

Non classifié

DAF/COMP/GF/WD(2015)21

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

29-Sep-2015

Français - Or. Français

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

Forum mondial sur la concurrence

POURQUOI CERTAINS SECTEURS SEMBLent SUJETS À UNE COLLUSION ENDÉMIQUE ?

Contribution de la Suisse

-- Session IV --

Cette contribution est soumise par la Suisse au titre de la Session IV du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 29 et 30 octobre 2015.

Mme Ania Thiemann, Responsable des relations extérieures, Division de la Concurrence, OCDE
tél. +33 1 45 24 98 87, adresse électronique : Ania.Thiemann@oecd.org

JT03382693

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

DAF/COMP/GF/WD(2015)21
Non classifié

Français - Or. Français

POURQUOI CERTAINS SECTEURS SEMBLENT-ILS SUJETS À UNE COLLUSION ENDÉMIQUE ?

-- Suisse --

I. Introduction

1. La Commission de la concurrence (ci-après : COMCO) est l'autorité chargée de l'application de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après : LCart)¹. Depuis le 1^{er} avril 2004, la COMCO peut sanctionner par des amendes les entreprises ayant violé la LCart, en particulier en cas d'accords illicites portant sur la fixation des prix ou sur la répartition de marchés ou de partenaires commerciaux. La révision de la loi de 2004 a aussi introduit un programme de clémence permettant d'exonérer totalement ou en partie les entreprises s'auto-dénonçant et coopérant avec l'autorité. Après une courte présentation des cas touchant à plusieurs reprises le secteur de la construction, les facteurs susceptibles d'induire la collusion de manière répétée sont abordés. Enfin, quelques implications pour la mise en œuvre du droit sont présentées.

II. Secteurs sujets à des collusions répétées

2. La COMCO n'a pas eu à traiter de cas de cartels importants concernant les produits chimiques ou le secteur de l'alimentation dans les dix dernières années, deux des trois secteurs mentionnés dans l'appel à contribution de l'OCDE. En revanche, la COMCO a eu plusieurs cas concernant le secteur de la construction (gros œuvre et second œuvre) et les soumissions publiques. L'énumération suivante donne un court aperçu des résultats des procédures les plus importantes dans le secteur de la construction² :

- Accords de soumission dans les routes et le génie civil dans le canton du Tessin (2007)³: accord sur la répartition des soumissions impliquant 17 entreprises tessinoises avec une charte et des quotas par entreprise. Les entreprises n'ont pas été sanctionnées car elles ont abandonné l'accord avant l'entrée en vigueur de la loi révisée prévoyant des sanctions pour ce type d'infractions. La décision est entrée en force.

¹ <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>

² Toutes les décisions de la COMCO sont publiées dans Droit et politique de la concurrence (DPC) dans la langue originale de procédure. Le DPC est disponible online sur le site www.comco.ch, rubrique « Documentation ».

³ Décision en italien dans DPC 2008/1, p. 50, en allemand p. 84. Voir la présentation détaillée du cas dans la contribution de la Suisse pour la table ronde de l'OCDE sur la construction (2008) <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41765075.pdf>.

- Accords entre entreprises d'électricité dans le canton de Berne (2009)⁴ : accord de répartition des soumissions entre les sept plus grandes entreprises électriques bernoises. Toutes les entreprises ont coopéré avec la COMCO dans le cadre du programme de clémence. Les sanctions se sont élevées à un montant total d'environ 2 millions de francs suisses (environ la même somme en €). La décision est entrée en force.
- Accords de soumission dans les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie (2011)⁵ : 17 entreprises ont été sanctionnées pour environ une centaine d'accords de soumission (répartitions des soumissions) entre 2006 et 2009. Les sanctions se sont élevées à un montant total d'environ 8 millions de francs suisses. Les quatre recours contre les décisions d'amende sont encore pendants devant la juridiction d'appel. Plusieurs entreprises ont coopéré avec l'autorité dans le cadre du programme de clémence.
- Accords de soumission dans les routes et le génie civil dans le canton de Zurich (2013)⁶ : 12 entreprises de construction ont été sanctionnées pour une trentaine d'accords de répartition des marchés entre 2006 et 2009. Les sanctions se sont élevées à un montant total d'environ 500'000 francs suisses. La décision est entrée en force.
- Accords de soumission dans la construction (routes, génie civil et construction) dans le canton des Grisons (ouverture en 2012)⁷ : cette enquête ouverte en 2012 est dirigée contre une trentaine d'entreprises actives dans la construction du canton des Grisons. Le canton des Grisons est le plus grand canton en superficie de Suisse et est situé dans des régions montagneuses. L'enquête est encore pendante devant l'autorité. Des perquisitions ont eu lieu à deux reprises (extension géographique de l'enquête).
- Système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs (2014)⁸ : les fédérations cantonales des entrepreneurs gèrent un système de notification permettant aux entreprises d'annoncer leurs intentions de soumettre des offres dans le domaine de la construction. Grâce à ce système, les membres de l'association peuvent voir sur le site internet quelles entreprises envisagent de soumettre une offre, avant le délai de remise des offres. Ce système a favorisé les accords de soumission illicites dans les cantons d'Argovie et de Zurich. Dans certains cantons, ce système a subsisté jusqu'en 2014. Suite aux enquêtes dans les cantons d'Argovie et de Zurich, une enquête préalable sur ces systèmes de notification a amené tous les cantons (avec une exception)⁹ à abolir ce système.
- Accords de soumission dans les routes et le génie civil dans la région See-Gaster (ouverture en 2013)¹⁰ : cette enquête ouverte en 2013 est dirigée contre huit entreprises actives dans la construction de routes et le génie civil de la région See-Gaster et régions avoisinantes (canton de St.Gall et canton de Schwyz). Elle est encore pendante devant l'autorité. Des perquisitions ont eu lieu à deux reprises (extension de l'enquête).

⁴ DPC 2009/3, p. 196 ss.

⁵ DPC 2012/2, p. 270 ss

⁶ DPC 2013/4, p. 524 ss.

⁷ Voir rapport annuel 2014, DPC 2015/1, p. 60.

⁸ DPC 2014/2, p. 373.

⁹ Une fédération a adapté son système de notification d'une manière conforme à la LCart.

¹⁰ Voir rapport annuel 2014, DPC 2015/1, p. 60.

- Nettoyage de tunnels (2015)¹¹: trois entreprises se sont réparties les soumissions publiques de nettoyage de tunnels dans plusieurs régions de Suisse. Il ne s'agit pas d'un cas typique du secteur de la construction mais d'un secteur présentant des caractéristiques en partie similaires (soumissions publiques). La décision est entrée en force.
- Décharges et gravier (ouverture en 2015) : l'enquête est dirigée contre plusieurs entreprises actives dans le canton de Berne pour des soupçons d'accords illicites et/ou d'abus de position dominante. L'enquête est encore pendante devant l'autorité.

3. Comme cette liste le montre, le secteur de la construction des routes et du génie civil a fait l'objet de cinq enquêtes de l'autorité dans les dix dernières années (Tessin, Argovie, Zurich, See-Gaster et Grisons). Les cinq enquêtes concernent le même secteur dans des cantons différents de la Suisse. Trois de ces enquêtes sont terminées. Les deux autres enquêtes, d'une grande complexité, sont encore en cours.

4. Une entreprise de construction, active au niveau national, a été ou est impliquée dans les cinq procédures mentionnées. Il s'agit des différentes succursales ou filiales du même groupe actif dans différents cantons. Quelques entreprises étaient impliquées ou sont impliquées dans deux ou trois des enquêtes des cantons d'Argovie, de Zurich et de See-Gaster. Cela s'explique par la proximité géographique des quatre cantons concernés par ces enquêtes.

III. Facteurs susceptibles d'induire des collusions répétées

5. Les trois premières enquêtes dans le secteur de la construction des routes et du génie civil ont été ouvertes suite à des dénonciations de personnes tierces (et non pas en raison d'une demande de clémence). Une enquête a été ouverte suite à une étude statistique des appels d'offres d'un canton et une autre enquête a été ouverte suite à une demande de clémence. Ce ne sont pas les facteurs caractéristiques du marché qui ont induit l'autorité à ouvrir des enquêtes dans ce secteur. Cependant, certaines caractéristiques du marché et le fait que des accords illicites avaient été constatés dans des enquêtes précédentes dans le même secteur, ont conforté l'autorité dans sa décision d'ouvrir des enquêtes.

6. Les facteurs susceptibles d'induire des collusions répétées souvent mentionnés dans la littérature et dans les documents de l'OCDE sont aussi présents dans nos cinq enquêtes, à savoir :

- **Marchés régionaux/barrières à l'entrée** : Dans les cinq enquêtes, il s'agit de marchés locaux resp. cantonaux. Les coûts engendrés par l'éloignement de l'entreprise du lieu de construction constituent une barrière à l'entrée du marché. La distance entre le lieu de construction et le centre de production d'asphalte joue également un rôle déterminant. Ces marchés ont connu peu d'entrées sur le marché de nouvelles entreprises.
- **Relative homogénéité des produits/peu d'innovation** : Dans ce secteur, il existe certes des innovations (par ex. dans le recycling des matériaux en génie civil) mais il s'agit en général d'un secteur avec peu d'innovation et des produits plutôt homogènes.
- **Liens structurels** : Dans ce secteur, les entreprises sont souvent actionnaires d'une usine d'asphalte, intrant nécessaire à leur activité. Ces relations d'actionnariat croisé facilitent la collusion répétée sur le marché en aval.

¹¹ DPC 2015/2 à paraître.

- **Contacts fréquents et multi-marchés** : Les mêmes entreprises sont souvent invitées dans les procédures sur invitation par les pouvoirs adjudicateurs publics. Elles se retrouvent par conséquent fréquemment en interaction avec leurs concurrents. De plus, des réunions fréquentes (par ex. chaque semaine) entre concurrents peuvent faciliter la collusion répétée.
- **La demande publique est relativement stable** : Les cantons et les communes ont un budget minimum stable pour la construction et l'entretien des routes au fil des années. Cela facilite la durabilité de la collusion répétée.
- **Présence d'une association** : L'association appelée Société Suisse des Entrepreneurs (SSE) dont les sections cantonales administrent un système de notification online sur les intentions de soumettre une offre pour une soumission spécifique a joué dans certains cantons un rôle de facilitateur de la collusion répétée. Même lors de l'intervention de l'autorité dans le cadre de l'enquête préalable de 2014, certaines associations cantonales ont eu du mal à voir la nécessité d'abolir ce système de notification.

IV. Implications pour la mise en œuvre du droit

7. La question de savoir si les amendes imposées par la COMCO dans ce secteur sont assez dissuasives est difficile à répondre. Tout d'abord, depuis 2003, la COMCO a fait une large campagne de sensibilisation du secteur de la construction, en particulier par l'intermédiaire de la Société Suisse des Entrepreneurs. Cette association a fait elle-même des newsletters pour informer ses membres et a organisé des séances de sensibilisation.

8. En 2009, les premières sanctions ont été prononcées dans le secteur de la construction. Le fait que la pratique des amendes dans les accords de soumission ne soit pas encore fermement installée en Suisse et confirmée par les juridictions d'appel, crée encore des incertitudes juridiques sur l'application de la LCart aux accords de soumission. Ces incertitudes peuvent contribuer éventuellement à ne pas rendre dissuasives les amendes pour ce secteur. Toutefois, la procédure, les perquisitions et les frais légaux de représentation engagés par les entreprises pour la procédure devant la COMCO peuvent être dissuasifs, car ces frais peuvent être parfois plus élevés que l'amende imposée par l'autorité (en particulier pour les plus petites entreprises).

9. Le critère de **la récidive** est un facteur aggravant prévu dans l'ordonnance sur les sanctions¹². Ainsi, l'article 5 al. 1 lettre a de cette ordonnance prévoit comme facteur aggravant dans la fixation de la sanction le fait que l'entreprise a « contrevenu de manière répétée à la LCart ». Jusqu'à présent, ce facteur n'a pas été appliqué par la COMCO. Le fait que certaines entreprises aient été déjà condamnées dans des procédures antérieures, n'a pas été pris en compte. La non-application du critère de la récidive peut s'expliquer par le fait qu'il s'agissait de filiales ou succursales du même groupe mais actives dans d'autres cantons. Les mêmes personnes juridiques et physiques n'étaient pas obligatoirement impliquées. Cela reviendrait à augmenter la sanction pour une infraction commise par la « sœur ». De plus, les enquêtes n'ont pas été systématiquement ouvertes à l'encontre de la société-mère. Dans les dernières enquêtes, la société-mère est également destinataire de la décision. Cela a une implication directe car le programme de conformité est généralement décidé au niveau du groupe.

10. De plus, **l'exclusion des récidivistes** du programme de clémence ne semble pas être une solution à l'heure actuelle pour lutter contre la récidive. En effet, l'aide de « récidivistes » pour ouvrir des enquêtes ou pour prouver l'infraction est nécessaire. De plus, les récidivistes et leurs avocats sont le plus à même de savoir ce que la COMCO attend d'eux dans le cadre du programme de clémence.

¹² <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20040326/index.html>.

11. Une autre implication pour la mise en œuvre du droit est l'importance de **la sensibilisation des pouvoirs adjudicateurs**. Cette sensibilisation doit être faite en amont en général¹³, mais également suite aux procédures. Les pouvoirs adjudicateurs ont en effet la possibilité de modifier certaines caractéristiques favorisant la collusion, comme le fait d'inviter souvent les mêmes entreprises à soumissionner ou de restreindre le nombre d'entreprises par les critères dans leur appel d'offres. Ainsi, la COMCO a envoyé une lettre aux autorités adjudicatrices de nettoyage de tunnels en Suisse suite à l'enquête afin de les rendre attentives aux facteurs qui peuvent favoriser la collusion et sur lesquels elles peuvent exercer une influence.

12. **Coopération internationale** : Comme il ne s'agissait pas de cas de cartels internationaux, il n'y a pas eu de coopération internationale. Par contre, des décisions et des cas étrangers sur le même secteur ont été utilisés comme information et parfois mentionnés explicitement dans les décisions. Par ex., le cas du Royaume-Uni sur le secteur de la construction de 2009 a servi d'inspiration pour nos premiers cas d'accords de soumission dans la construction de routes sanctionnés. En raison du cadre juridique différent, la décision a été cependant d'utilité limitée pour la fixation de la sanction. En particulier, la définition du marché pertinent est importante en Suisse car l'autorité doit démontrer la notabilité de l'accord sur le marché pertinent. Dans le cas du système de notification, l'autorité a utilisé notamment une publication de 1976 de l'OCDE¹⁴ sur les soumissions concertées pour mentionner qu'à l'étranger de tels systèmes avaient été jugés illicites et sanctionnés. Des cas du Royaume-Uni, des Pays-Bas et de la France ont été mentionnés dans le rapport d'enquête préalable sur les systèmes de notification, soit parce qu'un système similaire de notification existait, soit que l'information sur les potentiels offreurs avant la remise des offres avait été interdite¹⁵.

¹³ Voir sur les actions de sensibilisation en matière de soumissions, rapport annuel 2015, DPC 2015/1, p. 35 ss (français) et p. 72 (anglais).

¹⁴ Soumissions concertées, Rapport du Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives, Paris 1976.

¹⁵ DPC 2014/2, p. 380 et 381.