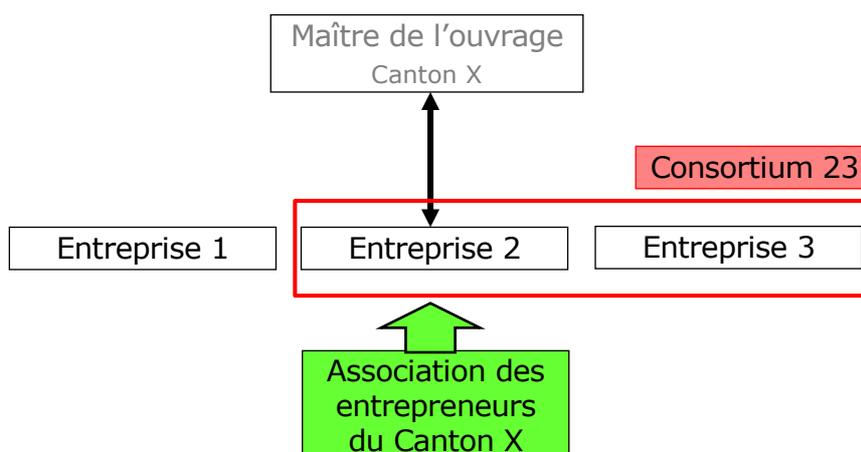


## La construction à l'épreuve du droit de la concurrence: Principes et nouveautés

Chambre des avocats spécialistes FSA  
en droit de la construction et de l'immobilier  
Berne, 3 septembre 2019

Prof. Blaise Carron, Université de Neuchâtel  
Avocat spécialiste FSA droit de la construction et de l'immobilier  
Of-Counsel AGON Partners

### POUR SE METTRE EN APPÉTIT...



## Weko legt ausführlichen Bericht zum Bündner Baukartell vor

Die Wettbewerbskommission (Weko) hat den 300 Se- illegalen Preisabsprachen auf dem Bau im Untereng- Graubündens sind damit noch zwei Weko-Entscheid dieses Jahr, sondern Anfang 2019.

La COMCO inflige des amend à des entreprises de construction du canton d'Argovie

(Dernière modification 12.01.2012)

### Kanton schliesst Vergleichsvereinbarungen in WEKO-Verfahren involvierten Bauunternehm ab

14.06.2019

Der Kanton Graubünden einigt sich mit neun Unternehmen im Strassenbelagsbau über Vergleichszahlungen und schafft die Gr für neues Vertrauen in der Zukunft. Weitere Vergleichsverhandlung... laufen.

<https://www.suedostschweiz.ch/wirtschaft/2019-04-02/buendner-baukartell-machte-der-weko-mit-am-meisten-arbeit>

Berne, 12.01.2012 - La Commission de la concurrence a sanctionné 17 entreprises de construction du canton d'Argovie actives dans la construction de routes et le gén civil pour avoir conclu entre 2006 et 2009 des accords illiq de prix et de répartition de clientèle. Les amendes s'élèvent dans l'ensemble à environ 4 millions de CHF. Dans sa déci du 16 décembre 2011, la COMCO a tenu compte du fait q sept des entreprises de construction ont coopéré durant l'enquête.

## PLAN



### Introduction

#### I. Généralités

- A. Précisions sur le thème
- B. Chiffres-clés
- C. Droit de la concurrence: 3 piliers

#### II. Accords illicites en matière de concurrence

#### III. Mise en œuvre

### Conclusion: leçons pratiques

**I. GENERALITES**  
**B. Chiffres-clés**




---

- Création Service « construction » 01.09.2012

Depuis cette date...

- Nombre de collaborateurs 10
- Nombre d'affaires 60
- Nombre d'enquêtes ouvertes 19
- Nombre de perquisitions 8, 45 entreprises
- Montant total des amendes imposées > CHF 120 mio
- Plus grosse amende imposée CHF 80 mio

Prof. Blaise Carron
La construction à l'épreuve du droit de la concurrence
5

**I. GENERALITES**  
**C. 3 piliers du droit de la concurrence**




**Entreprises  
(privées/publiques)  
+  
Doctrines des effets**

**Accords  
illicites  
(LCart 5)**

**(TFUE 101)**

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

**(TFUE 102)**

Ex. AT.40026 - Velux

**Contrôle des  
concentrations  
(LCart 9 ss)**

**(Rglmt 139/2004)**

Ex. M.8536 - Atlantia/  
Abertis Infraestructuras

Prof. Blaise Carron
La construction à l'épreuve du droit de la concurrence
6




**PLAN**

**Introduction**

**I. Généralités**

**II. Accords illicites en matière de concurrence**

**A. Accords en matière de concurrence (4 I LCart)**  
**B. Accords illicites (5 LCart)**  
**C. Exemple concret: Bau- und Fensterbeschläge**

**III. Mise en œuvre**

**Conclusion**

---

Prof. Blaise Carron      La construction à l'épreuve du droit de la concurrence      7




**II. Accords illicites en matière de concurrence**

**A. Accord en matière de concurrence**

**Art. 4 I LCart/KG**

Par **accords en matière de concurrence**, on entend

- les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées
- d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents,
- dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence.

Als **Wettbewerbsabreden** gelten

- *rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*
- *von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen,*
- *die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken*

---

Prof. Blaise Carron      La construction à l'épreuve du droit de la concurrence      8

II. Accords illicites en matière de concurrence  

A. Accord en matière de concurrence

### 1. Accords

**Action COLLECTIVE consciente et voulue**

**Bewusstes und gewolltes ZUSAMMEN-wirken**

- Accord avec force *obligatoire*
  - Contrats, statuts, décisions,...
  - Ex. DPC 2010/2, p. 393 ss, *Tessin*, consid. 7.2
- Accord sans force *obligatoire*
  - Gentlemen's agreement; recommandations
  - Ex. DPC 2010/2, p. 393 ss, *Tessin*, consid. 7.2
- Pratiques concertées
  - Ex.: Reporting System; échange d'informations
  - Ex. DPC 2012/2, p. 270 ss, Strassen- und Tiefbau Aargau, N. 956

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 9

II. Accords illicites en matière de concurrence  

A. Accord en matière de concurrence

### 2. Accords en matière de concurrence

**Accord en matière de concurrence**

**Wettbewerbs-abrede**

- Viser** une restriction à la concurrence
  - Concept objectif
  - Effet préventif (pas besoin de mise en œuvre)
  - Ex. DPC 2018/4, p. 756 ss, *Engadin III*, N. 96
- OU**
- Entraîner** une restriction à la concurrence
  - Effet de restriction suffit (pas besoin de viser la restriction)

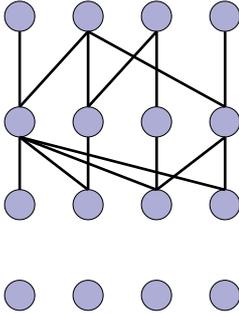
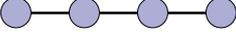
Ex. Bauleistungen See-Gaster, 8.07.2016 (non publié), N. 1209

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 10

II. **Accords illicites en matière de concurrence**  

A. **Accord en matière de concurrence**

### 3. Types d'accords en matière de concurrence

	Accords horizontaux	Accords verticaux
Fabricants/ Importateurs		
Fournisseurs		
Entrepreneurs		
Consommateurs Maîtres d'ouvrage		

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 11

II. **Accords illicites en matière de concurrence**  

A. **Accord en matière de concurrence**

### DPC 2010/4, 717, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren

**Comportement**  
22.9.2006: Echange d'informations entre grossistes sur des augmentations de prix (moment/montant), annoncées et exécutées

**Comco** (2010, 91 pages)

- Pratique concertée = Informations échangées entre concurrents sur un comportement futur, qui réduit le risque relatif à une augmentation unilatérale de prix + envoi de courriers annonçant l'augmentation qui cimente l'accord = pratique concertée
- Viser une restriction de la concurrence car but = connaître ce que fait le concurrent
- Caractère horizontal car entre concurrents

! Décision pas définitive (TAF, 2014, 105 p.; TF, 2017, 10 p., renvoi)

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 12




**PLAN**

---

**Introduction**

**I. Généralités**

**II. Accords horizontaux illicites**

**A. Accords en matière de concurrence (4 I LCart)**  
**B. Accords horizontaux illicites (5 LCart)**  
**C. Exemple concret: Cartel de soumission**

**III. Mise en œuvre**

**Conclusion**

---

Prof. Blaise Carron      La construction à l'épreuve du droit de la concurrence      13




**II. Accords illicites en matière de concurrence**

**B. Accords illicites**

---

**Art. 5 LCart**

**Alinéa 1:** Sont **illicites** les accords

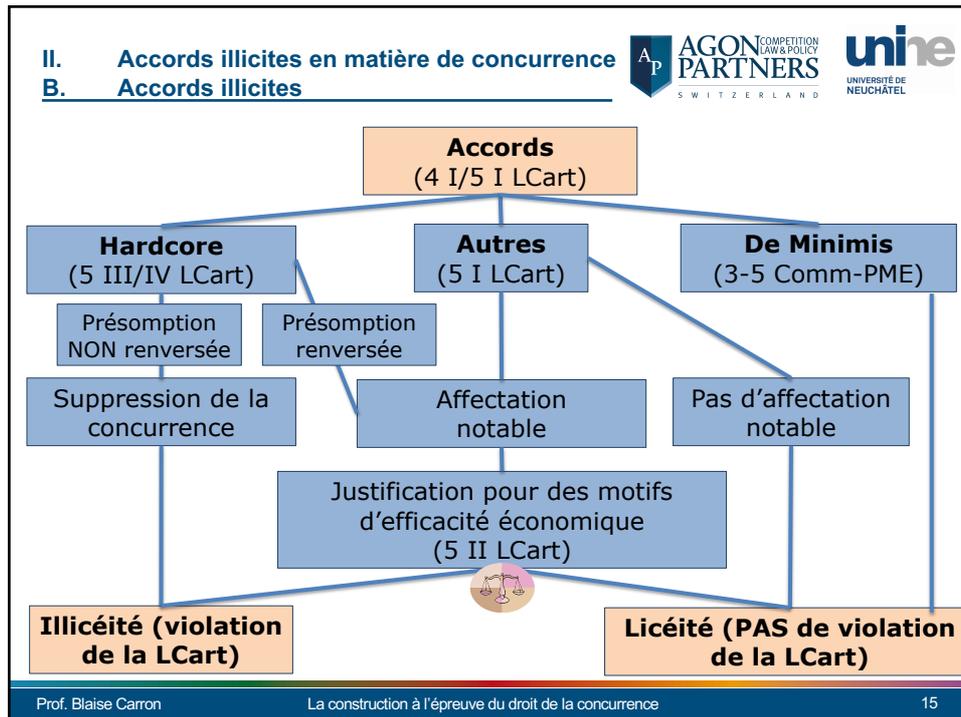
- qui **affectent de manière notable** la concurrence sur le marché de certains biens ou services ET qui ne sont **pas justifiés par des motifs d'efficacité économique** [cf. art. 5 II LCart],
- ainsi que tous ceux qui conduisent à la **suppression d'une concurrence efficace**.

**Alinéa 3:** Sont **présumés entraîner la suppression** d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement **concurrentes**, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement des **prix**;
- b. qui restreignent des **quantités** de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une **répartition géographique des marchés** ou une répartition en fonction des **partenaires commerciaux**.

---

Prof. Blaise Carron      La construction à l'épreuve du droit de la concurrence      14



II. Accords illicites en matière de concurrence  
B. Accords illicites

AGON PARTNERS COMPETITION LAW & POLICY SWITZERLAND  
unine UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

**Accords hardcore**

- Présomption de suppression de la concurrence  
! Pas de présomption d'illicéité
- 5 comportements
- Directement sanctionnables jusqu'à 10% du CA (49a I LCart)

**Accords horizontaux (5 III LCart)**

- Accords sur les prix (let. a)
- Accords sur les quantités (let. b)
- Accords sur les territoires (let. c)

**Accords verticaux (5 IV LCart)**

- Prix de vente imposés (minimums/fixes)
- Protection territoriale absolue

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 16

II. **Accords illicites en matière de concurrence**  
 B. **Accords illicites**



### Accord horizontal sur les prix (5 III/a LCart)

- Fixation (directe ou indirecte)
- Prix minima
- Accord sur les rabais, augmentations de prix ou marges
- Corridor de prix
- Accord sur les modalités de paiement
- Recommandations de prix (à certaines conditions)
- Echange d'informations (prix, augmentations, rabais,...) (à certaines conditions)

#### Exemple (DPC 2018/4, p. 756 ss, Engadin III, N. 104)

Entreprises se sont coordonnées entre 2008 et 2012 sur quatre projets de construction (marchés privés). Celle qui devait obtenir le projet préparait des offres de soutien que les autres envoyaient, ce qui entraîne la fixation du prix des offres.

II. **Accords illicites en matière de concurrence**  
 B. **Accords illicites**



### Accord horizontal sur les quantités (5 III/b LCart)

Accord → Réduction de la quantité → Augment<sup>o</sup> du prix

#### Exemple (DPC 2000/2, p. 186 ss, Vitamines, N 31)

«Il ressort des réponses de Hoffmann-La Roche AG, Rhône-Poulenc Animal Nutrition et BASF AG qu'entre fin janvier 1990 et février 1999, des représentants de ces sociétés se sont rencontrés régulièrement afin de s'accorder sur [...] les quantités vendues [...]»

II. Accords illicites en matière de concurrence  
 B. Accords illicites

AGON PARTNERS COMPETITION LAWS & POLICY SWITZERLAND  
 unine UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

### Accord horizontal sur les territoires (5 III/a LCart)

**Exemple (DPC 2009/3, p. 196 ss, E7, N 87)**  
 Electro-installateurs organisent des réunions informelles et s'engagent à ne pas débaucher les clients réguliers des autres, en fournissant des offres de soutien dans les procédures d'appel d'offres.

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 19

II. Accords illicites en matière de concurrence  
 B. Accords illicites

AGON PARTNERS COMPETITION LAWS & POLICY SWITZERLAND  
 unine UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

**Accords (4 I/5 I LCart)**

- Hardcore (5 III/IV LCart)**
  - Présomption NON renversée
  - Suppression de la concurrence
  - Illicéité (violation de la LCart)
- Autres (5 I LCart)**
  - Présomption renversée
  - Affectation notable
- De Minimis (3-5 Comm-PME)**
  - Pas d'affectation notable

Justification pour des motifs d'efficacité économique (5 II LCart)

Illicéité (violation de la LCart) vs Licéité (PAS de violation de la LCart)

Prof. Blaise Carron La construction à l'épreuve du droit de la concurrence 20

**PLAN**

---

**Introduction**

**I. Généralités**

**II. Accords horizontaux illicites**

**A. Accords en matière de concurrence (4 I LCart)**

**B. Accords horizontaux illicites (5 LCart)**

**C. Exemple concret: Cartel de soumission**

**III. Mise en œuvre**

**Conclusion**




Prof. Blaise Carron
La construction à l'épreuve du droit de la concurrence
21

**II. Accords illicites en matière de concurrence**

**C. Exemple: cartel de soumission**

---

**DPC 2018/4, 736 ss, Engadin U, N. 109**

**Comportement**

Pour un seul objet (marché privé), envoi du prix de l'offre à soumettre par une entreprise A, réponse de l'entreprise B qui confirme que l'offre de soutien proposée par A est bien supérieure à celle de B, et l'en remercie.

**Comco** (2017, 20 pages, recours pendant)

- Accord en matière de concurrence sur les prix et sur la répartition du marché, par la soumission par une des parties, d'une offre de soutien plus chère que celle de l'autre partie.
- Accord hardcore selon l'art. 5 al. 3 let. a et c LCart.
- Présomption de suppression de la concurrence non renversée car pas de preuve d'une concurrence résiduelle.
- Pas de motifs justificatifs possibles
- Donc Illicéité
- Sanction de l'entreprise adjudicataire et des entreprises soutenantes




Prof. Blaise Carron
La construction à l'épreuve du droit de la concurrence
22

## II. Accords illicites en matière de concurrence

### C. Cartel de soumission: pratique Comco



Décision de la COMCO	Année de la décision	Durée du cartel	Accord global / accord spécifique	Montant total de la sanction (en CHF)	Entrée en force de la décision
Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin	2007	1999–2003, en partie jusqu'en 2005	Accord global	0 (possibilité de sanction directe à partir de 2004 seulement)	Oui
Entreprises d'installations électriques, région de Borne	2009	2006–2008	Accords spécifiques	1,2 million de CHF	Oui
Travaux routiers et génie civil, canton d'Argovie	2011	2006–2009	Accords spécifiques	3,8 millions de CHF	En partie pendante devant le TF
Travaux routiers et génie civil, canton de Zurich	2013	2006–2009	Accords spécifiques	489 000 CHF	Oui
Nettoyage de tunnel	2015	2008–2013	Accord global	161 000 CHF	Oui
Travaux de construction, région de See-Gaster	2016	2002–2009	Accord global	5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF
Fanoux de signalisation Eflare	2016	2015	Accord vertical de répartition territoriale	33 000 CHF	Oui
Bâtiment et génie civil dans le val Mustair	2017	2004–2012	Accord global	0 (autodénonciations et faillite d'une entreprise)	Oui
Bâtiment et génie civil en Engadine III–VIII	2017	2009–2012	8 accords spécifiques	1 million de CHF	2 décisions entrées en force, 4 décisions pendantes devant le TAF
Bâtiment et génie civil en Engadine I	2018	1997–2012	Plusieurs accords globaux, 11 accords spécifiques	7,5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF

Source: DPC 2019/1, p. 37

## PLAN



### Introduction

#### I. Généralités

#### II. Accords illicites en matière de concurrence

#### III. Mise en œuvre

- A. Procédure administrative
- B. Procédure civile
- C. Exemple concret: Engadin

### Conclusion

<p><b>III. Mise en œuvre</b>  <b>A. Procédure administrative</b></p>	 	
<p><b>Base légale</b></p>	<p><b>art. 26 ss LCart</b></p>	
<p><b>Déroulement type</b></p>	<p>Perquisitions et programme de clémence          Enquête          Décision de la Comco (amende)          Recours au TAF et TF</p>	
<p><b>Sanction</b></p>	<p><b>art. 49a LCart + OS LCart (RS 251.5)</b>          • Max. 10% du CA moyen des 3 dernières années</p>	
<p><b>Développements récents</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>GABA</u> = ATF 143 II 297 → + facile de de prouver l'affectation notable</li> <li>• Mise en place d'un « screening » dans les marchés publics, permettant de détecter les cartels en fonction des prix des offres soumises (DPC 2019/1, p. 36) (Ex. Bauleistungen See-Gaster)</li> <li>• Sujets actuels: RPH SIA <a href="http://www.rph.sia.ch">www.rph.sia.ch</a></li> <li>• Tension entre obligation de collaborer et <i>nemo tenetur</i></li> </ul>		
Prof. Blaise Carron	La construction à l'épreuve du droit de la concurrence	25

<p><b>III. Mise en œuvre</b>  <b>B. Procédure civile</b></p>	 	
<p><b>Base légale</b></p>	<p><b>art. 12 ss LCart, art. 41 CO (?), autres</b></p>	
<p><b>Déroulement type</b></p>	<p>Ouverture d'une procédure administrative          Interruption de la prescription          Clôture d'une procédure administrative          Victime veut obtenir réparation du dommage          Négociation          Transaction</p>	
<p><b>Développements récents</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Révision en droit européen (Directive 2014/104)</li> <li>• Nombreuses questions ouvertes et obstacles: qualité pour agir, délai de prescription, fixation du dommage (principe, passing-on defence), accès au dossier (protection des auto-dénonciateurs)</li> <li>• Révision législative prochaine en Suisse (?)</li> </ul>		
Prof. Blaise Carron	La construction à l'épreuve du droit de la concurrence	26

III. Mise en œuvre  
C. Exemple concret

### Cartel de l'Engadine (marchés publics)

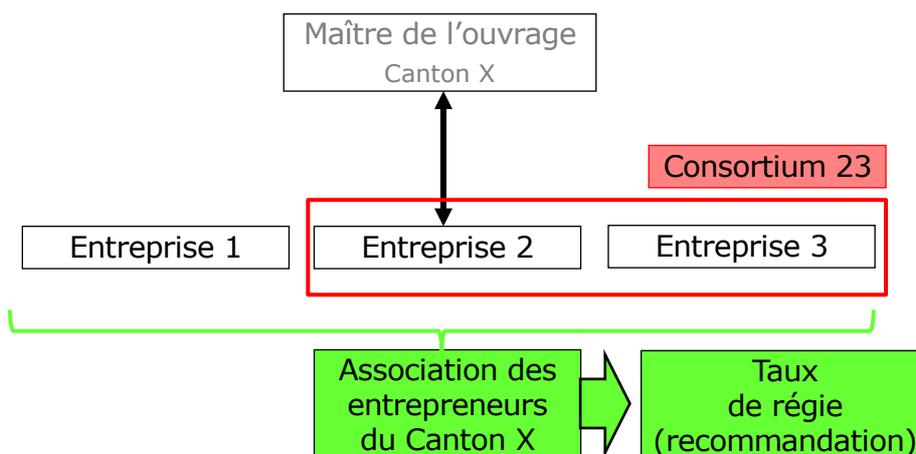
#### Procédure administrative

- 30.10.2012 Ouverture des enquêtes contre 19 entreprises
- 22.04.2013 Extension à 7 entreprises supplémentaires
- Dès 2017 Premières décisions (8 décisions avec amendes)

#### Procédure civile

- 13.11.2012 Publication des entreprises visées dans la FF 2012 8319
- .... Attente
- 14.6.2019 Transaction entre le Canton et 9 entreprises

### ET DANS NOS EXEMPLES?





## MERCI DE VOTRE ATTENTION !

Prof. Blaise Carron  
Av. du 1<sup>er</sup>-Mars 26  
CH-2000 Neuchâtel  
Blaise.Carron@unine.ch  
[www.unine.ch](http://www.unine.ch)

