

La construction à l'épreuve du droit de la concurrence

Prof. Blaise Carron
Université de Neuchâtel
Avocat, AGON Partners Legal AG



Introduction

Sanction de 11 millions aux entreprises grisonnes associées en cartel

Quatre entreprises valaisannes de gestion des déchets se sont fait remonter les bretelles par la Commission de la concurrence (Comco).

ENQUÊTE

Publié 14. mars 2024, 14:08

19 entreprises neuchâteloises soupçonnées de former un cartel

Opérant dans le génie civil et le bâtiment, ces boîtes se seraient entendues sur les prix et les offres depuis 2013.



Plan

Introduction

I. Fondements

II. Focus sur les accords horizontaux (cartels)

III. Focus sur les abus de pouvoir de marché

Conclusion



Introduction

I. Fondements

- A. 3 comportements à risque**
- B. 3 facettes du risque**
- C. Risque principal: sanction administrative**

II. Focus sur les accords horizontaux

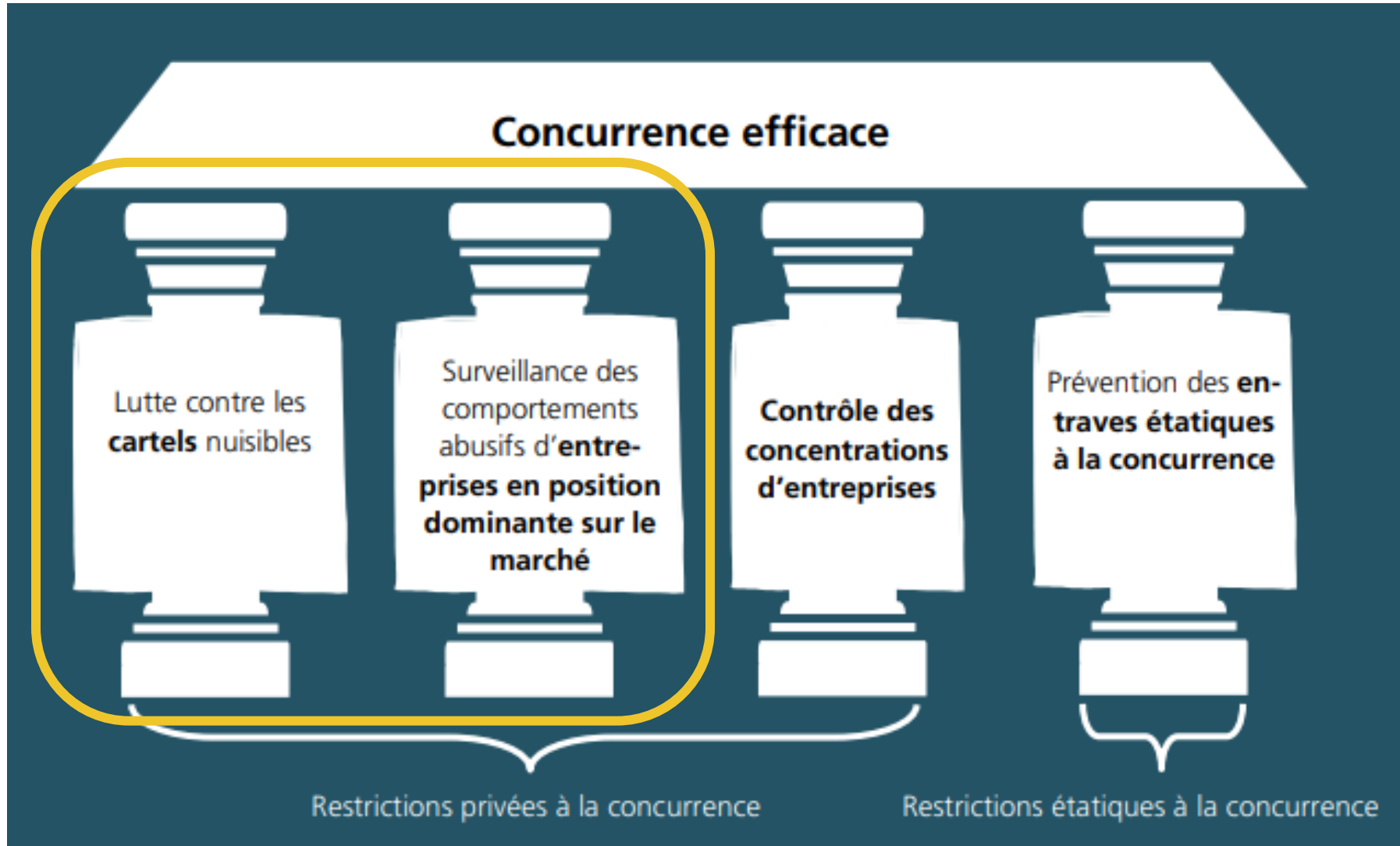
III. Focus sur les abus de pouvoir de marché

Conclusion



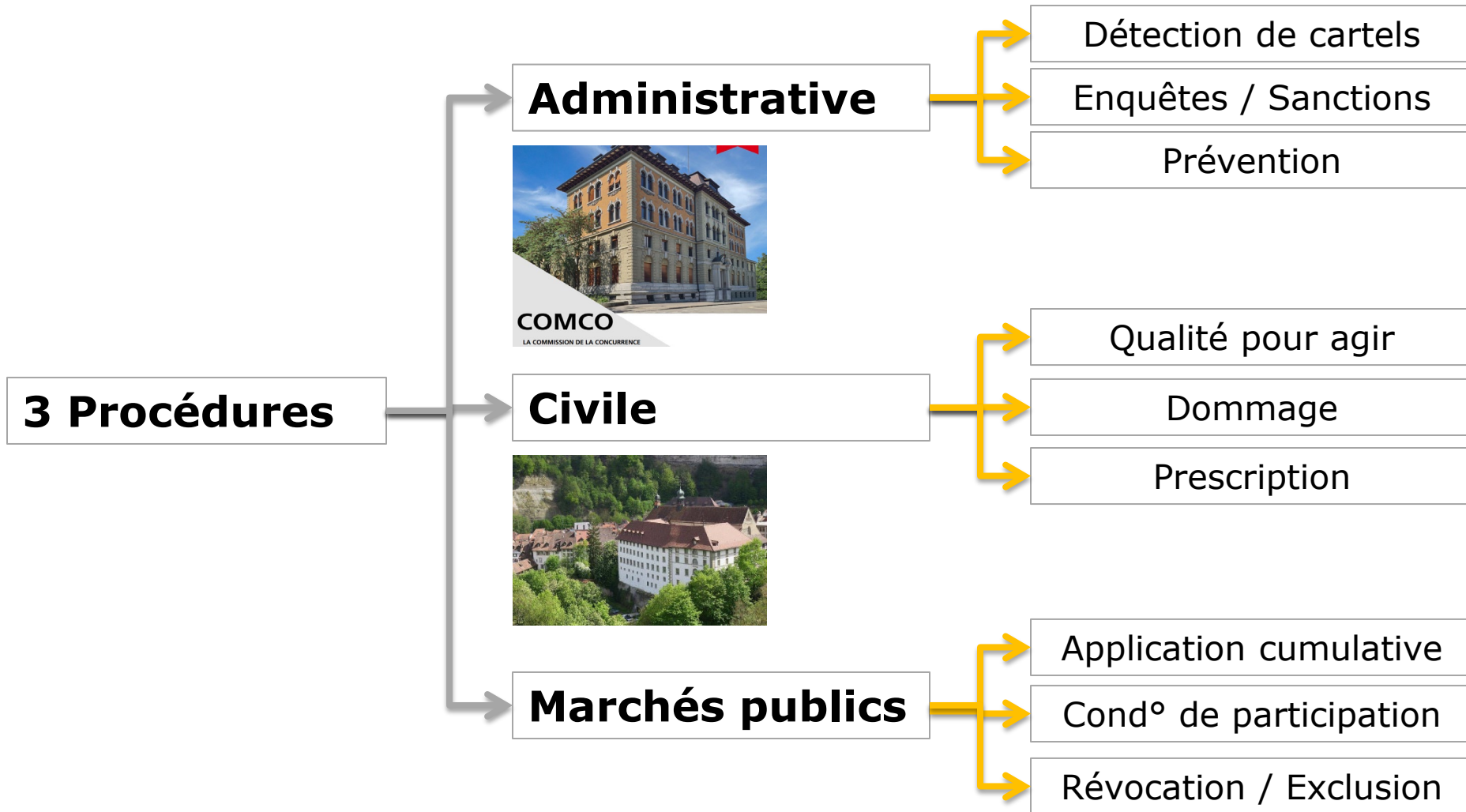
I. Fondements

A. 3 comportements à risque



I. Fondements

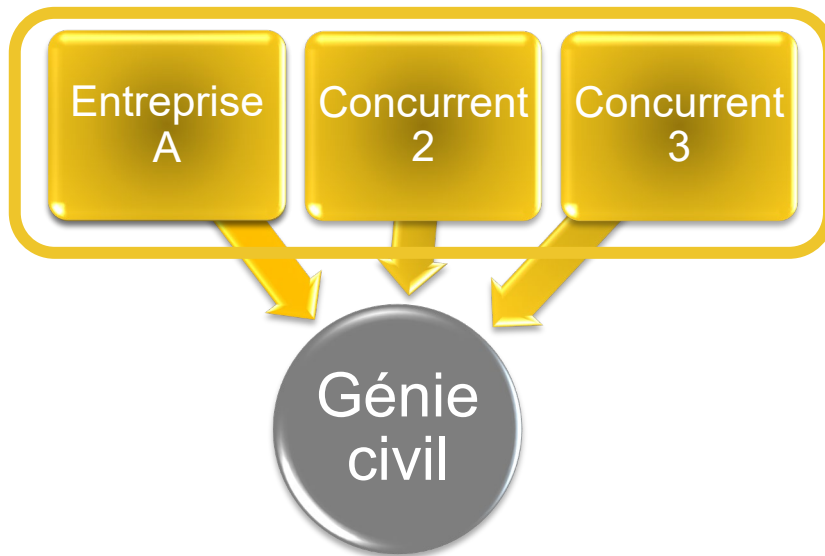
B. 3 facettes du risque



I. Fondements

p. 96 et Annexe 1

C. Sanction administrative (LCart 49a I)



Entreprise A

CA annuel (en CHF mio.)

• 2022	CHF 1,0
• 2023	CHF 1,5
• <u>2024</u>	<u>CHF 2,5</u>
• Σ	CHF 5,0
• \emptyset	CHF 1,66

CA génie civil (en CHF mio.)

• 2022	CHF 0,5
• 2023	CHF 0,3
• <u>2024</u>	<u>CHF 0,2</u>
• Σ	CHF 1
• \emptyset	CHF 0,33



I. Fondements

p. 96 et Annexe 1

C. Sanction administrative (LCart 49a I)

Montant de la sanction (OS LCart)

Montant de base	<ul style="list-style-type: none">• 0-10% CA réalisé en CH pendant les 3 dernières années sur le marché pertinent (CHF 1 million)• Cartel: 10%	100'000
Durée	<ul style="list-style-type: none">• Jusqu'à 1 année: montant de base• 1 an – 5 ans augmentation jusqu'à +50%• > 5 ans augmentation de 10%/an	100'000
Ajustements	<ul style="list-style-type: none">• C' aggravantes (gain, obstruction, instigation) + 20%• C' atténuantes (abandon, passif, coopération) - 15%	120'000
		105'000
Limite max	<ul style="list-style-type: none">• Maximum: 10% CA en CH de l'entreprise sur les trois dernières années (CHF 5 millions)• Maximum vaut par infraction	< 500'000



I. Fondements

p. 97

C. Sanction administrative (LCart 49a II)

Programme de clémence

105'000

Autodé- nonciation

- Pleine coopération
- Cessation du comportement

OUI

Réduction

- 1^{er} rang : 100% (exemption), sinon...
- Bonus -> 50% réduction selon coopération
- Bonus+ -> 80% si dénonce autres infractions
- In casu : - 70% (40% et 30%)

2^e rang

- 40%
- 42'000

- 30%
- 31'500

ITP

- Inability to Pay
- Proportionnalité (sortie du marché)

-

TOTAL (frais, coûts internes/externes excl.)

31'500



Introduction

I. Fondements

II. Focus sur les accords horizontaux

- A. Généralités**
- B. Cartels de soumission**
- C. Associations professionnelles (échanges d'infos)**
- D. Consortiums**

III. Focus sur les abus de position dominante

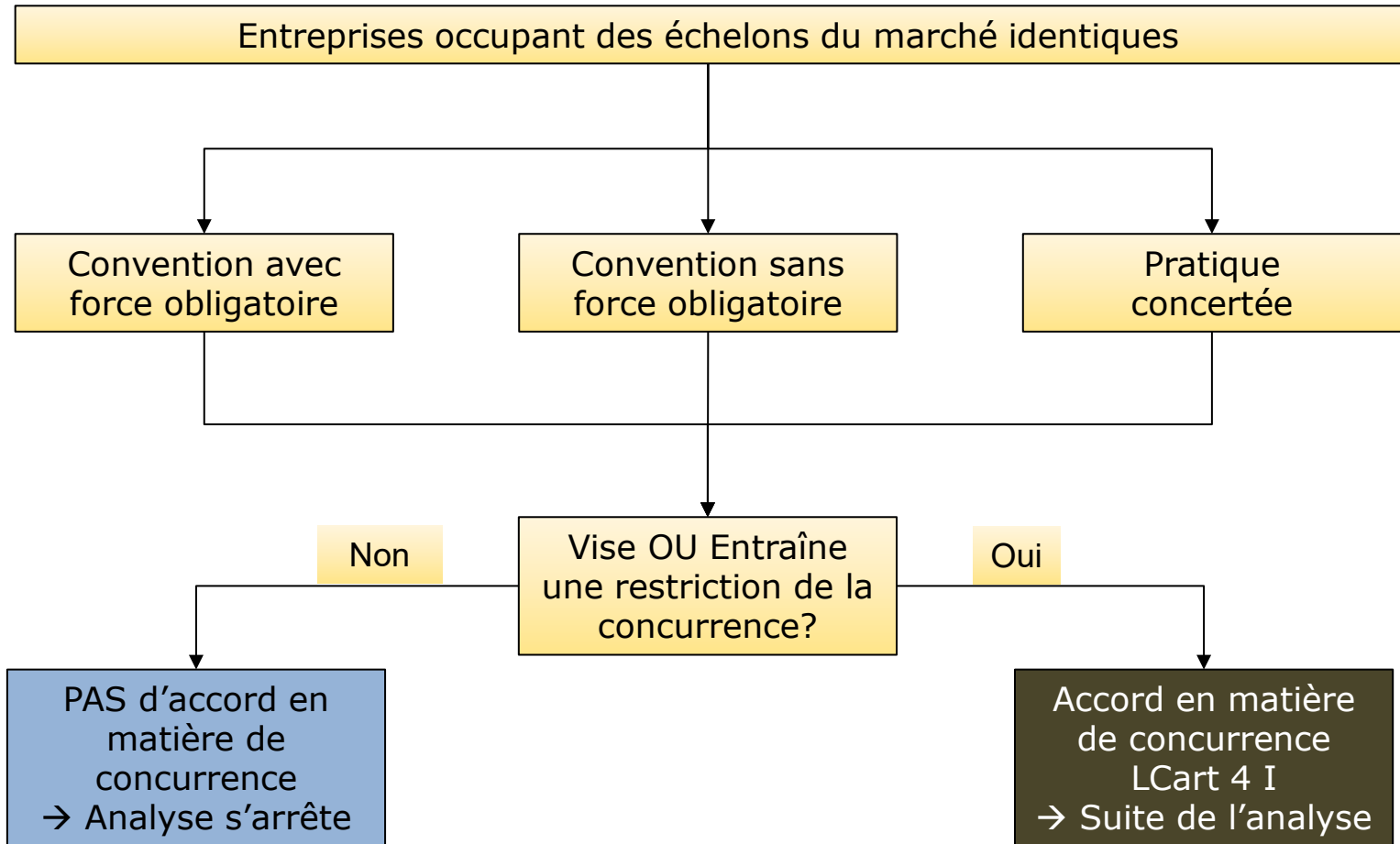
Conclusion



I. Accords horizontaux

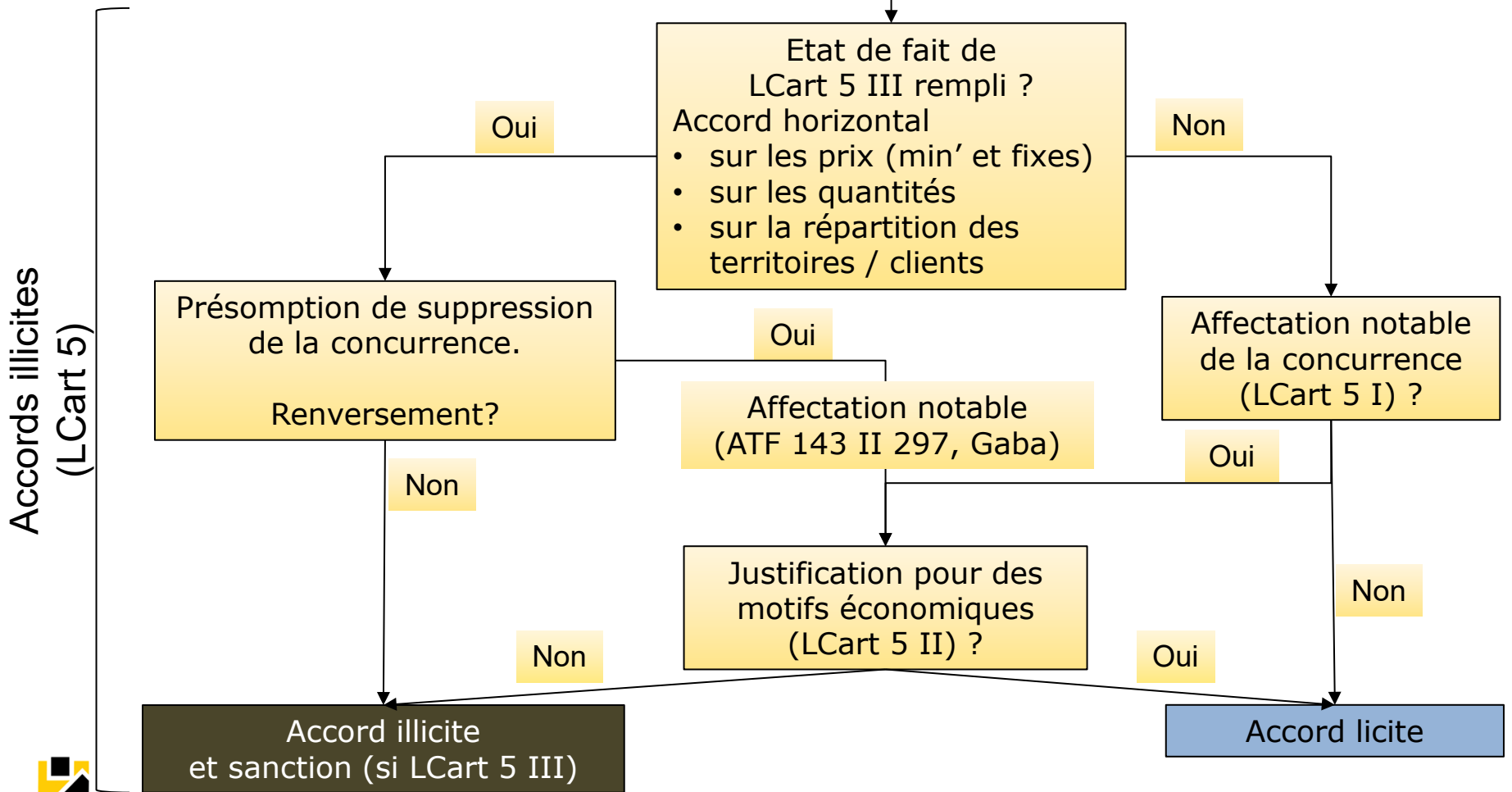
A. Généralités (LCart 4 I et 5)

Accord en matière de concurrence
(LCart 4 I)



I. Accords horizontaux

A. Généralités (LCart 4 I et 5)



I. Accords horizontaux

p. 98 ss

B. Cartels de soumission

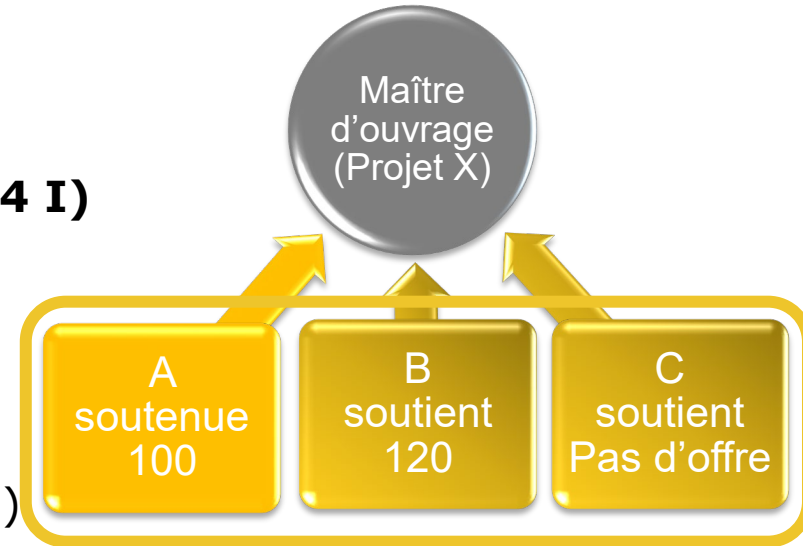
Appréciation matérielle

- **Accord en matière de concurrence (LCart 4 I)**

- Convention
- Vise une restriction de la concurrence

- **Accord illicite (LCart 5)**

- Marché pertinent = Projet X
- Prix ou répartition de clientèle (LCart 5 III)
- Concurrence supprimée ou affectée notablement sans justification économique



- **Sanction financière (LCart 49a I)**

- Pour tous les membres du cartel (soutenu et soutenant)
- CA pertinent = 100
- Montant de base ~ rôle / effet / réussite
- 10% (5%) suppression + succès A=10 B/C=5
- 8% (4%) affectation notable + succès A=8 B/C=4
- 5% (2,5%) affectation notable + échec A=5 B/C=2,5



I. Accords horizontaux

p. 101 ss

B. Cartels de soumission

Détection

- **Outils statistiques**

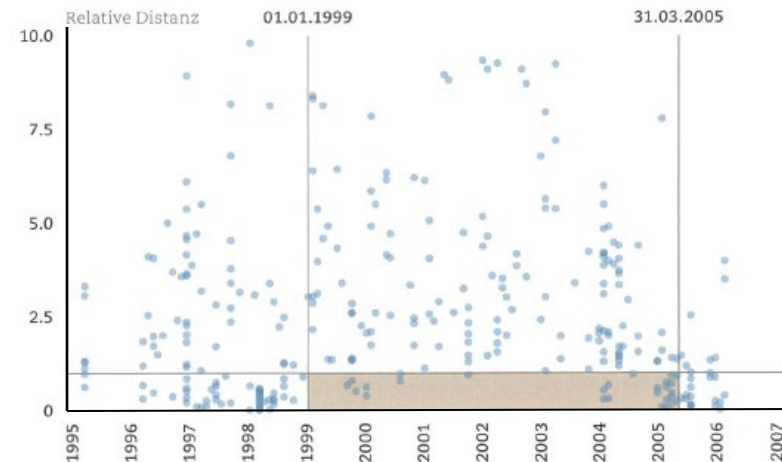
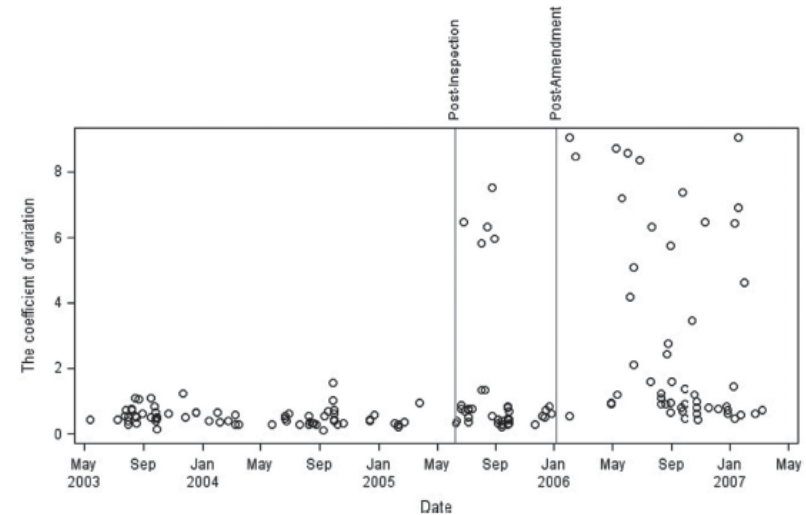
- Dispersion statistique plus serrée
- Distance relative entre 1^e et 2^e offres + importante qu'entre la 2^e et les autres

- **(Auto-)Dénonciation**

- Membre du cartel (LCart 49a II)
- Pouvoir adjudicateur (LMP 45 II)
- Concurrent

- **Perquisition**

- LCart 42 / DPA 45 ss
- Mandat de perquisition



Sources: Imhof et Huber/Imhof/Ishii



Conseils pratiques

En général

- Comportement dommageable
- Illicite et sanctionnable
- Risque entrepreneurial réel et concret

Adjudicateurs

- Connaître le marché et favoriser les offres
- Décourager les comportements illicites
- Sensibiliser le personnel

Soumissionnaires

- Rôle/responsabilité des organes
- Programme de compliance
- Vigilance interne



I. Accords horizontaux

p. 103 ss

B. Cartels de rotation

Notion et régime juridique

• **Éléments-clés**

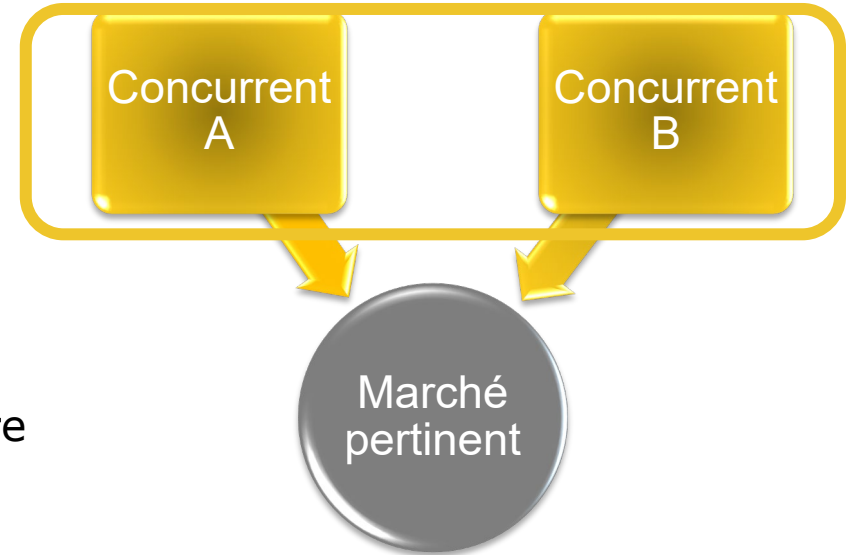
- Accord-cadre durable
- Participants identiques
- Marché pertinent identique
- Rotation selon clé de répartition
- Accords (individuels) de mise en œuvre

• **Faisceau d'indices (Affaire *Engadin I*)**

- Réunions périodiques +
- Mode opératoire concerté: consortium, puis offres de soutien +
- Nombreux projets touchés

• **Régime juridique applicable**

- = cartel de soumission
- Point de vue global:
 - Preuve de l'accord global suffit (pas besoin des accords individuels)
 - Justification économique globale nécessaire



Risque entrepreneurial

■ Sanction (LCart 49a I)

- CA élevé car comprend le CA total de chaque entreprise sur le marché
- % + élevé pour le montant de base
- Augmentation de la sanction en raison de la durée

■ Prescription (LCart 49a III/b)

- Infraction continue
- Possibilité de remonter loin dans le temps

■ Programme de clémence (LCart 49a II)

- Exemption uniquement pour la 1^{ère} entreprise

■ Exemple (Affaire *Engadin I*)

- Accord 2008-2012 pour génie civil et constructions en Basse-Engadine
- CA montant de base 83 millions
- Montant de base (7%) 5,8 millions
- Durée: + 45% 8,4 millions
- Réduction: - 40% (collaboration) - 30% (autres infractions) **2,5 millions**



I. Accords horizontaux

p. 106 ss

C. Echanges d'informations

Notion

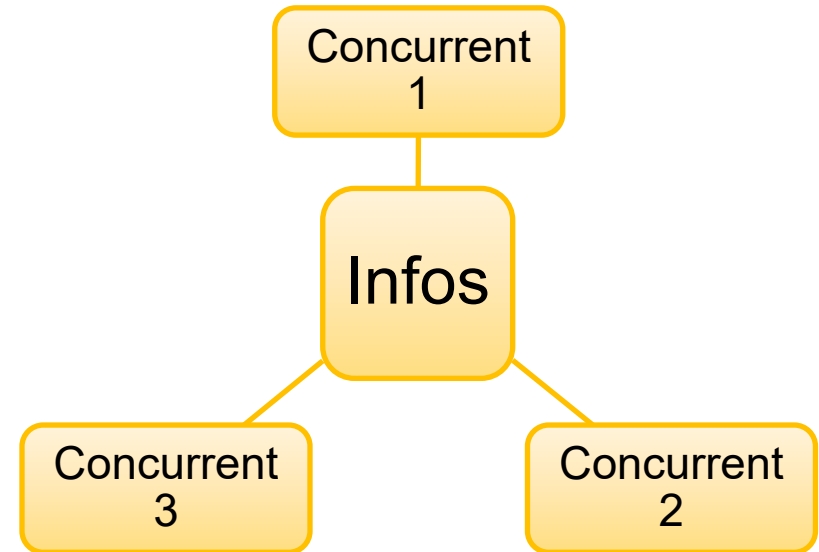
■ Effets concurrentiels ambigus

- Accès à l'information (benchmarking)
- Réduction des coûts

vs

- Favorisation de la collusion
- Verrouillage du marché

→ Analyse au cas par cas



■ Accord sous forme de «pratique concertée»? (LCart 4 I)

3 conditions:

- 1) Communication (bi- ou multilatérale)
- 2) Comportement coordonné sur le marché
- 3) Rapport de causalité



Régime juridique

- **Accord: viser/entraîner une restriction à la concurrence? (LCart 4 I)**
 - Nature données sensibles (prix, coûts, clients, capacité, parts)
 - Actualité données historiques, actuelles ou futures
 - Caractère public ou privé
 - Granularité données agrégées ou individualisées
 - Fréquence faible ou élevée

- **Accord illicite? (LCart 5)**
 - Pas de présomption de suppression de la concurrence (5 III)
 - Affectation notable de la concurrence? (5 I)
 - Justification pour des motifs économiques? (5 I/II)
 - Si illicite:
 - Pas de sanction financière / Ev. Injonction comportementale (30 I)



Exemple et conseils pratiques

■ Exemple (*Affaire Valais – Traitement des déchets*)

- Prise de contact pour sonder l'intérêt à participer à un appel d'offres
- Pas de discussion sur les prix ou la répartition des partenaires commerciaux
- Constat d'illicéité sans sanction financière directe
- Injonction comportementale

■ Conseils pratiques

- Ne pas mettre en œuvre un cartel de soumission
- Réduire le caractère sensible des données
 - Récolte des données (représentatives, objectives, historique, fréquence)
 - Traitement des données (agrégation, utilisation d'un tiers)
- Transparence vis-à-vis des autorités
 - Conseil du Secrétariat (LCart 23 II)
 - Annonce anticipée du comportement (LCart 49a III)



I. Accords horizontaux

C. Associations professionnelles

p. 110 ss

Outils

- Echanges d'informations licites (benchmarking)
- Schémas de calcul (Communication de la Comco de 1998)



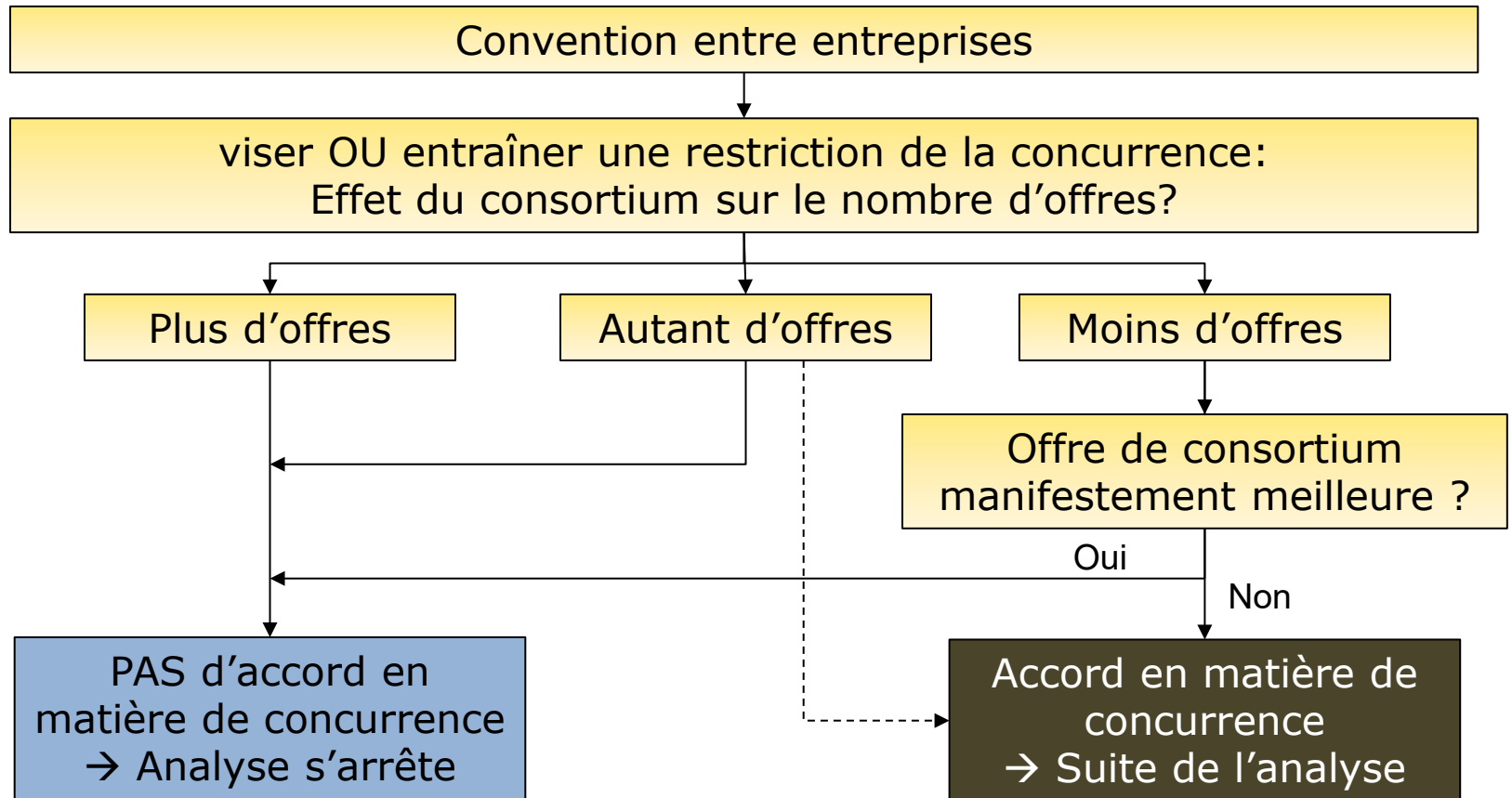
I. Accords horizontaux

D. Consortiums

p. 114 s.
Annexe 2
p. 130

Appréciation matérielle (1)

Accord en matière de concurrence
(LCart 4 I)



Source: Inspiré de Magnin

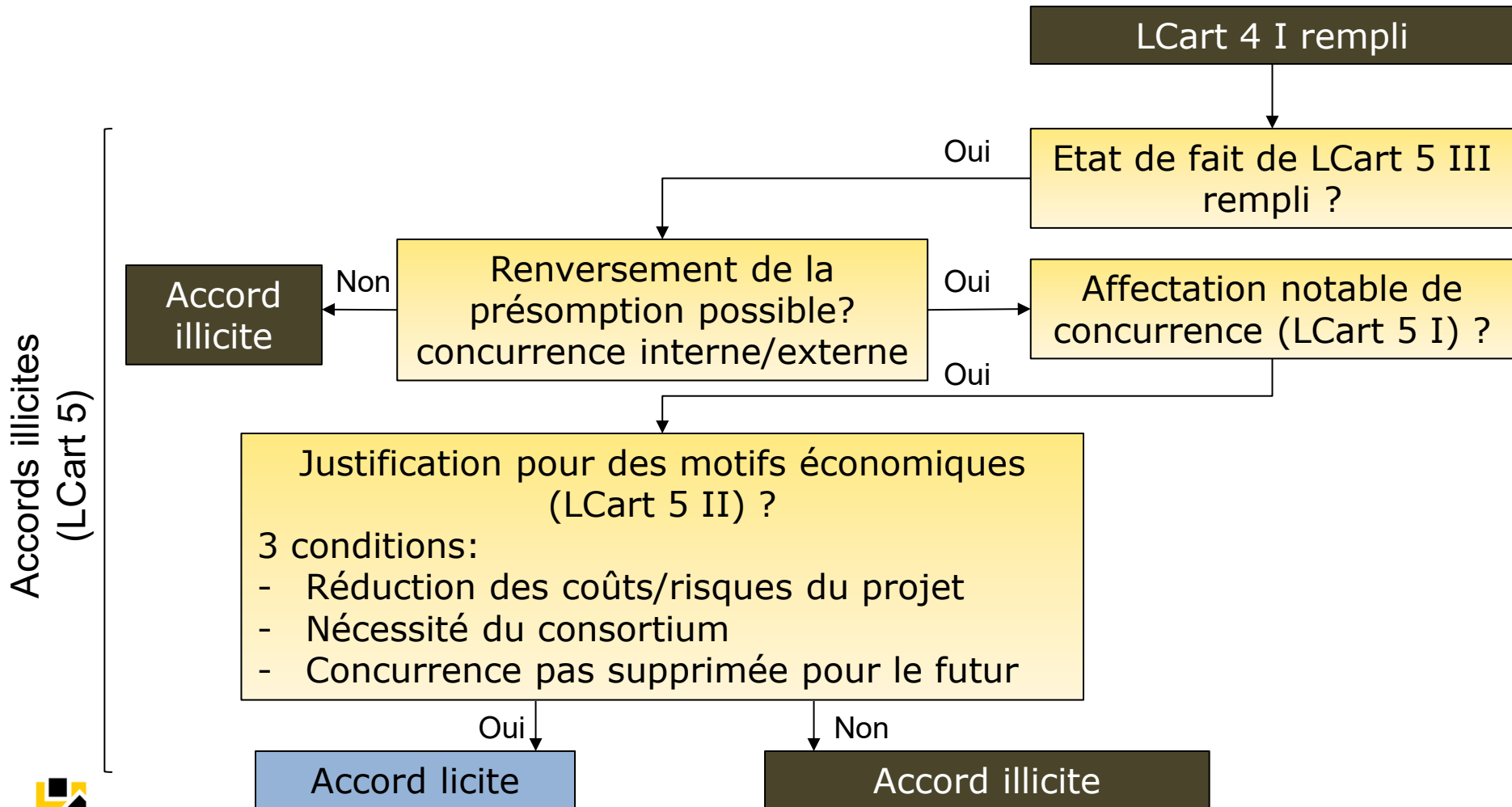


I. Accords horizontaux

D. Consortiums

p. 115 s.
Annexe 2
p. 130

Appréciation matérielle (2)



Conseils pratiques

- **Consortium = pas illicite en soi**
 - «RIP consortium»: slogan politique
 - Consortiums ouverts et constitués de bonne foi: en principe licites
- **Documenter les motifs de la constitution d'un consortium**
 - Utiliser l'annexe 2
 - Rédiger une note de synthèse
- **Limiter les échanges d'informations au strict nécessaire**
 - Limiter l'échange aux données nécessaires
 - Limiter les personnes impliquées (*clean team*)



II. Abus de pouvoir de marché

A. Généralités

p. 117 ss

■ Constat: quasi-absence de violation de la LCart

- Structure atomisée du marché → pas de position dominante

■ Pouvoir de marché relatif ?

- LCart 4 II^{bis} (depuis 1.1.2022; affaire *Payot/Madrigall*)
- Relation bilatérale (pas d'analyse de marché)
- 3 conditions:
 - 1) Dépendance
 - 2) Absence de contre-pouvoir
 - 3) Absence de faute grave

■ Abus de pouvoir de la main publique ?

- LCart applicable
- Conditions:
 - 1) Position dominante (LCart 4 II)? → à vérifier pour chaque marché
 - 2) Abus (LCart 7)? → peu probable si respect de LMP/AIMP



II. Abus de pouvoir de marché

p. 121 ss

B. Gravières, décharges et enrobage

4 décisions récentes:

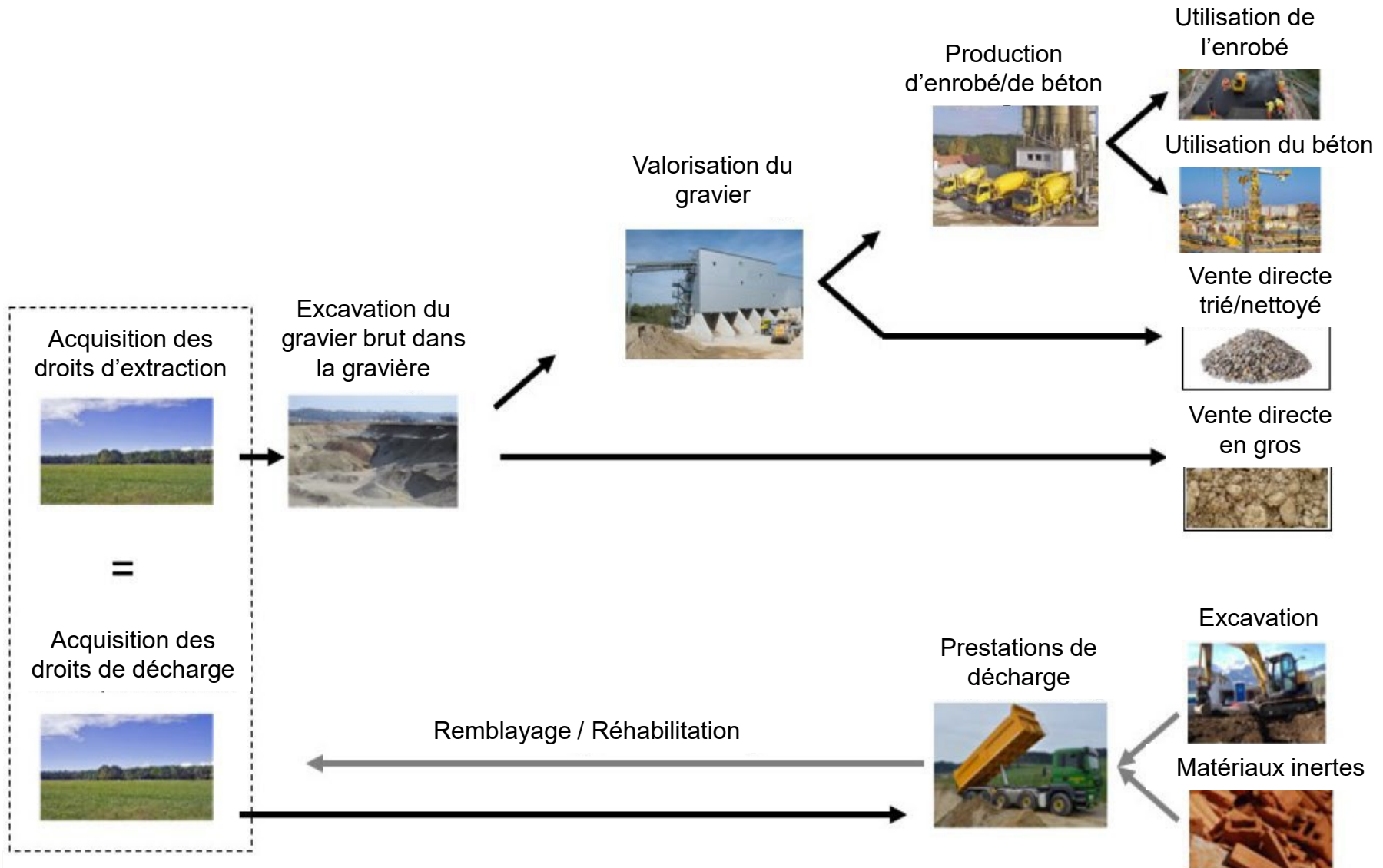
- KTB-Werke Berne (2018)
- Belagswerke Berne (2021)
- Deponie Hösli Liestal (2023)
- Baustoffe und Deponien Bern (2024)



II. Abus de pouvoir de marché

p. 121 ss

B. Gravières, décharges et enrobage



Sources: Traduit de Stüssi/Arnold

II. Abus de pos° dominante p. 121 ss

B. Gravières, décharges et enrobage

■ **Marché particulier**

- Actionnaires actifs sur le même marché ou sur un marché aval (construction de route, transport, élimination de déchets)
- Rôle ambigu des autorités cantonales de planification

■ **Combinaison avec des accords illicites entre actionnaires (LCart 5)**

- Clauses de non-concurrence
- Coordination des prix (bruts, minimum, rabais,...)
- Coordination des zones de livraison
- Gestion commune du suivi des débiteurs et des refus de livraison

■ **Marché pertinent**

- Paramètre principal: prix car les produits sont homogènes
- Critère géographique : zone de livraison principale (coûts de transport élevés)
- Marché défini étroitement



II. Abus de pos° dominante

p. 122

B. Gravières, décharges et enrobage

■ **Position dominante (LCart 4 II)**

- Facilement atteinte
- Part de marché élevée (marché pertinent étroit)
- Concurrence potentielle inexistante (droit administratif=barrières à l'entrée)

■ **Abus de position dominante (LCart 7)**

- Conditions préférentielles en faveur des actionnaires (rabais, ristournes,...)
 - Discrimination non justifiée entre actionnaires et non-actionnaires
- Primes de fidélité calculées sur dix ans
 - Effet de captivité des acheteurs
 - Entrave des concurrents
- Obligation d'achat de gravier en cas de mise en décharge
 - Transaction couplée illicite
 - Equilibre de la décharge n'est pas un motif justificatif
 - Entrave des concurrents et exploitation des partenaires commerciaux



II. Abus de pos° dominante

p. 123

B. Gravières, décharges et enrobage

■ Sanction financière

- Petite décharge CHF 750'000-1'500'000 + CHF 200'000 (frais de procédure)
- Grandes gravières CHF 22 millions

■ Conseils pratiques

- En général
 - Peu d'abus de position dominante
 - Si pas de position dominante → pas d'abus, pas d'illicéité, pas de sanction
 - Pas évident de prouver un abus de la main publique
- Cas particulier des gravières, décharges et enrobage
 - Risque élevé d'illicéité et de sanction
 - Incohérences entre autorités cantonales et Comco
 - Due Diligence / Mesures pour diminuer le risque



III. Conclusion

