

# LE TEMPS

---

L'invité Mardi 19 mai 2015

## Activité soutenue de la Comco dans le secteur de la construction

Par Dominique Guex\*

**La Commission de la concurrence (Comco) a sanctionné trois entreprises alémaniques actives dans le domaine de l'entretien des tunnels routiers pour violation de la loi sur les cartels (LCart). Ces entreprises ont été condamnées pour avoir conclu un «cartel de soumission»**

Le 5 mars dernier, la Commission de la concurrence (Comco) a sanctionné trois entreprises alémaniques actives dans le domaine de l'entretien des tunnels routiers pour violation de la loi sur les cartels (LCart). Ces entreprises ont été condamnées pour avoir conclu un «cartel de soumission», soit pour avoir coordonné leurs offres dans le cadre de procédures d'adjudication de marchés publics pour l'entretien de tels ouvrages. Selon la Comco, elles ont déterminé à l'avance laquelle d'entre elles remporterait le marché concerné et à quel prix. S'agissant d'un accord sur les prix au sens de la LCart, elles se sont vu infliger des amendes d'un montant total de 161 000 francs. Ce montant aurait pu être beaucoup plus élevé, mais a été réduit en raison d'auto-dénonciations et de la coopération des parties.

Il s'agit là de la plus récente intervention de la Comco dans le secteur de la construction au cours des trois dernières années, après qu'elle a successivement sanctionné des cartels de soumission dans le domaine des routes et du génie civil dans les cantons de Zurich et d'Argovie. A l'heure actuelle, des enquêtes sont en cours concernant des pratiques similaires dans le canton de Saint-Gall et environs, ainsi qu'en Engadine. Début 2015, une enquête a été ouverte concernant des soupçons d'entente illicite dans le domaine du gravier et des décharges dans le canton de Berne. D'autres procédures ont débouché sur des condamnations de producteurs de ferrements pour portes et fenêtres. Ce sont tant des poids lourds de la construction en Suisse que des PME qui ont été touchés. Tôt ou tard, l'on peut s'attendre à ce que la Comco s'intéresse également à d'éventuels cas de ce côté-ci de la Sarine. Ce d'autant plus qu'à fin 2012 un nouveau service a été créé au sein du Secrétariat de la Comco, chargé d'enquêter exclusivement sur les problèmes de concurrence dans le domaine de la construction au sens large (bâtiment, génie civil, routes, second œuvre, matériaux, etc.).

Cette actualité fournit l'occasion de rappeler que si certaines formes de coopération entre acteurs du marché sont légales et mêmes pro-compétitives, d'autres ne le sont pas. Un consortium d'entreprises qui n'auraient à défaut pas les capacités de réaliser un projet ou déposer des offres individuelles est en général admissible. L'on pense ici notamment aux travaux de grande envergure ou à ceux nécessitant l'addition de compétences et de savoir-faire particuliers. De plus, une telle coopération permet souvent à des PME de concurrencer de plus grandes entreprises. Elle peut donc généralement se justifier par des motifs d'efficacité économique. Tel n'est pas le cas lorsque les membres du consortium ont simplement décidé de coopérer plutôt que d'intervenir individuellement sur le marché et de se concurrencer. Tel n'est pas le cas non plus des cartels de soumission dans le cadre desquels les entreprises se jouent du processus d'adjudication et de mise en concurrence voulu par le législateur.

La démarcation entre coopération licite et illicite est souvent floue et dépend énormément des particularités du cas d'espèce. De manière générale, dès que les entreprises touchent d'une manière ou d'une autre au paramètre «prix», ou se répartissent des clients, la situation est problématique. Plus les parts de marché des entreprises sont grandes, plus la coopération porte sur un nombre de cas élevé, plus les risques sont significatifs. Les PME ne sont pas à l'abri, notamment lorsqu'elles se regroupent (y compris au sein d'associations professionnelles) ou disposent d'un savoir-faire spécialisé qui leur donne une position importante dans une niche du marché. En l'absence de motifs de justification économique prépondérants, la jurisprudence de la Comco montre que celle-ci aura tôt fait de constater une affectation notable de la concurrence violant la LCart.

Un examen préalable rigoureux des modalités de toute coopération entre concurrents et des risques en découlant doit donc absolument être entrepris. Une dénonciation par un concurrent, un client, une collectivité publique ou même un partenaire représente toujours un risque bien réel. Outre les risques liés à une sanction pécuniaire par la Comco (jusqu'à 10% du chiffre d'affaires cumulé des trois dernières années), les frais de procédure et de défense, le temps perdu, les dégâts d'image mais aussi les risques de suites civiles ne sont pas à négliger. Sur ce dernier point, il est à noter que certaines collectivités publiques n'hésitent pas à exiger des dommages-intérêts de la part d'entreprises condamnées par la Comco sur le plan administratif dans le cadre d'un cartel de soumission dont elles auraient été victimes, à l'image du canton du Tessin et de la commune de Lugano il y a quelques années, qui avaient obtenu des dédommagements pour plus de 5 millions de francs («cartel de l'asphalte»).

\*LL.M., avocat (Lausanne), chargé de cours à la HEG-Arc (Neuchâtel-Berne-Jura)

LE TEMPS © 2015 Le Temps SA