pour le sponsoring dans leur offre²⁰⁵. Une telle situation, analysée du point de vue du droit des cartels, pourrait constituer un abus d'exploitation au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart (conditions commerciales inéquitables) non justifié par des motifs d'efficacité économique.

Sans pouvoir s'appuyer sur un exemple concret, on ne peut exclure totalement qu'une entreprise, produisant des biens ou fournissant des services adaptés à un seul demandeur (adjudicateur public ou privé) en raison d'une relation commerciale à long terme, puisse se trouver dans une relation de dépendance sans avoir commis de faute grave et dépourvue de contre-pouvoir. Une telle situation verrait le demandeur détenir un **pouvoir de marché relatif** et, sauf à pouvoir établir des motifs d'efficacité économique, se verrait notamment interdire d'interrompre une relation commerciale (art. 7 al. 2 let. a LCart) ou d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart)²⁰⁶.

²⁰⁰ POLTIER, Droit des marchés publics, N° 1087 sans distinguer les types d'abus.

²⁰¹ ATF 137 II 199, JdT 2011 I 157, consid. 4.3.3 s. ; arrêt du TF 2C_698/2021 du 5 mars 2024 consid. 7.5.

²⁰² Arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 consid. 9.2.4.1 ss, Strassenbeläge Tessin.

²⁰³ Arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 consid. 9.2.4.1, Strassenbeläge Tessin ; ég. POLTIER, Droit des marchés publics, N° 1087.

²⁰⁴ Arrêt du TAF B-420/2008 du 1^{er} juin 2010 consid. 12, Strassenbeläge Tessin.

²⁰⁵ Arrêt du Verwaltungsgerichts AG du 25 septembre 2001 consid. 4, cité in : GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Beschaffungsrechts, N° 1179.

²⁰⁶ Pour plus de détails sur ces deux types d'abus, cf. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, art. 7 N° 181 ss ; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI, art. 7 al. 2 N° 1 ss ; SCHRANER/STÄUBLE, DIKE-KG, art. 7 N° 17 ss.

4. Le cas particulier des gravières, des décharges et des centrales d'enrobage

a) Les développements récents

S'il est un sous-secteur de la construction qui semble exceptionnellement propice aux abus de position dominante, c'est celui des **gravières, décharges et centrales d'enrobage**. Plusieurs enquêtes ont été ouvertes et quatre décisions ont été récemment rendues : *KTB-Werke*²⁰⁷, *Belagswerke Bern*²⁰⁸, *Deponie Höli Liestal*²⁰⁹ et l'affaire *Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)*²¹⁰. Ces affaires concernent toutes des sociétés présentant un actionnariat particulier, composé d'entreprises actives elles-mêmes dans le domaine de la construction, du transport ou de la gestion des déchets.

Soulignons d'emblée que certaines de ces affaires ont donné lieu à un examen non seulement sous l'angle de l'abus de position dominante (art. 7 LCart) mais aussi sous celui d'**accords illicites** entre actionnaires (art. 5 LCart)²¹¹. A ce dernier titre, la Comco a notamment sanctionné des clauses de non-concurrence (art. 5 al. 3 let. c LCart)²¹², la coordination des listes de prix bruts (art. 5 al. 3 let. a LCart)²¹³, la coordination des zones de livraison (art. 5 al. 3 let. c LCart)²¹⁴, la gestion commune du suivi des débiteurs et des refus de livraison (art. 5 al. 3 let. a LCart)²¹⁵, la coordination des offres pour la reprise d'une gravière (art. 5 al. 3 let. a et c LCart)²¹⁶, le respect d'un prix minimum pour le gravier et l'interdiction de transférer à des tiers les rabais de quantité obtenus (art. 5 al. 4 LCart)²¹⁷. La Comco a également déclaré illicites (mais non sanctionnables) le droit de disposer d'un siège au conseil d'administration²¹⁸, ainsi que les échanges d'informations dus aux mandats croisés dans les conseils d'administration (art. 5 al. 1 LCart)²¹⁹.

b) Le marché (géographique) pertinent

La **définition du marché pertinent** est essentielle pour déterminer si une entreprise détient une position dominante. Dans les sous-secteurs des gravières, des décharges et des enrobés bitumeux, les produits (gravier, béton, revêtements de route) sont homogènes, notamment en raison des normes applicables. Les clients décident donc principalement sur la base du prix. En outre, les secteurs du gravier et de la mise en décharge sont étroitement liés en raison de l'interaction entre l'extraction des matériaux d'une part et le comblement du trou avec des déblais non pollués d'autre part. Finalement, ces marchés se caractérisent par des **coûts de transport importants**. Par conséquent, le traitement du gravier brut se fait sur place et il est utilisé soit tel quel (gravier brut pour la couche de fondation d'une route), soit par les centrales à béton, soit enfin par les centrales de revêtement pour la fabrication d'enrobés bitumeux. Les entreprises cherchent à minimiser la distance de transport et, dans son environnement direct, chaque entreprise dispose d'un avantage de coûts souvent décisif.

Même si la manière de définir le marché varie légèrement selon les enquêtes, la Comco semble retenir comme **marché géographique pertinent** une zone définie comme la **zone de livraison**

²⁰⁷ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke (des recours sont pendants devant le TF).

²⁰⁸ COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern (des recours sont pendants devant le TF).

²⁰⁹ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss, Deponie Höli (en force).

²¹⁰ COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA).

²¹¹ Sur l'application concurrente des art. 5 et 7 LCart, cf. ROTH, Normenkonkurrenz, p. 705 ss.

²¹² COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 715 ss, 746 ; COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 3.

²¹³ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke, N° 850.

²¹⁴ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke, N° 851.

²¹⁵ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke, N° 850 et 885.

²¹⁶ COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 3.

²¹⁷ COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 2 s.

²¹⁸ COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 747 ss et 771 ; COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 2.

²¹⁹ COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 747 ss et 771 ; COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 2.

principale (*Kernliefergebiet* pour le gravier ou les enrobés, *Kerneinzugsgebiet* pour les déchets). Il est remarquable que la Comco a utilisé des standards différents au fil des enquêtes et des secteurs concernés, en faisant valoir à ce sujet son pouvoir d'appréciation. Elle a ainsi considéré soit la totalité de la zone de livraison, soit une zone principale de livraison dans laquelle au moins 2/3 de la production sont écoulés, dans laquelle 80% des déchets sont récupérés, soit une zone principale d'un rayon de 20 km pour le gravier (85% de la production écoulée) et de 20 minutes de trajet en camion pour les déchets²²⁰. Il est aussi remarquable que la Comco se réfère en partie aux comportements (abusifs) analysés pour définir le marché, ce qui ne correspond pas nécessairement à la méthode habituellement présentée pour définir le marché²²¹.

D'autres facteurs sont **moins ou pas pertinents**. Ainsi, la Comco a tranché que les contraintes techniques liées au temps de transport des enrobés bitumeux ne jouent pas de rôle dans la définition du marché dans la mesure où la question des coûts de transport le limite plus strictement²²².

c) La position dominante

Pour analyser la position dominante (supra II.A2), on examine notamment les **paramètres** suivants :

1° La concurrence actuelle. Dans les marchés (étroits) tels que définis ci-dessus (supra III.B4.b), les entreprises sous enquête détenaient des parts de marché très vite importantes, variant être plus de 65% à 75%, et leurs concurrents actuels étaient faibles.

2° La concurrence potentielle. Elle est quasi-inexistante en raison des hautes barrières réglementaires à l'entrée sur le marché²²³. Les conditions géologiques combinées aux **règles de droit administratif** jouent un rôle particulier. Le nombre de terrains qui entrent en ligne de compte pour extraire du gravier est limité d'un point de vue factuel, juridique et économique. Pour produire du gravier, il faut en effet acquérir des droits d'extraction sur des terrains appropriés, qui doivent figurer dans le plan directeur cantonal et faire ensuite l'objet d'un plan d'affectation communal contraignant pour les propriétaires fonciers. Enfin, il faut obtenir un permis de construire, qui requiert une étude d'impact sur l'environnement.

d) L'abus de position dominante

Les **principaux comportements abusifs** identifiés sont les suivants :

1° Les conditions préférentielles en faveur des actionnaires²²⁴. Les entreprises en position dominante ont favorisé leurs actionnaires en leur accordant des rabais (15 à 40%) par rapport à la liste de prix, mais aussi des prix plus favorables lorsqu'ils déposaient des offres, des ristournes, des rabais de quantité plus favorables, voire une prise en charge de leurs frais de transport. Il s'agit de discriminations non justifiées entre actionnaires et non-actionnaires, ce qui a provoqué des entraves à l'accès au marché situé en aval où les actionnaires étaient actifs (art. 7 al. 2 let. b en relation avec art. 7 al. 1 LCart).

²²⁰ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke, N° 860 (zone de livraison commune) ; COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 590 (zone de livraison principale avec 2/3 de la production, soit un rayon de 32 minutes de trajet) ; COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss, Deponie Höli, N° 341 et 348 (zone principale de récupération) ; COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 5 (rayon de 20 km ou 20 minutes de trajet en véhicule).

²²¹ COMCO du 10 décembre 2018, DPC 2020/1, p. 78 ss, KTB-Werke, N° 861 ; COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 592. Cela ne correspond pas à la méthode théorique de définition du marché. Pour un point de vue critique sur le lien entre définition du marché et position dominante, cf. TUCHSCHMID/MAZIDI, *Neue Entscheide*, p. 83 ss et 86 s.

²²² COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 583 et 605.

²²³ COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 4.

²²⁴ COMCO du 6.12.2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 644 ss, 693 ; COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss, Deponie Höli, N° 385 ss et 424 ; COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 2 s.

2° Les primes de fidélité²²⁵. L'entreprise en position dominante a versé à ses clients une prime de fidélité, calculée sur un horizon de dix ans, avec des modalités renforçant le devoir d'acheter continuellement ses produits. Elle a ainsi gardé ses clients captifs sur le long terme et dissuadé l'entrée de concurrents potentiels. Faute de *legitimate business reasons*, il s'agissait d'un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.

3° L'obligation d'achat de gravier en cas de mise en décharge de déblais non pollués²²⁶. Cette obligation ne concernait dans les faits que les non-actionnaires et la Comco l'a qualifiée de vente liée qui entrave les concurrents de l'entreprise dominante et de ses actionnaires, et qui exploite les partenaires commerciaux forcés d'acheter du gravier inutile à un prix nettement supérieur à celui payé par les actionnaires (art. 7 al. 2 let. f LCart). L'objectif visant à équilibrer les flux de gravier brut extrait et les volumes mis en décharge, ne constituait pas un motif justificatif.

e) Un exemple : l'affaire « Deponie Höli Liestal »

Nous nous concentrerons ci-après sur la décision *Deponie Höli Liestal* qui est exécutoire et ne concerne qu'un cas d'abus de position dominante, à l'exclusion d'accords illicites. On présentera d'abord les faits, puis l'analyse de la position dominante, de l'abus et de la sanction prononcée.

1° Les faits. L'affaire a débuté, en 2020, par une plainte de la Direction des constructions et de l'environnement de Bâle-Campagne, ce qui souligne le rôle toujours plus actif joué par les pouvoirs adjudicateurs dans la mise à jour de comportements anticoncurrentiels. Le comportement qui a mis le feu aux poudres a été le refus de l'entreprise Deponie Höli Liestal AG d'accepter des déchets en automne 2020. Dans la même plainte, la Direction cantonale soulignait les différences de prix appliquées depuis longtemps entre actionnaires et non-actionnaires.

La décharge Höli est une décharge de type B selon l'annexe 5 de OLED²²⁷, dont l'actionnaire principale est la Bürgergemeinde Liestal et les actionnaires minoritaires sont trois entreprises actives dans l'élimination et le transport des déchets ainsi que la construction²²⁸. Près de 90% des déchets déposés dans la décharge proviennent des actionnaires minoritaires.

2° La position dominante. Afin de déterminer si une entreprise détient une position dominante, il faut d'abord délimiter le marché pertinent. Pour cela, il faut se concentrer sur les partenaires commerciaux de la décharge, qui sont les entreprises d'enlèvement des déchets, de transport ou de construction²²⁹. Le marché comprend à la fois une dimension des produits et une dimension géographique, pour l'identification desquelles on applique par analogie les règles du contrôle de concentration (art. 11 al. 3 let a et b OCCE)²³⁰.

(a) Le marché des produits. La Comco en a distingué **trois** : (1) le marché pour la réception des déchets de type A, qui peuvent aussi être déposés dans des décharges de type A ; (2) le marché pour la réception des déchets valorisables de type B qui représentent 30% des déchets déposés dans la décharge Höli et dont la revalorisation est une alternative à l'élimination en décharge et (3) le marché pour la réception des déchets non valorisables de type B qui représentent les 70% restants et qui ne peuvent qu'être éliminés en décharge de type B. Pour ces derniers, il est important de souligner que les partenaires commerciaux ne peuvent pas s'orienter vers d'autres solutions. D'abord, il n'est économiquement pas possible d'aller dans d'autres types de décharge parce que les décharges de type A ne sont pas autorisées et que celles de types C, D ou E sont trop chères en raison de taxes beaucoup plus élevées²³¹. Ensuite, l'exportation n'est possible que

²²⁵ COMCO du 6 décembre 2021, DPC 2023/4, p. 774 ss, Belagswerke Bern, N° 694 ss et 714.

²²⁶ COMCO, Communiqué de presse du 27 août 2024 sur l'affaire Baustoffe und Deponien Bern (KAGA), p. 3.

²²⁷ RS 814.600, qui distingue 5 types de décharges en fonction de la dangerosité croissante des déchets pouvant y être entreposés.

²²⁸ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 3.

²²⁹ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 103 ss et 320.

²³⁰ Cf. BOTTERON, Concentrations d'entreprises, N° 216 ss.

²³¹ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 25 et 325.

pour des déchets valorisables. Enfin, la valorisation dépend d'une part de la qualité des déchets (particules fines, pollution, etc.) et d'autre part de la demande en matériaux valorisables.

(b) Le marché géographique. Il s'agit de déterminer la zone de livraison principale des déchets (*Kerneinzugsgebiet*). En se fondant notamment sur la pratique européenne, la Comco a déterminé le trajet en camion autour du site de la décharge Höli, de sorte qu'au moins 80% des déchets éliminés dans la décharge Höli proviennent de communes qui se trouvent dans ce rayon de conduite : elle a retenu un temps de trajet de 39 minutes²³².

(c) En se fondant sur le marché pertinent ainsi délimité, la Comco a déterminé si la décharge détenait une **position dominante**, c'est-à-dire qu'elle lui permettait de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents et partenaires commerciaux) (art. 4 al. 2 LCart)²³³. Elle a conclu que la possibilité pour les partenaires commerciaux de trouver une solution de rechange était inversement proportionnelle à la part de marché détenue par la décharge Höli, qui était importante (plus de 65% en moyenne et toujours au-dessus de 50%), qu'elle réalisait des marges élevées et qu'il existait de hautes barrières à l'entrée en raison de la difficulté à trouver un site adapté et des autorisations administratives nécessaires pour exploiter une décharge²³⁴. Par conséquent, la Comco a conclu à l'existence d'une position dominante²³⁵.

3° L'abus de position dominante. Une position dominante n'est pas en soi illicite, seul l'abus de celle-ci l'est (art. 7 LCart). On distingue généralement les abus d'exploitation (*Ausbeutungsmisbräuche*) et les abus d'entrave (*Behinderungsmisbräuche*)²³⁶. Pour le catalogue figurant à l'art. 7 al. 2 LCart, il est nécessaire que les critères de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart soient remplis²³⁷. On procède ainsi : on examine d'abord si le comportement décrit à l'art. 7 al. 2 LCart constitue un abus d'exploitation ou d'entrave selon l'art. 7 al. 1 LCart, avant de déterminer ensuite s'il existe des motifs objectifs (*legitimate business reasons*) permettant de les justifier²³⁸.

La Comco a examiné les comportements de l'entreprise concernée – prix favorables pratiqués en faveur des actionnaires et restrictions d'acceptation des déchets en automne 2020 – à la lumière de l'art. 7 al. 2 let. b et al. 1 LCart qui traite de **la discrimination de partenaires commerciaux**. Outre la position dominante, cette disposition nécessite la combinaison de quatre conditions : (1) une inégalité de traitement (2) qui concerne des partenaires commerciaux, (3) qui entraîne une entrave à la concurrence et (4) qui n'est pas justifiée par des motifs objectifs.

Dans le cas d'espèce, la Comco a constaté que les **conditions** étaient remplies. En particulier, elle a conclu à l'existence d'une **entrave des concurrents** car les actionnaires de la décharge payaient en moyenne 40% de moins que leurs concurrents directs non-actionnaires, que ceux-ci ne pouvaient pas devenir actionnaires et que, dans certains marchés situés en aval sur lesquels les actionnaires et non-actionnaires étaient actifs, les taxes de mise en décharge constituaient des facteurs de coûts importants²³⁹.

Il n'existait enfin **pas de motifs justificatifs** (*legitimate business reasons*)²⁴⁰. En particulier, les rabais ne sont pas justifiés par la compensation du risque entrepreneurial pris par les actionnaires²⁴¹. En effet, il existe dans tous les cas un moyen moins incisif de récompenser cette prise de risque, c'est celui de payer des dividendes aux actionnaires en imposant un prix uniforme aux

²³² COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 149 s., 333 ss et 336.

²³³ ATF 139 I 72 consid. 9.3.1 ; arrêt du TF 2C_395/2021 du 9 mai 2023 consid. 9.1.

²³⁴ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 189, 353 ss, 358 ss et 370 ss.

²³⁵ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 376.

²³⁶ Arrêt du TF 2C_395/2021 du 9 mai 2023 consid. 10.1.2 ; COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 379 ss.

²³⁷ ATF 146 II 217 consid. 4.2.

²³⁸ ATF 139 I 72 consid. 10.1.2 ; arrêt du TF 2C_395/2021 du 9 mai 2023 consid. 10.1.2.

²³⁹ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 394 ss.

²⁴⁰ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 410 ss.

²⁴¹ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 420.

partenaires commerciaux, peu importe qu'ils soient actionnaires ou non. En outre, le fait qu'il soit usuel dans la branche d'accorder des conditions favorables à ses actionnaires ne constitue pas non plus un motif justificatif car cela n'est lié à aucun motif d'efficacité mais poursuit le seul but de procurer un avantage aux actionnaires sur le marché aval²⁴².

4° La sanction. En vertu de l'art. 49a al. 1 LCart, la décharge a été sanctionnée d'un montant situé entre CHF 750'000.- et 1'150'000.-, la Comco considérant qu'il s'agissait d'une violation moyenne et qu'un montant de base (supra II.C3) de 4% du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années sur le marché pertinent en Suisse devait s'appliquer, montant qui a été augmenté de 110% en raison de la durée de la violation (11 ans), diminué de 10%, car l'entreprise avait cessé rapidement certaines violations, et encore diminué de 40% en raison de la coopération de l'entreprise²⁴³. Les coûts de l'enquête d'un montant de CHF 200'000.- ont aussi été mis à la charge de l'entreprise²⁴⁴.

f) Quelques conseils pratiques

Voici quelques **conseils pratiques** en lien avec les abus de position dominante et de pouvoir de marché relatif dans le secteur de la construction :

1° En général. Dans le secteur de la construction, la détention d'une position dominante est plutôt rare, de même que celle d'un pouvoir de marché relatif (art. 4 al. 2 et 2^{bis} LCart). En outre, une telle position ne suffit pas à rendre un comportement illicite, encore faut-il établir un abus (art. 7 LCart). Par conséquent, les entreprises qui voudraient faire valoir une telle violation doivent être conscientes des exigences élevées posées par la loi.

2° Pour les gravières, décharges et centrales à béton ou d'enrobage. Dans ces sous-secteurs, les acteurs du marché doivent au contraire prendre conscience que la délimitation étroite du marché pertinent ainsi que les contraintes factuelles, juridiques et économiques liées à ce type d'activité facilitent le constat d'une position dominante. Lorsque l'actionnariat se compose d'entreprises actives sur les marchés situés en aval, il faut redoubler de prudence et veiller à ce que certains comportements de l'entreprise ne constituent pas des abus. Nous pensons en particulier aux conditions préférentielles accordées aux actionnaires, aux primes de fidélité gardant les clients captifs et dissuadant l'entrée de nouveaux concurrents et aux ventes liées forçant les non-actionnaires à acheter du gravier pour pouvoir déposer des déblais non pollués. Vu les usages ancrés dans cette industrie, il nous semble impératif de procéder aux vérifications appropriées et, en cas de découverte, de s'adresser à des spécialistes pour prendre les mesures appropriées.

IV. Conclusion

En guise de conclusion, il semble évident que les risques entrepreneuriaux relatifs au droit de la concurrence sont encore sous-estimés dans le secteur de la construction. Il est urgent que les associations professionnelles, les conseils ainsi que les instituts de formation des cadres du monde de la construction sensibilisent les acteurs afin que ceux-ci mettent dans les meilleurs délais en place les mesures de compliance qui s'imposent et réduisent ainsi l'exposition au risque.

²⁴² COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 421 s.

²⁴³ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 434 ss.

²⁴⁴ COMCO du 3 juillet 2023, DPC 2024/1, p. 111 ss., Deponie Höli, N° 478 ss.

V. Bibliographie

AMSTUTZ Marc/REINERT Mani (édit.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, 2^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : BSK KG-AUTEUR).

BIRKHAUSER Nicolas, *Kartellrecht und Bussen-Verfahren der Wettbewerbskommission im Bau*, BR/DC 2/2014, p. 77 ss (cité : BIRKHAUSER, Bau).

BOTTERON Valentin, *Le contrôle des concentrations d'entreprises : analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, thèse Neuchâtel, Zurich 2021 (cité : BOTTERON, Concentrations d'entreprises).

BOVET Christian/KËLLEZI Pranvera, *Réintégration du soumissionnaire ayant violé le droit de la concurrence*, BR/DC 1/2019, p. 9 ss (cité : BOVET/KËLLEZI, Réintégration du soumissionnaire).

BUCHER Jörg, *Kalkulationshilfen für Regiearbeiten*, BR/DC 4/2019, p. 183 ss (cité : BUCHER, Kalkulationshilfen).

BÜHLER Simon, *Der Fluch des Gewinners in der öffentlichen Beschaffung*, PJA 2012, p. 685 ss (cité : BÜHLER, Fluch des Gewinners).

CARRON Blaise/TERCIER Pierre, *Droit privé de la concurrence*, in : Ducrey Patrick/Zimmerli Daniel (édit.), *Kartellrecht, SIWR V/2*, 2^{ème} éd., Bâle 2023, p. 421 ss (cité : SIWR-CARRON/TERCIER).

CARRON Blaise, *Le Règlement SIA 102 concernant les prestations et honoraires des architectes: l'édition 2020*, JDC 2021, p. 84 ss (cité : CARRON, SIA 102).

DENZLER Beat, *R.I.P. ARGE: Gedanken zur laufenden Kartellrechtsrevision*, BR/DC 3/2013, p. 113 ss (cité : DENZLER, *R.I.P. ARGE*).

DIEBOLD Nicolas F., *Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen*, SJZ 109/2013, p. 177 ss (cité : DIEBOLD, Beschwerdelegitimation der WEKO).

FAVRE Pascal G./BECHAALANY Sarah, *Le risque concurrence et sa gestion par le conseil d'administration d'une société anonyme*, GesKR 2019, p. 83 ss (cité : FAVRE/BECHAALANY, Le risque concurrence).

GALLI Peter/MOSER André/LANG Elisabeth/STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts: eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Beschaffungsrecht).

GRÜNIGER German, *Bussen gegen Submissionskartelle und die Anforderungen an «Compliance»-Programme*, BR/DC 3/2012, p. 130 ss (cité : GRÜNIGER, Compliance-Programme).

HAKTANIR Selim, *Beschaffungsfreiheit und Belieferungspflicht? – Der Missbrauchstatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG*, thèse Berne, Zurich 2023 (cité : HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit).

HEINEMANN Andreas/STÜSSI Frank, *Submissionskartelle*, in : Boillet Véronique/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (édit.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier : le droit public en mouvement*, Lausanne 2020, p. 633 ss (cité : HEINEMANN/STÜSSI, Submissionskartelle).

HUBER Martin/IMHOF David/ISHII Rieko, *Transnational machine learning with screens for flagging bid-rigging cartels*, *Journal of the Royal Statistical Society Series A : Statistics in Society*, vol. 185/3 2022, p. 1 ss (cité : HUBER/IMHOF/ISHII, Transnational machine learning).

IMHOF David, *Mit Statistik gegen Kartelle*, *Schweizer Monat: die Autorenzeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur*, vol. 99, cahier 1064, Zurich 2019, p. 20 s. (cité : IMHOF, *Statistik*).

KAUFMANN Oliver, Relative Marktmacht 2022 : die neuen Bestimmungen der Missbrauchskontrolle als aberratio ictus der Fair-Preis-Initiative, sic! 5/2022, p. 181 ss (cité : KAUFMANN, Relative Marktmacht).

KËLLEZI Pranvera, Competition Law in Switzerland: law and practice in a European context, Cham 2023 (cite : KËLLEZI, Competition Law).

MAGNIN Josianne, Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Baugewerbe : (erster) Schlussbericht des WEKO-Sekretariats zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Baugewerbe, sic! 9/2021, p. 450 ss (cité : MAGNIN, ARGE).

MAMANE David, Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht : von der Relativitätstheorie zur Praxis, RSDC 2/2022, p. 59 ss (cité : MAMANE, Relative Marktmacht).

MARTENET Vincent/BOVET Christian/TERCIER Pierre (édit.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Genève/Bâle/Zurich 2012 (cité : CR Concurrence-AUTEUR).

MARTENET Vincent/HEINEMANN Andreas, Le droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Zurich 2021 (cité : MARTENET/HEINEMANN, Le droit de la concurrence).

PICHT Peter Georg, Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung, RSDA 2022, p. 315 ss (cité : PICHT, Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung).

POLTIER Etienne, Droit des marchés publics, 2^{ème} éd., Berne 2023 (cité : POLTIER, Droit des marchés publics).

ROTH David, Normenkonkurrenz in der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle, in : Seitz Claudia/Straub Ralf Michael/Weyeneth Robert (édit.), Festschrift für Stephan Breitenmoser: Rechtsschutz in Theorie und Praxis, Bâle 2022, p. 705 ss (cité : ROTH, Normenkonkurrenz).

SCHALLER Olivier/KRAUSKOPF Patrick L., Die Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Schweizer Kartellrecht, in : Amstutz Marc et al. (édit.), Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel : avec un accent sur la société simple, Berne 2014, p. 175 ss (cité : SCHALLER/KRAUSKOPF, ARGE).

STÄUBER Richard/BURGER Andreas, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, ZWeR 2/2021, p. 235 ss (cité : STÄUBER/BURGER, Relative Marktmacht).

STÜSSI Frank, Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden, BR/DC 4/2013, p. 176 ss (cité : STÜSSI, Submissionsabreden).

STÜSSI Frank/LÜTHI Bendicht, Zulässige ARGE im Kartellrecht, BR/DC 4/2015, p. 205 ss (cité : STÜSSI/LÜTHI, ARGE).

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux).

TODISCO Flavio, Die ARGE der Bauwirtschaft im Lichte des schweizerischen Kartellrechts, recht 2022, p. 102 ss (cité : TODISCO, ARGE).

TSCHUDIN Michael, Bau-Kartellrecht : wie die Dinge stehen, JDC 2019, p. 213 ss (cité : TSCHUDIN, Bau-Kartellrecht).

TUCHSCHMID Felix/MAZIDI Simon, Neue Entscheide und Urteile zum Schweizer Wettbewerbsrecht, SZK 2023, p. 83 ss (cité : TUCHSCHMID/MAZIDI, Neue Entscheide).

WASER Astrid/SUTTER Daniel, Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen, Jusletter du 13.3.2017 (cité : WASER/SUTTER, Submissionsabsprachen).

ZÄCH Roger/ARNET Ruth/BALDI Marino/KIENER Regina/SCHALLER Olivier/SCHRANER Felix/SPÜHLER Adrian (édit.), KG Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018 (cité : AUTEUR, DIKE-KG).

ZÄCH Roger/HEIZMANN Reto, Schweizerisches Kartellrecht, 3^e éd., Berne 2023 (cité : ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht).

ZIRLICK Beat/BICKEL Jürg, Regeln zu relativen Marktmacht und Geoblocking in der Schweiz, WRP 2/2022, p. 146 ss (cité : ZIRLICK/BICKEL, Relative Marktmacht).

ZUFFEREY Jean-Baptiste, Les grandes nouveautés – Réglementation et autres aspects, in : Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2020 / Marchés publics 2020, p. 1 ss (cité : ZUFFEREY, Nouveautés 2020).

VI. Annexes

Annexe 1 : Exemple d'un calcul de sanction selon l'art. 49 al. 1 LCart et l'OS LCart					
A	Détermination du chiffre d'affaires de l'entreprise	Art. 49a al. 1 LCart	Chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse sur les trois derniers exercices (en l'espèce, montant de l'offre devant remporter le marché faisant l'objet d'un cartel de soumission)		1'000'000.-
B	Montant de base	Art. 3 OS LCart	Max. 10% de [A] en fonction du type et de la gravité de l'infraction (en l'espèce, 10% car il s'agit d'un cartel de soumission particulièrement grave ayant supprimé la concurrence)	10%	100'000.-
C	Durée de l'atteinte	Art. 4 OS LCart	Durée de moins d'un an, puis +10% de [B] par an dès que la durée est > 1 an (en l'espèce pour un cartel de soumission portant sur un appel d'offres individuel : 0%)	+0%	100'000.-
D	Circonstances aggravantes	Art. 5 OS LCart	Par exemple : récidive, cartel rigide, refus de participer à l'enquête, obstruction, instigation dans le cartel (liste non exhaustive) (en l'espèce, récidive multiple car condamnations antérieures dans d'autres cantons, +10% ou +20% ajouté à [C])	+20%	120'000.-
E	Circonstances atténuantes	Art. 6 OS LCart	Cessation du comportement, rôle passif, refus de mise en œuvre des règles du cartel, coopération particulièrement bonne (en dehors du programme de clémence de l'art. 8 OS LCart), dédommagement de la victime (en l'espèce coopération particulièrement bonne -15% sur [C]) Signature d'un accord amiable : max -20%, selon le stade de l'enquête, retranché de C	-15%	105'000.-
F	Vérification du respect du maximum légal de 10% du CA total suisse des trois derniers exercices	Art. 7 OS LCart	10% max du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (attention ≠ [A]) (en l'espèce, chiffre d'affaires en Suisse des trois derniers exercices CHF 10 millions, 10% = 1'000'000.-)	10%	105'000.- < 1'000'000.-
Total sans coopération					105'000.-
G	Programme de clémence : Réduction de la sanction pour participation à l'enquête	Art. 12 OS LCart	Bonus max -50% sur [F] en fonction du rôle joué dans la réussite de la procédure Bonus « plus » max -80% sur [F] si fourniture d'informations ou de preuves d'autres infractions (en l'espèce, -70% , car pas d'exemption totale selon [H] mais rôle important et dénonciation d'autres infractions)	-40% -30%	63'000.- 31'500.-
H	Programme de clémence : Remise totale (exemption) de sanction	Art. 49a al. 3 LCart Art. 8 OS LCart	Immunité complète (-100% de [F]) si autodénonciation et coopération complète pour la 1 ^{ère} entreprise autodénoncée Perte de l'immunité complète mais réduction supérieure à 50% si l'entreprise conteste ensuite les faits ou la qualification d'entente illicite -50% de F pour la 2 ^{ème} et suivantes en fonction de l'avancée de l'enquête	-50%	15'750.-
I	Proportionnalité : Analyse ITP (« <i>Inability to pay</i> »)	Art. 2 al. 2 OS LCart	La sanction est-elle supportable au vu des documents comptables ? La sanction est-elle proportionnée ? La sanction conduit-elle la société à la sortie du marché ? Si oui, réduction partielle ou totale de la sanction ?	non	15'750.-
Total avec coopération					15'750.-

Annexe 2 : Schéma d'analyse concurrentielle d'un consortium

