

Les accords de soumission en droit suisse

TRAVAIL DE MÉMOIRE

présenté

par

Patrick Benz

sous la direction du

Prof. Vincent Martenet

Zurich, le 31 mai 2023

Table des matières

TABLE DES ABRÉVIATIONS	III
BIBLIOGRAPHIE	VIII
1. INTRODUCTION	1
2. LA NOTION D'ACCORD DE SOUMISSION	2
2.1 DÉFINITION ET GÉNÉRALITÉS	2
2.2 ÉVOLUTION DE LA NOTION	3
2.3 CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES	5
2.3.1 <i>Une pratique néfaste à l'économie et répandue</i>	5
2.3.2 <i>Facteurs facilitant la collusion, mesures préventives</i>	6
2.4 UNE LUTTE REPOSANT SUR TROIS PILIERS	6
2.4.1 <i>Prévention et information</i>	7
2.4.2 <i>Détection</i>	7
2.4.3 <i>Poursuite</i>	7
3. LES ACCORDS DE SOUMISSION EN DROIT DE LA CONCURRENCE SUISSE	8
3.1 LE DROIT DE LA CONCURRENCE SUISSE EN BREF	8
3.2 LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LCART	8
3.3 LES ACCORDS RESTRICTIFS DE CONCURRENCE	9
3.3.1 <i>La notion d'accords en matière de concurrence</i>	9
3.3.2 <i>Les accords illicites</i>	9
3.4 <i>EXCURSUS</i> – L'ABUS DE POSITION DOMINANTE.....	10
3.4.1 <i>Par l'adjudicateur</i>	10
3.4.2 <i>Par le soumissionnaire</i>	11
3.5 MISE EN ŒUVRE DE LA LCART	11
3.5.1 <i>Volet administratif</i>	11
3.5.2 <i>Volet civil</i>	14
3.5.3 <i>Volet pénal</i>	17
4. LES ACCORDS DE SOUMISSION EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS SUISSE	17
4.1 LA LMP EN BREF	18
4.2 LES ACCORDS DE SOUMISSION DANS LA LMP	18
4.2.1 <i>Procédure de gré à gré (art. 21)</i>	18
4.2.2 <i>Conditions de participation (art. 26)</i>	19
4.2.3 <i>Interruption de la procédure (art. 43)</i>	20
4.2.4 <i>Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication (art. 44)</i>	21
4.2.5 <i>Sanctions (art. 45 al. 1)</i>	22
4.2.6 <i>L'obligation d'annonce à la Comco (art. 45 al. 2)</i>	23
4.3 L'ACCORD DE SOUMISSION : UNE ESCROQUERIE AU SENS DE L'ART. 146 CP ?.....	23
4.4 LA RÉPARATION DU DOMMAGE	24
4.4.1 <i>Pour l'adjudicateur</i>	24
4.4.2 <i>Pour un soumissionnaire non retenu</i>	25
5. ARTICULATION ENTRE LES RÉGIMES DE LA LCART ET DE LA LMP	26
6. QUESTIONS CHOISIES	29
6.1 LES COMMUNAUTÉS DE TRAVAIL	29
6.1.1 <i>Définition et généralités</i>	30
6.1.2 <i>Au regard du droit cartellaire</i>	30
6.1.3 <i>Au regard du droit des marchés publics</i>	31
6.2 LES SYSTÈMES D'ANNONCE	32
6.3 L'ACCORD DE SOUMISSION : UNE ENTRAVE À LA LOYAUTÉ CONCURRENTIELLE ?	32
7. BREF APERÇU EN DROIT COMPARÉ	33
7.1 REMARQUES PRÉALABLES	33

7.2	ÉTUDE COMPARATIVE.....	34
7.3	APPRÉCIATION.....	35
8.	ASPECTS PROSPECTIFS	36
8.1	PROJET DE RÉVISION DU VOLET CIVIL.....	36
8.2	VERS DES SANCTIONS PÉNALES CONTRE LES PERSONNES PHYSIQUES ?.....	37
9.	CONCLUSION.....	38

Table des abréviations

a+abréviation	ancien + abréviation (texte abrogé, remplacé par un nouveau texte portant un titre identique)
aAIMP	Ancien accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics
Abs.	Absatz (= al.)
AIMP	Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (= Pratique juridique actuelle)
al.	alinéa(s)
aLMP	Ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RO 1996 508)
AMP	Accord international révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422)
aOMP	Ancienne ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RO 1996 518)
AP	avant-projet (suivi de l'abréviation de l'acte législatif)
ARGE	Arbeitsgemeinschaft (= CT)
art.	article(s)
ASDPO	Association suisse du droit public de l'organisation
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Beschaffungsgesetz-BS	Basler Gesetz vom 11. April 2000 über das öffentliche Beschaffungswesen (SG-BS 914.100) (=Loi bâloise sur les marchés publics)
BKB	Beschaffungskommission des Bundes (= Commission des achats de la Confédération)
BLV	Base législative vaudoise
BO + CN/CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (= LMP)
BR/DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
BS	Kanton Basel-Stadt (= Canton de Bâle-Ville)
BSK	Basler Kommentar (= Commentaire bâlois)
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des États

CEDH	Convention européenne de 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i> (= comparer)
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CHF	Franc(s) suisse
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (RS 220)
Comco	Commission de la concurrence
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
Cst. féd.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (RS 101)
CT	Communauté(s) de travail
dGWB	deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (= Loi allemande contre les restrictions de concurrence)
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch (= Code pénal allemand)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (= et autres)
etc.	<i>et cætera</i> (= et le reste)
EU	European Union (= UE)
FF	Feuille fédérale
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (= Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GE	Canton de Genève
HK	Handkommentar (= Commentaire pratique)
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i> (à la fin)
ISDC	Institut suisse de droit comparé
J.O.	Journal officiel de l'Union européenne

JdT	Journal des Tribunaux
KBOB	Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (= Coordination des organes de la construction et des biens immobiliers de la Confédération)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (= LCart)
L-AIMP-GE	Loi genevoise du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (RS-GE L 6 05.0)
LcAIMP-VS	Loi valaisanne du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (RSV 726.1)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCMP-NE	Loi neuchâteloise du 23 mars 1999 sur les marchés publics (RSN 601.72)
let.	lettre(s)
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMP	Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
LMP-VD	Loi vaudoise du 14 juin 2022 sur les marchés publics (BLV 726.01)
LOJV-VD	Loi vaudoise du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire (BLV 173.01)
LTAf	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
Mess-2 GATT	Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, FF 1994 IV 995
Mess-LCart	Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 1995 I 472
Mess-LMI	Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193
Mess-LMP	Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695

Mess-ProgEEE	Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'accord EEE, FF 1993 I 757
Mess.Rév-LCart 2004	Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911
Mess.Rév-LCart 2012	Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012 3631
Mess.Rév-LCart 2023	Message du Conseil fédéral du 24 mai 2023 concernant la révision partielle de la loi sur les cartels (non encore publié à la Feuille fédérale au moment de l'impression)
N	note(s) marginale(s)
n.	note(s)
n°	numéro
NE	Canton de Neuchâtel
OCCE	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprise, RS 251.4
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFK	Orell Füssli Kommentar (= Commentaire Orell Füssli)
OMP	Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (RS 172.056.11)
OPCA	Organe parlementaire de contrôle de l'administration
OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (RS 251.5)
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch (= Code pénal autrichien)
öWettbG	österreichisches Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (= Loi fédérale autrichienne sur la création d'une autorité fédérale de la concurrence)
P-[+sigle de loi]	Projet de révision
p.	page
PIB	produit intérieur brut
PME	petites et moyennes entreprises
pp.	pages
Règlement n° 1/2003	Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 101 et 102 du traité, J.O. 2003, L1/1.
rem.	remarque
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS-GE	Recueil systématique de la législation genevoise

RSDC	Revue suisse de droit des cartels
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSV	Recueil systématique de la législation valaisanne
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SG-BS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt (= Recueil systématique des lois du canton de Bâle-Ville)
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
ss	et suivant(e)s
SSE	Société Suisse des Entrepreneurs
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (= CP)
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
U.S.C	United States Code (= Code des États-Unis)
UE	Union européenne
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (= LCD)
VD	Canton de Vaud
vol.	volume
VS	Canton du Valais
Weko	Wettbewerbskommission (= Comco)

Bibliographie

1. Doctrine

1.1 Droit suisse

ACKERMANN Jürg-Beat, *Submissionskartell als Betrug am Staat ?*, in ACKERMANN Jürg-Beat / DONATSCH Andreas / REHBERG Jörg (édit.), *Wirtschaft und Strafrecht : Festschrift für Niklaus Schmid*, Zurich 2001, p. 291 ss.

AMSTUTZ Marc / REINERT Mani (édit.), *Kartellgesetz*, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : BSK KG-AUTEUR·E, art. X N Y).

BAKER & MCKENZIE (édit.), *Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Commentaire Stämpfli, Berne 2007 (cité : CS KG-AUTEUR·E, art. X N Y).

BELLANGER François / PIREK Milena, *La protection juridique primaire et secondaire*, in ZUFFEREY Jean B. / BEYELER Martin / SCHERLER Stefan (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2022*, Zurich/Genève 2022, p. 359 ss.

BEYELER Martin, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz : ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens*, Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : BEYELER, Schadenersatz).

BEYELER Martin, *Zur Verjährung des Sanktionsanspruchs*, BR/DC 2022, p. 195 ss (cité : BEYELER, Verjährung).

BORER Jürg, *Wettbewerbsrecht I Kommentar : Schweizerisches Kartellgesetz (KG)*, Orell Füssli Kommentar, 3^e éd., Zurich 2011 (cité : OFK Wettbewerbsrecht I, art. X N Y).

BOVET Christian, *La procédure de gré à gré*, BR/DC 2004 (cahier spécial), p. 42 ss (cité : BOVET, Gré à gré).

BOVET Christian, *Les marchés publics face au droit de la concurrence*, in ZUFFEREY Jean B. / STÖCKLI Hubert (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zurich 2010, p. 377 ss (cité : BOVET, Marché publics).

BRUCHEZ Léonard, *La responsabilité de l'État en droit des marchés publics*, RJV 2016, p. 455 ss.

CAU Johana, *Le calcul d'une amende dans un cartel de soumission*, RSDC 2022, p. 10 ss.

CHRIST Benedict F., *Die Submissionsabsprache : Rechtswirklichkeit und Rechtslage*, Fribourg 1999.

CLERC Evelyne, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997.

DAVID Eugen, *Zur Einführung : Das neue Kartellgesetz im politischen Kontext*, in ZÄCH Roger (édit.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zurich 1996, p. 1 ss.

- DAVID Lucas / JACOBS Reto, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 5^e éd., Berne 2012.
- DI CICCIO Domenico, *Le prix dans le nouveau droit des marchés publics : Les nouveautés législatives et leur impact sur ce critère d'adjudication*, in ZUFFEREY Jean B. / BEYELER Martin / SCHERLER Stefan (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2022*, Zurich/Genève 2022, p. 333 ss.
- DIEBOLD Nicolas *et al.*, *Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht*, in ZUFFEREY Jean-Baptiste / BEYELER Martin / SCHERLER Stefan (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2020*, Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 315 ss.
- DUCREY Patrik / STÜSSI Frank, *25 Jahre modernes Kartellgesetz – ein Rückblick*, sic ! 2022, p. 198 ss.
- GALLI Peter *et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007 (cité : GALLI *et al.*, Praxis 2007).
- GALLI Peter *et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013 (cité : GALLI *et al.*, Praxis 2013).
- GALLI Peter, *Die Submission der öffentlich Hand im Bauwesen*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, vol. 30, Zurich 1981 (cité : GALLI, Bauwesen).
- GAUCH Peter / STÖCKLI HUBERT (édit.), *Kommentar zur SIA-Norm 118*, Zurich/Bâle/Genève 2017 (cité : Komm SIA Norm 118-AUTEUR·E, art. X N Y).
- GONIN Luc / BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*, Commentaire Stämpfli, Berne 2018 (cité : CS CEDH-AUTEUR·E, art. X N Y).
- GRÄTZ Silvia / STÜSSI Frank, *Submissionsabreden erkennen und verhindern*, BR/DC 2016, p. 86 ss.
- HEINEMANN Andreas / KELLERHALS Andreas, *Wettbewerbsrecht in a nutshell*, 2^e éd., Zurich 2018.
- HEINEMANN Andreas / STÜSSI Frank, *Submissionskartelle*, in BOILLET Véronique / FAVRE Anne-Christine / MARTENET Vincent (édit.), *Le droit public en mouvement*, Genève/Zurich 2020, p. 633 ss.
- HEITZ Christoph, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, Zürcher Studien zum Strafrecht, vol. 47, Zurich 2008.
- HESS-ODONI Urs, *Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht*, in Jusletter 24 mai 2004.
- HÜRLIMANN Roland, *Der SBV-Formularvertrag für Arbeitsgemeinschaften*, BR/DC 2017, p. 205 ss.
- HURNI Béatrice, *L'action civile en droit de la concurrence*, Genève/Zurich/Bâle 2017.

- IMHOF David, *Détecter et neutraliser les cartels de soumission*, in ASDPO (édit.), *Droit public de l'organisation - responsabilité des collectivités publiques - fonction publique*, Annuaire 2018/2019, Berne 2019, p. 169 ss.
- JACOBS Reto, *Wirkungen der direkten Sanktionen*, in AMSTUTZ Marc / STOFFEL Walter / DUCREY Patrik (édit.), *Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel*, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 141 ss.
- JAQUIER Manuel, *Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics*, Fribourg 2018.
- JUNG Peter / SPITZ Philippe (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Commentaire Stämpfli, 2^e éd., Berne 2016 (cité : CS UWG-AUTEUR·E, art. X N Y).
- MARTENET Vincent / BOVET Christian / TERCIER Pierre (édit.), *Droit de la concurrence*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-AUTEUR·E, art. X N Y).
- MARTENET Vincent / HEINEMANN Andreas, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Genève/Zurich 2021.
- MARTENET Vincent / PICHONNAZ Pascal (édit.), *Loi contre la concurrence déloyale*, Commentaire romand, Bâle 2017 (cité : CR LCD-AUTEUR·E, art. X N Y).
- MARTI Mario, *Changement de paradigme en droit des marchés publics : Mise en œuvre du nouveau droit des marchés publics du point de vue du secteur de la construction*, Berne 2022.
- NIGGLI Marcel Alexander / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Strafgesetzbuch*, Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2019 (cité : BSK StGB-AUTEUR·E, art. X N Y).
- OESCH Matthias / WEBER Rolf H. / ZÄCH Roger (édit.), *Wettbewerbsrecht II Kommentar : Schweizerisches Wettbewerbsrecht mit Kommentar zu VKU, SVKG, VertBek, BöB, UWG, BGBM und THG*, Orell Füssli Kommentar, 2^e éd., Zurich 2021 (cité : OFK Wettbewerbsrecht II-AUTEUR·E, art. X N Y).
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014 (2^e éd. prochainement publiée).
- REINERT Peter, *Die Sanktionsregelung gemäss revidierten Kartellgesetz*, in ZÄCH Roger (édit.), *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 147 ss.
- 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*, Berne 2014, p. 175 ss.
- SCHEIDEGGER Eric, *Stand der Revision des Kartellgesetzes*, in ZÄCH ROGER (édit.), *Schweizerisches Kartellrecht : Revision und Praxis*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 1 ss.
- SCHLUEP Walter R., *Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts*, AJP 1996, p. 795 ss.

- SCHMID Hans, *Die staatliche Beschaffungspolitik : Ein Beitrag zu den Einkaufsverfahren der öffentlichen Hand*, Schriftenreihe « Finanzwirtschaft und Finanzrecht », vol. 7, Berne 1972.
- SÖZERMAN Yasmine, *Procédure de gré à gré : Fardeau de la preuve et autres questions choisies*, in ZUFFEREY Jean B. / BEYELER Martin / SCHERLER Stefan (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2022*, Zurich/Genève 2022, p. 269 ss.
- STÄUBER Richard, *Wann ist eine ARGE (un-)zulässig ?*, RSDC 2022, p. 147 ss.
- STÖCKLI Hubert, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung : Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht*, Fribourg 1999.
- STOFFEL Walter A., *Das revidierte Wettbewerbsgesetz : Grundzüge und Einführung des neuen Rechts – Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren*, in STOFFEL Walter A. / ZÄCH Roger (édit.), *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 1 ss.
- STÜSSI Frank / LÜTHI Bendicht, *Zulässige ARGE im Kartellrecht*, BR/DC 2015, p. 205 ss.
- STÜSSI Frank, *Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden*, BR/DC 2013, p. 176 ss.
- TAGMANN Christoph, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz*, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- TERCIER Pierre, *Le droit privé de la concurrence*, in VON BÜREN Roland / DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht*, vol. 5/2, Bâle/Genève/München 2000, p. 319 ss.
- THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (édit.), *Code des obligations I*, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR·E, art. X N Y).
- TRÜEB Hans Rudolf (édit.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : HK Beschaffungsrecht-AUTEUR·E, art X N Y).
- TSCHUDIN Michael, *Bau-Kartellrecht : wie die Dinge stehen*, in STÖCKLI Hubert (édit.), *Schweizerische Baurechtstagung 2019*, Fribourg 2019, p. 213 ss.
- VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 3^e éd., Baden-Baden 2020.
- VLCEK Michael *et al.*, *Kartellrecht - Entwicklungen 2014*, Berne 2015.
- WASER Astrid / SUTTER Daniel, *Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen*, in Jusletter 13 Mars 2017.
- WASER Astrid, *Verschärfung der Sanktionen im Vergaberecht*, in Jusletter 28 septembre 2020.
- WEBER Rolf H. / VOLZ Stephanie, *Wettbewerbsrecht*, Zurich 2013.

ZÄCH Roger *et al.* (édit.), *KG : Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*, Zurich/Saint-Gall 2018 (cité : Dike KG-AUTEUR·E, art. X N Y).

ZÄCH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2^e éd., Berne 2005.

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *14. Sanktionen / Sanctions*, BR/DC 2019, p. 53.

1.2 Droits étrangers

ANDREWS Philip / GORECKI Paul / MCFADDEN David, *Modern Irish Competition Law*, Pays-Bas 2015.

BELLIS Jean-François, *Droit européen de la concurrence*, Bruxelles 2014.

BIGGAR Daryl, *Passation des marchés publics - Note de référence*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1/4, Paris 2000, p. 104 ss.

BRODER Douglas F., *A guide to US Antitrust Law*, Londres 2005.

FRESE Michael J., *Sanctions in EU Competition Law : Principles and Practice*, Oxford 2014.

FUCHS Andreas / WEITBRECHT Andreas (édit.), *Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung*, Munich 2019 (cité : PrivKartellRDurchs-AUTEUR·E, art X N Y).

PATAKYOVÁ Mariá T., *Initial thoughts on influence of artificial intelligence on bid-rigging*, EU Business Law Working Papers 1/2019, disponible sous : <<https://ssrn.com/abstract=3458035>>

SCHROEDER Dirk, *Antitrust damages – Where does Europe stand in relation to the US*, in BAUDENBACHER Carl (édit.), *Current developments in European and International Competition Law*, Bâle 2011, p. 435 ss.

VAN BAEL Ivo / BELLIS Jean-François (édit.), *Competition Law of the European Community*, 5^e éd., Bruxelles 2010.

2. Autres documents¹

Beschaffungskommission des Bundes (BKB) und Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB), *Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis*, Berne 2004, cité par STÜSSI Frank, *Submissionsabreden im Fokus der Wettbewerbsbehörden*, BR/DC 2013, p. 176 ss (cité : BKB / KBOB, Vergaberecht).

Comco, *Note du 9 septembre 2019 : Combattre les cartels de soumission*, disponible sous <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/fr/dokumente/2021/checkliste_submissionsabreden_bekaempfen.pdf.download.pdf/note%20Lutter%20contre%20les%20cartels%20de%20soumission.pdf>.

¹ Tous les liens figurant dans ce travail ont été vérifiés le 31 mai 2023.

Commission suisse des cartels, *Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes*, Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 1988/2, p. 155 ss (cité : Commission suisse des cartels, *Soumissions*).

Conseil fédéral, *Rapport du 15 février 2012 du Conseil fédéral concernant le classement de la motion Schweiger (07.3856)*: « *Droit des cartels. Équilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace* », FF 2012 1635 (cité : CF, Rapport Schweiger).

Conseil fédéral, *Rapport du 1^{er} novembre 2018 sur les sanctions administratives pécuniaires*, FF 2022 776 (cité : CF, Sanctions administratives pécuniaires).

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme*, disponible sous <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_FRA.pdf> (cité : CourEDH, Guide).

OCDE, *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, disponible sous <<https://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/42340181.pdf>> (cité : OCDE, *Soumissions* 1).

OCDE, *Lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, Rapport sur l'implémentation de la Recommandation de l'OCDE, 2016, disponible sous <<https://www.oecd.org/daf/competition/Lutte-contre-les-soumissions-concertees-rapport-implementation-2016.pdf>> (cité : OCDE, *Soumissions* 2).

SECO, *Rapport explicatif du 24 novembre 2021 sur la révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence*, disponible sous <<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html>> (cité : SECO, Rapport révision).

1. Introduction

Chaque année en Suisse, environ 40 milliards de francs issus des deniers publics tombent dans la main d'entrepreneurs privés lors de la passation de marchés publics². Ces derniers sont nécessaires à l'État – tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal ou communal – afin de satisfaire ses besoins en prestations de travaux de construction, fournitures et services³. Il ne fait l'ombre d'un doute que la concurrence ne doit pas être faussée sur ces marchés, encore moins qu'ailleurs. Au vu du poids économique des marchés publics, une entorse à la concurrence lors d'une procédure d'adjudication, réprimée tant par la LCart⁴ que la LMP⁵, conduit en effet à un surcoût important pour les adjudicateurs et donc *in fine* le contribuable. Afin de renforcer l'efficacité de la concurrence dans le domaine des marchés publics, les autorités de la concurrence ont intensifié leurs activités ces dernières années dans ce domaine. De la même façon, les actes législatifs traitant des marchés publics, à tous les niveaux, ont récemment été révisés notamment en vue de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires⁶.

La concurrence effective dans le cadre d'une procédure d'adjudication peut être viciée de plusieurs manières, par exemple par la corruption, mais nous nous concentrerons dans la présente étude sur les atteintes à la concurrence causées par les accords de soumission. Par un accord de soumission, une partie – ou la totalité – des soumissionnaires potentiels à un marché public coordonnent leurs comportements afin de déterminer par eux-mêmes qui va remporter l'adjudication⁷. Cela a pour effet de restreindre la concurrence⁸, ce qui est contraire au but de la législation sur les cartels⁹ et à celui du droit sur les marchés publics¹⁰. Traditionnellement actif dans le secteur de la construction, qui représente plus de la moitié du volume économique des marchés publics en Suisse¹¹, les cartels de soumission sont toutefois également actifs dans d'autres domaines comme l'informatique¹² ou encore la vente de véhicules¹³.

Il s'agira, au cours de ce travail, d'éclaircir dans un premier temps la notion d'accord de soumission (chap. 2), avant d'analyser la manière dont se déploie juridiquement la lutte contre ce phénomène dans l'ordre juridique suisse. Pour ce faire, notre regard se portera sur les deux lois principales dont disposent les autorités pour combattre les accords de soumission : dans un premier temps nous étudierons les solutions apportées par la LCart (chap. 3), avant de nous concentrer sur celles apportées par la LMP (chap. 4). Après avoir analysé la façon dont s'articule ces deux lois (chap. 5), nous continuerons par une présentation de certaines problématiques spécifiques aux accords de soumission (chap. 6). Nous porterons ensuite un bref regard aux solutions apportées par le droit européen et le droit américain en la matière (chap. 7). Finalement, nous nous intéresserons à des aspects prospectifs en présentant certaines évolutions en cours ou souhaitables des lois pertinentes en matière d'accords de soumission (chap. 8).

² Mess-LMP, p. 1698.

³ POLTIER, p. 1.

⁴ Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), RS 251.

⁵ Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP), RS 172.056.1.

⁶ Voir par exemple Mess-LMP, p. 1698.

⁷ POLTIER, p. 343.

⁸ BSK KG-REINERT, art. 4 al. 1 N 616.

⁹ Art. 1 LCart.

¹⁰ Art. 2 let. d LMP.

¹¹ Comco, *Wettbewerb und Vergaberecht*, DPC 2006/2, p. 395.

¹² Comco, Communiqué de presse du 24 novembre 2020, Le secteur informatique épinglé par la COMCO.

¹³ Comco, Décision du 22 mai 2022, *Concessionari Volkswagen*, N 1 et 29.

2. La notion d'accord de soumission

2.1 Définition et généralités

Un accord de soumission (*Submissionsabsprache*) consiste donc, comme nous l'avons dit dans l'introduction, dans la coordination par une partie ou la totalité des potentiels soumissionnaires à un marché public de leurs comportements afin de déterminer par eux-mêmes l'adjudicataire dudit marché. L'entreprise choisie pour remporter l'adjudication soumet ensuite l'offre de prix la plus basse, mais le risque de sous-enchère étant contourné par l'entente, elle peut se permettre d'augmenter le montant de son offre – qui n'est donc plus concurrentielle – au détriment des pouvoirs publics parce qu'elle sait qu'elle va se voir attribuer le marché.

Dans un accord de soumission classique, les participants s'entendent sur le prix et/ou la répartition des marchés¹⁴. L'accord peut s'inscrire dans la durée, et dans ce cas, les entreprises se répartissent les futurs marchés selon leurs convenances. Il peut sinon être unique, exister pour un marché spécifique, auquel cas l'entreprise qui obtient le marché verse une compensation aux autres soumissionnaires qui ont présenté une offre de soutien ou se sont abstenus de présenter une offre (répartition de la rente cartellaire)¹⁵.

L'accord peut selon l'objectif souhaité revêtir plusieurs formes de nature très variable, mais l'on constate en pratique quatre stratégies habituelles, courantes¹⁶ : 1) les offres de couvertures qui permettent aux membres du cartel de choisir à l'avance l'adjudicataire et l'offre gagnante, les autres soumissionnaires soumettant une offre avec un prix supérieur à l'offre qui doit gagner, ou assortissant leur offre de conditions notoirement inacceptables par l'adjudicateur¹⁷ ; 2) la suppression d'offres, qui permet à plusieurs entreprises de convenir « de ne pas soumissionner ou de retirer une offre précédemment faite, de sorte que le marché est attribué à l'offre de l'entreprise pré-désignée comme gagnante¹⁸ » ; 3) la rotation des offres, ou cartel rotatif, qui a pour but d'établir que chaque entreprise remportera à tour de rôle le marché¹⁹ ; 4) la répartition des marchés, stratégie pour les entreprises qui consistent à convenir de se répartir certains clients ou certaines zones géographiques, les concurrents ne soumissionnant pas ou ne soumettant qu'une offre de couverture pour les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs ou dans des zones géographiques réservées à d'autres entreprises parties à l'accord²⁰. Il est bien évidemment possible que ces diverses formes de concertation soient combinées par les entreprises participantes²¹.

La notion d'accord de soumission est à distinguer de celle de communauté de travail (consortium). Une communauté de travail est un regroupement d'entreprises ayant pour but de collaborer pour répondre, ensemble, à un appel d'offres auquel elles n'auraient pas pu participer de façon individuelle en raison de moyens limités. Ces derniers sont dans la plupart des cas

¹⁴ Comco, *Wettbewerb und Vergaberecht*, DPC 2006/2, p. 408.

¹⁵ HEITZ, p. 39.

¹⁶ OCDE, *Soumissions* 1, p. 2 ; CR Concurrence-CLERC, art. 5 LMI N 52.

¹⁷ CR Concurrence-CLERC, art. 5 LMI N 52

¹⁸ CR Concurrence-CLERC, art. 5 LMI N 52

¹⁹ CR Concurrence-CLERC, art. 5 LMI N 52

²⁰ CR Concurrence-CLERC, art. 5 LMI N 52

²¹ Nous nous en arrêtons là pour ce qu'il en est de la typologie des formes que peuvent prendre un accord de soumission et leur raison d'être. Discourir trop longuement sur la question manquerait de pertinence dans un travail de nature juridique et le sujet a déjà été couvert, notamment par CHRIST (p. 29 ss) et HEITZ (p. 37 ss) auxquels nous renvoyons.

autorisés par les autorités de la concurrence et les adjudicateurs car ils favorisent et stimulent la concurrence. Une analyse juridique et plus fine de la notion sera offerte plus tard au lecteur (cf. chap. 6.1).

Notons finalement que selon le domaine du droit dans lequel l'on se trouve, diverses expressions similaires peuvent être employées pour évoquer les accords de soumissions. En droit de la concurrence, les notions les plus fréquemment utilisées sont celles d'accord de soumission et de cartel de soumission. S'agissant du droit des marchés publics, il est parfois employé les termes d'offre concertée, de soumission concertée ou encore d'entente entre soumissionnaires²². Toutes ces expressions évoquent un même phénomène, et sont utilisées de façon interchangeable dans la présente contribution.

2.2 Évolution de la notion

En Suisse, l'on se demandait encore très tard, jusque dans les années 1980, si un accord de soumission devait forcément être considéré comme néfaste et la Commission des cartels ne souhaitait pas trancher la question²³. Quoi qu'il en soit, le régime de l'époque était très permissif et les moyens légaux pour y remédier étaient limités.

Un changement considérable de l'orientation de la politique réglementaire en matière de concurrence en droit suisse se produisit en 1996 avec l'entrée en vigueur de la première mouture de la LCart actuellement en vigueur. Cette nouvelle loi, qui se voulait plus incisive et durcissait la répression envers les cartels, fut la source d'une modification complète de paradigme²⁴. Faisant suite aux deux premières lois de 1962²⁵ et 1985²⁶, l'adoption d'une nouvelle loi dans le domaine de la concurrence était une conséquence directe de résultat négatif de la votation sur le référendum sur l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE) du 6 décembre 1992²⁷. L'issue négative du scrutin fut en effet suivie d'une volonté de régénération de l'économie de marché en Suisse, et donna lieu à de nombreuses adoptions et modifications de lois notamment via un programme de revitalisation de l'économie. Ce dernier avait pour but d'accélérer le processus d'ouverture de la Suisse à l'Europe et au reste du monde afin d'éviter l'isolement de notre pays²⁸. La LMI²⁹, la LCart, ainsi que la LMP sont toutes trois issues de ce vaste programme³⁰.

²² Le lecteur s'aventurant dans la doctrine germanophone rencontrera quant à lui le plus souvent les termes *Submissionsabsprache* et *Submissionskartelle*.

²³ GALLI, *Bauwesen*, p. 139. D'après GALLI, un cartel de soumission ne pouvait enfreindre la législation cartellaire que très rarement, car même une importante diminution de l'intensité concurrentielle n'était pas constitutive d'une infraction ; il réfutait l'idée qu'un cartel de soumission était forcément nocif pour l'économie. Notons toutefois que certains auteurs, comme SCHMID, affirmaient sans nuances le caractère nuisible des cartels de soumissions relativement à la prospérité économique (voir SCHMID, p. 112). Pour la Commission suisse des cartels (Commission suisse des cartels, *Soumissions*, p. 259 ; nous recommandons la lecture du texte allemand, plus clair, p. 107), malgré qu'elle ne veuille s'affirmer sur la profitabilité ou la nocivité des cartels de soumission, elle recommande aux autorités adjudicatrices de se distancer des cartels de soumission afin « d'éviter le reproche d'un comportement douteux du point de vue de la concurrence ».

²⁴ SCHLUEP, p. 806.

²⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (RO 1964 53).

²⁶ Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (RO 1986 874).

²⁷ DAVID, p. 1 s ; MARTENET/HEINEMANN, p. 16.

²⁸ Mess-ProgEEE, p. 757 ss.

²⁹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), RS 943.02.

³⁰ Mess-LMI, p. 1194 ; Mess-LCart, p. 474 ; Mess-2 GATT, p. 1194 s.

L'affaire du cartel des vitamines, découvert aux États-Unis, permit de mettre en lumière très tôt une carence majeure de cette nouvelle loi. Dans l'UE comme aux États-Unis, les membres du cartel se sont vus infligés des amendes conséquentes ; en Suisse toutefois, la Comco n'a pu que constater l'illégalité du cartel, conformément au droit en vigueur³¹. Une sanction était en effet seulement possible si le cartel perdurait après une décision d'interdiction de la part de la Comco. Cette lacune était particulièrement impactante en matière de cartels de soumission : le caractère éphémère d'un tel cartel, n'existant que de la mise au concours à la décision d'adjudication, rendait toute sanction vide d'effet dissuasif. Rien n'empêchait des entreprises ayant reçu un avertissement de la part de la Comco pour participation à un accord illicite de reformer un autre cartel lors d'un appel d'offre suivant. Ce n'est que dans de rares cas où des comportements illicites furent répétés que la Comco pût intervenir³². Le besoin d'une réforme se fit sentir, d'autant plus que les remous médiatiques causés par l'affaire du cartel des vitamines soumit le législateur à une forte pression, l'obligeant à réviser la LCart afin d'avoir une politique anti-concurrentielle plus efficace. Il était notamment nécessaire que des sanctions directes puissent être prononcées à l'encontre des entreprises coupables d'avoir formé un cartel.

La LCart révisée entra en vigueur le 1^{er} avril 2004. L'une des modifications principales porta donc sur la question des sanctions directes : ces dernières furent introduites dans la loi, et elles pouvaient dès lors être prononcées par la Comco. Afin d'inciter les entreprises à se dénoncer, il fut également attribué à la Comco la possibilité de renoncer partiellement ou complètement à toute sanction pour une entreprise dévoilant des restrictions à la concurrence ou coopérant à leur suppression (programme de clémence)³³. La Comco prononça une sanction directe pour la première fois en 2006, dans un cas qui ne concernait pas les marchés publics³⁴. Dans le domaine des accords de soumission, l'important cartel de l'asphaltage des routes au Tessin échappa à toute sanction car l'accord fut supprimé avant l'introduction des nouvelles dispositions de la LCart ; selon la Comco, le montant global des amendes aurait atteint CHF 30 millions³⁵. La première sanction à l'encontre d'un cartel de soumission fut prononcée dans l'affaire des installateurs électriques bernois³⁶. L'introduction des sanctions directes dans le droit cartellaire suisse changea considérablement l'importance de la LCart : elle permit de faire prendre conscience aux entreprises qu'il était nécessaire d'avoir un comportement en accord avec le droit en vigueur dans le domaine³⁷.

La lutte contre les accords de soumission s'intensifia dans les années qui suivirent, et devint de plus en plus centrale dans l'activité de la Comco jusqu'à devenir une priorité de son activité. En 2009, le Secrétariat de la Comco mis en place un concept de lutte spécifique au secteur des marchés publics reposant sur trois piliers : 1) prévention et information ; 2) détection ; 3) répression (cf. chap. 2.4)³⁸. Enfin, en 2012, il fut décidé de créer le service Construction au sein du Secrétariat. L'activité de ce dernier est centrée sur le traitement des restrictions

³¹ STOFFEL, p. 1 ; Comco, Décision du 19 avril 2000, *Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines*, DPC 2000/2, p. 186 ss.

³² Comco, Rapport annuel 1999, DPC 1999/4, p. 571 ss ; OPCA, La situation en droit des cartels, FF 2001 3202 ss.

³³ Mess.Rév-LCart 2004, p. 1912 ss ; SCHEIDEGGER, p. 4 ss.

³⁴ Comco, Décision du 18 septembre 2006, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, DPC 2006/4, p. 625 ss.

³⁵ Comco, Décision du 19 novembre 2007, *Pavimentazioni stradali in Ticino*, DPC 2008/1, pp. 50 ss et 85 ss ; Comco, Communiqué de presse du 6 décembre 2007, La Comco condamne le cartel de l'asphaltage des routes au Tessin.

³⁶ Comco, Décision du 6 juillet 2009, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, DPC 2009/3, p. 196 ss.

³⁷ JACOBS, p. 156.

³⁸ Comco, Rapport annuel 2009, DPC 2010/1, p. 18.

horizontales à la concurrence au sens de l'art. 5 LCart. Il se préoccupe en particulier des questions de restrictions à la concurrence dans le domaine de la construction et des marchés publics ainsi que dans le domaine de l'environnement³⁹. Cette même année, fut publié un message relatif à une révision de la LCart ; parmi les objectifs de cette révision figurait notamment la volonté de renforcer l'indépendance des institutions et de développer le volet civil de la LCart⁴⁰. Toutefois, ce processus de révision pris fin avec le second refus du Conseil national d'entrer en matière⁴¹.

Ces dernières années, la Comco n'a pas diminué l'intensité de son activité et continue de mener un certain nombre d'enquêtes en lien avec les cartels de soumission. En 2022, elle a notamment enquêté sur un cartel de soumission dans le domaine de l'entretien routier dans divers cantons romands⁴² et a infligé une amende pour un cartel dans le commerce automobile actif entre autres dans le domaine des marchés publics⁴³.

S'agissant de la LMP, qui régit les marchés fédéraux, sa première version date de la même époque que la LCart et fait partie du même paquet de réformes, et avait pour objectif de mettre en œuvre l'AMP⁴⁴. Elle a connu une révision totale récemment et la nouvelle loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021⁴⁵. Elle connaît un certain nombre de dispositions visant à combattre les accords de soumission⁴⁶ ; nous analyserons ces dispositions plus loin dans le présent travail (cf. chap. 4.2). Les marchés cantonaux et communaux sont quant à eux régis principalement par l'AIMP⁴⁷ et des lois cantonales⁴⁸.

2.3 Considérations économiques

2.3.1 Une pratique néfaste à l'économie et répandue

Comme nous l'avons déjà dit dans l'introduction, chaque année, les pouvoirs publics fédéraux, cantonaux et communaux acquièrent pour environ CHF 40 milliards de travaux de construction, fournitures et services ; 20% de ce montant est à la charge de la Confédération, le reste aux cantons et communes⁴⁹. Au niveau vaudois, il s'agit d'un montant global de CHF 2.5 milliards par année, dont environ 40% est à la charge des communes⁵⁰. L'enjeu économique des marchés publics est donc important. L'on estime que ce montant correspond à environ un quart des dépenses publiques annuelles et 8% du PIB suisse⁵¹. Ces chiffres sont similaires à l'étranger : au niveau de l'OCDE, les marchés publics représentent 29% des dépenses publiques et 15% du PIB⁵².

³⁹ STÜSSI, p. 176 s ; Comco, Rapport annuel 2012, DPC 2013/1, p. 20.

⁴⁰ Mess.Rév-LCart 2012, p. 3647 ss et 3654 s.

⁴¹ BO CN 2014 1563.

⁴² Comco, Communiqué de presse du 20 janvier 2022, Nouveau soupçon de cartels de soumission en Suisse romande.

⁴³ Comco, Décision du 22 mai 2022, *Concessionari Volkswagen*, N 1 et 29.

⁴⁴ Accord international révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), RS 0.632.231.422.

⁴⁵ RO 2020 641.

⁴⁶ Voir art. 2 let. d, art. 11 let. e, art. 26, art. 43 al. 1 let. e, art. 44 al. 2 let. b, art. 45 al. 1 LMP.

⁴⁷ Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

⁴⁸ Par exemple, pour le canton de Vaud : Loi vaudoise du 14 juin 2022 sur les marchés publics (LMP-VD), BLV 726.01.

⁴⁹ HEINEMANN / STÜSSI, p. 635 ; Mess-LMP, p. 1698.

⁵⁰ Cour des comptes du Canton de Vaud, Rapport n°23, *Audit sur les conditions concurrentielles appliquées aux marchés publics de huit communes*, p. 3.

⁵¹ Comco, *Wettbewerb und Vergaberecht*, DPC 2006/2, p. 395.

⁵² OCDE, *Soumissions 2*, p. 8.

Une concurrence faussée par un accord illicite sur ces marchés conduit donc à un excès de dépense considérable pour les pouvoirs publics. Il a été constaté, après le démantèlement du cartel de l'asphaltage des routes du Tessin, que les prix pour de tels travaux ont baissé de 30%⁵³. Certaines études empiriques montrent que le surcoût moyen d'un accord de soumission serait de 25 à 45%⁵⁴. Dans un cas unique, dans le canton de Zurich, la Comco a même constaté une hausse du prix de 70%⁵⁵.

En 2004, la Commission des achats de la Confédération a mené une étude sur les marchés publics auprès d'entreprises soumissionnaires, d'adjudicateurs, d'organisations économiques, d'associations faîtières et de représentants des cantons et des communes. Un des constats de l'étude fut que près de la moitié des personnes interrogées ont déjà, au cours de leur pratique, dû faire face à un accord de soumission⁵⁶. Une étude réalisée durant l'an 2000 fait état d'abus dans environ 5% des marchés dans le secteur de la construction, en grande partie dû à des accords de soumission⁵⁷.

2.3.2 Facteurs facilitant la collusion, mesures préventives

Un certain nombre de facteurs constituent un terreau fertile à l'essor des accords de soumission, mais il existe de nombreuses mesures pouvant aisément être mises en place par les pouvoirs adjudicateurs afin de les contrecarrer. Il ne s'agit pas ici de dresser une longue liste rébarbative qui ne ferait que fuir le lecteur, d'autant plus que ces facteurs et mesures sont plus d'ordre économique et pratique que juridique. Nous nous contenterons donc d'une simple évocation des facteurs et mesures principaux, et renverrons pour le reste aux documents publiés par l'OCDE respectivement la Comco qui sont concis et complets et ne nécessitent pas de plus amples explications⁵⁸.

Parmi les facteurs facilitant la collusion, nous pouvons distinguer le nombre restreint de potentiels soumissionnaires, que les marchés soient fréquents et similaires ou encore les activités et services de certaines associations professionnelles. S'agissant des mesures préventives, les adjudicateurs peuvent par exemple s'informer en amont sur les caractéristiques du marché afin de concevoir une procédure d'appel dans laquelle régnera une concurrence efficace ou encore prendre des mesures pour réduire les possibilités de communication entre soumissionnaires.

2.4 Une lutte reposant sur trois piliers

Comme nous l'avons dit, la COMCO a décidé ces dernières années d'intensifier sa lutte contre les accords de soumission (cf. chap. 2.2). Ses efforts se déploient sur trois axes. Il s'agit de prévenir et informer ; de détecter ; et finalement, de poursuivre les membres d'un cartel de soumission⁵⁹.

⁵³ Comco, Rapport annuel 2008, DPC 2007/1, p. 14.

⁵⁴ Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 35.

⁵⁵ STÜSSI, p. 177.

⁵⁶ BKB / KBOB, Vergaberecht, p. 40.

⁵⁷ GALLI *et al.*, Praxis 2007, p. 329.

⁵⁸ Comco, *Combattre les cartels de soumission* ; OCDE, Soumissions 1, p. 3 ss. Le lien vers ces documents se trouve dans la bibliographie. Nous pouvons également recommander la lecture de la contribution de BIGGAR, p. 108 ss.

⁵⁹ Comco, Rapport annuel 2009, DPC 2010/1, p. 18 ; Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 35 ss.

2.4.1 Prévention et information

Ce premier pilier de l'action de la Comco comprend toute une série de mesures ayant pour but commun d'endiguer l'essor des cartels de soumission avant même que ceux-ci soient constitués. Pour ce faire, la Comco sensibilise adjudicateurs et soumissionnaires à la problématique. Elle organise des séances d'informations en Suisse alémanique, en Romandie et au Tessin. Il y est expliqué ce qu'est un cartel de soumission, les méthodes pour les identifier, des techniques pour les empêcher ainsi que la façon dont travaille la Comco et les moyens d'action à sa disposition. Des centaines de personnes ont pu participer à ces séances⁶⁰. La Comco anime également des conférences auprès d'associations, de hautes écoles, de certaines filières d'études et de représentants de communes particulièrement concernées par la problématique⁶¹. Par ailleurs, les décisions de la Comco, parfois fortement médiatisées, ont un effet dissuasif certain sur les entreprises, ce qui rentre dans le champ de l'action préventive de la Comco⁶². Finalement, cette mission de prévention passe également pour la Comco par la participation, sur la base de l'art. 46 LCart, aux travaux de révisions sur la législation en matière de marchés publics afin d'y intégrer les connaissances qu'elle a acquis durant sa pratique de lutte contre les cartels⁶³.

Ce travail de prévention est primordial. Il est crucial d'agir en amont, car tous les cartels ne peuvent être détectés et les procédures peuvent se révéler fastidieuses. De plus, quand bien même il est fréquent qu'une entreprise participant à un accord de soumission se voit infliger une amende par les autorités de la concurrence, il est très rare en pratique qu'une action civile permette à l'adjudicateur d'obtenir la réparation du dommage subi : il est dès lors préférable qu'il ne soit jamais lésé (nous reviendrons sur ce point plus loin, cf. chap. 3.5.2 et 4.4).

2.4.2 Détection

Le second volet de la lutte de la Comco contre les accords de soumission est la détection de ces derniers. Bon nombre de procédures de la Comco sont déclenchées par des dénonciations, auto-dénonciations, informations d'un lanceur d'alerte, etc⁶⁴. Les art. 45 al. 2 de la LMP et de l'AIMP soumettent d'ailleurs les services d'achats fédéraux, cantonaux et communaux à une obligation de dénoncer s'ils font face à des indices suffisants de l'existence d'un accord de soumission. Le Secrétariat de la Comco analyse systématiquement les informations reçues. En outre, il se montre proactif en analysant les données des appels d'offres publics et en développant des méthodes statistiques permettant de révéler des anomalies dans le comportement des soumissionnaires. Si des indices laissent penser qu'un cartel de soumission est actif sur un marché donné, une enquête est menée afin d'examiner la situation en détail⁶⁵.

2.4.3 Poursuite

Le troisième et dernier pilier sur lequel se base la COMCO pour lutter contre les accords de soumission est la répression. Il est nécessaire que soient poursuivis ceux qui se rendent coupables de participation à un cartel de soumission. Nous analyserons ultérieurement la question de la mise en œuvre de la LCart (cf. chap. 3.5).

⁶⁰ Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 36.

⁶¹ Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 36 ; Comco, Rapport annuel 2020, DPC 2021/1, p. 29.

⁶² HEINEMANN / STÜSSI, p. 646 s.

⁶³ HEINEMANN / STÜSSI, p. 646.

⁶⁴ HEINEMANN / STÜSSI, p. 647 ss.

⁶⁵ IMHOF, p. 169 ss. ; Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 36 s

3. Les accords de soumission en droit de la concurrence suisse

3.1 Le droit de la concurrence suisse en bref

Fondé sur les art. 27, 94 et 96 Cst. féd.⁶⁶, le droit de la concurrence suisse est principalement mis en œuvre par deux lois : la LCD⁶⁷ et la LCart. Cette dernière est complétée par diverses ordonnances, dont l'OS LCart⁶⁸ en matière de sanctions⁶⁹. À l'image de la plupart des droits étrangers, la LCart fonctionne sur la base de trois piliers : l'interdiction des accords restrictifs en matière de concurrence (art. 4 al. 1 et 5 LCart), l'interdiction de l'abus de position dominante (art. 4 al. 2 et 7 LCart) et le contrôle des concentrations (art. 4 al. 3 et 9 à 11 LCart)⁷⁰. C'est sur la base du premier pilier que des cartels de soumissions peuvent être sanctionnés, qu'ils peuvent se voir infliger une amende. Nous allons concentrer notre étude là-dessus. Au contraire de nombreux droits étrangers, dont le droit européen, le droit suisse ne connaît pas d'interdiction générale des accords restrictifs en matière de concurrence⁷¹. Sont uniquement interdits, d'après l'art. 5 al. 1 LCart, les accords affectant de manière notable la concurrence et ceux conduisant à la suppression d'une concurrence efficace. L'intensité de ses effets anticoncurrentiels est donc le critère principal d'appréciation pour déterminer si un accord est licite ou non⁷².

3.2 Le champ d'application de la LCart

Le champ d'application de la LCart est délimité à son art. 2. Elle s'applique « aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises⁷³ ». Il faut distinguer le champ d'application personnel, matériel et territorial. S'agissant du champ d'application personnel, il faut entendre par la notion d'entreprise « tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique⁷⁴ ». Il s'agit d'une notion économique et fonctionnelle, l'entreprise de droit public est donc incluse dans cette définition⁷⁵. L'entité publique dépourvue de la personnalité juridique est également comprise dans le champ de l'art. 2 LCart⁷⁶. La forme juridique ne jouant aucun rôle, l'État – et donc *in fine* l'adjudicateur – peut être considéré comme entreprise de droit public. Au niveau matériel, le champ d'application est constitué des trois piliers de la LCart : les accords en matière de concurrence, les pratiques abusives des entreprises en position dominante ainsi que le contrôle des concentrations d'entreprises⁷⁷. Finalement, pour le champ d'application territorial, on applique le principe des effets : la loi est applicable aux états de fait déployant leurs effets en Suisse, quand bien même ils se seraient produits à l'étranger⁷⁸.

⁶⁶ Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst. féd.), RS 101.

⁶⁷ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

⁶⁸ Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart), RS 251.5.

⁶⁹ MARTENET / HEINEMANN, p. 62 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale N 217.

⁷⁰ HEINEMANN / KELLERHALS, p. 12.

⁷¹ DAVID / JACOBS, p. 189.

⁷² CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 2.

⁷³ Art. 2 al. 1 LCart.

⁷⁴ Mess-LCart, p. 534.

⁷⁵ WEBER / VOLZ, p. 22.

⁷⁶ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, art. 2 LCart N 39 s.

⁷⁷ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, art. 2 LCart N 62.

⁷⁸ ATF 143 II 297, c. 3.2 ss (JdT 2018 I, p. 3 ss).

Au vu de ce qu'il a été présenté, il ne fait aucun doute que, dans le cadre d'un marché public suisse, la LCart s'applique tant à l'adjudicateur qu'aux soumissionnaires.

3.3 Les accords restrictifs de concurrence

3.3.1 La notion d'accords en matière de concurrence

L'art. 4 al. 1 LCart définit la notion d'accord en matière de concurrence. Ce terme englobe toutes « 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 concurrence⁷⁹ ». Il faut comprendre ce terme dans une acception large, et pas dans le sens d'un simple contrat entre parties. Rentrent dans le champ de cette définition les statuts, les règlements, les décisions ou encore les recommandations d'une association professionnelle⁸⁰. Il importe également peu que l'accord s'inscrive dans la durée ou non⁸¹. L'accord peut être horizontal (entre entreprises de même échelon économique) ou vertical (entre entreprises d'échelons différents)⁸².

Un accord de soumission a en principe pour but de déterminer l'adjudicataire et/ou de fixer le prix des offres. Un tel accord est donc susceptible d'entraîner une restriction à la concurrence et réunit généralement les éléments constitutifs de l'art. 4 al. 1 LCart⁸³. Il s'agit par ailleurs d'un accord de nature horizontale dans la mesure où les entreprises participant à l'entente sont toutes – potentiellement – soumissionnaires auprès d'un même adjudicateur.

3.3.2 Les accords illicites

Nous allons analyser l'art. 5 LCart, et examiner de quelle manière il est applicable à l'encontre d'un cartel de soumission. Doivent être reconnus illicites les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace⁸⁴. L'art. 5 LCart distingue donc trois niveaux d'atteintes à la concurrence, et les conséquences juridiques varient selon l'intensité de l'atteinte⁸⁵. L'appréciation de la notabilité de l'atteinte n'est pas chose aisée et celle-ci se fait donc lors d'une analyse des circonstances concrètes du cas d'espèce, et à l'aune de critères tant qualitatifs que quantitatifs⁸⁶.

En premier lieu, l'on distingue les atteintes légères, non notables à la concurrence (l'on parle aussi de restrictions formelles à la concurrence) qui ne sont donc pas illicites. Dans ces cas, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 5 LCart et les autorités de la concurrence ne peuvent intervenir. Il s'agit des cas où la situation concurrentielle ne diffère que peu du fait de l'existence d'un accord relativement à une situation sans accord⁸⁷. S'agissant des atteintes plus importantes,

⁷⁹ Art. 4 al. 1 LCart.

⁸⁰ BOVET, *Marchés publics*, p. 379.

⁸¹ DAVID / JACOBS, p. 202.

⁸² ATF 148 II 321, c. 6.2 ; Mess-LCart, p. 544 s.

⁸³ Voir par exemple Comco, Décision du 26 mars 2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, DPC 2019/2, p. 443 N 589 ss.

⁸⁴ Art. 5 al. 1 LCart.

⁸⁵ Dike KG-ZIRLICK/BANGERTER, art. 5 N 3 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 2.

⁸⁶ MARTENET / HEINEMANN, p. 97 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 6 ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5 N 11.

⁸⁷ ZÄCH, p. 187 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 3 et 114.

dites notables, elles sont illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart à moins qu'elles puissent être justifiées par des motifs économiques conformément à l'art. 5 al. 2 LCart⁸⁸. Finalement, le dernier degré d'intensité de restriction à considérer est la suppression de toute concurrence efficace ; cette catégorie d'accords est illicite (art. 5 al. 1 *in fine*). La justification pour motifs économiques n'est pas possible dans un tel cas. D'après l'art. 5 al. 3 LCart, les accords qui fixent directement ou indirectement les prix (let. a), qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir (let. b), ou qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (let. c) sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace (on parle aussi de cartels durs, ou *hardcore cartels*). La présomption de l'art. 5 al. 3 LCart est réfragable en démontrant qu'une concurrence suffisante subsiste malgré l'accord ; si elle est effectivement renversée, l'analyse se fait alors sur la question d'une éventuelle restriction notable de la concurrence⁸⁹. La notabilité de l'atteinte est généralement admise pour les cartels durs (les accords visés par l'art. 5 al. 3 LCart), et ce indépendamment de considérations quantitatives⁹⁰. Si toutefois la présomption ne peut être renversée, alors l'accord est à considérer comme étant illicite.

Un accord de soumission classique prend typiquement la forme d'un accord sur les prix et/ou d'un accord de répartition des marchés et il est donc généralement soumis à la présomption – réfragable – de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart⁹¹.

3.4 *Excursus* – L'abus de position dominante

L'art. 7 LCart proscrie l'entreprise en position dominante d'abuser de cette dernière. Tant le soumissionnaire que l'adjudicateur peut, dans le cadre d'un marché public, enfreindre cette disposition. Nous n'allons pas développer extensivement la question : notre travail se borne à la problématique des accords de soumission, et nous ne souhaitons pas trop franchir le périmètre que nous avons fixé. La question mérite toutefois une brève présentation.

3.4.1 Par l'adjudicateur

L'adjudicateur est en position dominante lorsqu'il jouit « d'une puissance d'achat en cas de groupement d'achat ou sur un marché sur lequel il ne fait face qu'à un nombre restreint de demandeurs privés⁹² ». Il peut abuser de cette dernière par exemple s'il renégocie le prix présenté par l'adjudicataire ou s'il présente des prix respectivement des conditions inéquitables. Bien qu'envisagée à la fois dans le message accompagnant la LMP⁹³, par la Comco⁹⁴ et par la doctrine⁹⁵ la question n'a jamais fait l'objet d'une décision des autorités de la concurrence ou d'un tribunal. Le TAF semble lui aussi admettre la possibilité d'une enquête au sens de l'art. 26 LCart à l'encontre d'un adjudicateur abusant de sa position dominante⁹⁶. Bien qu'il s'agisse

⁸⁸ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 5.

⁸⁹ MARTENET / HEINEMANN, p. 93 s. ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 4, 371 ss et 483 ss.

⁹⁰ ATF 143 II 297, c. 5.2 et 5.6 (JdT 2018 I, p. 3 ss).

⁹¹ CHRIST, p. 98 ss ; Comco, *Wettbewerb und Vergaberecht*, DPC 2006/2, p. 408 ; Dike KG-BANGERTER/ZIRLICK, art. 5 N 452 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 5 LCart N 421 et 477.

⁹² Mess-LMP, p. 1731.

⁹³ Voir n. 92.

⁹⁴ Comco, *Wettbewerb und Vergaberecht*, DPC 2006/2, p. 409

⁹⁵ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, art. 2 LCart N 45, CLERC art. 7 al. 1 LCart N 47 ; POLTIER, p. 345 ; BOVET, *Marchés publics*, p. 397 s ; CHRIST, p. 54 *if.* ss.

⁹⁶ TAF, Décision du 1^{er} juin 2010, *Implenia SA gegen Weko*, DPC 2010/2, p. 387 s., c. 9.2.4.1.

d'une hypothèse alambiquée et qui devrait de toute façon rester très rare en pratique (notamment parce que le risque est largement atténué par l'obligation pour l'adjudicateur, dans le cadre de la passation d'un marché public, de respecter les garanties de procédure ainsi que certains grands principes tels l'égalité de traitement et la transparence), il convient selon nous d'admettre la possibilité de sanctionner un adjudicateur pour un éventuel abus de position dominante.

3.4.2 Par le soumissionnaire

L'abus de position dominante par un soumissionnaire est également envisagé par la doctrine⁹⁷. Il n'y a, à notre connaissance, pas non plus d'exemples d'application de l'art. 7 LCart à un soumissionnaire dans la pratique. Nous pourrions toutefois imaginer le cas de figure d'un soumissionnaire, en position dominante, qui présente des offres anormalement basses sur plusieurs marchés successifs afin d'évincer les concurrents du marché (prix prédateurs). Un tel comportement serait certainement constitutif d'une violation de l'art. 7 LCart. Si plusieurs soumissionnaires en position dominante s'entendent afin d'évincer des concurrents, ils remplissent les éléments constitutifs de l'art. 5 LCart et de l'art. 7 LCart. Dans ces cas, une application cumulative des deux dispositions est possible et cela sera pris en compte dans la fixation de la sanction⁹⁸.

3.5 Mise en œuvre de la LCart

S'il existe des soupçons que des soumissionnaires s'entendent illicitement, il est nécessaire de pouvoir agir. Nous allons examiner dans ce chapitre les divers moyens à disposition des autorités et des parties lésées. Cette analyse se décompose en trois parties : le volet administratif, le volet civil et enfin le volet pénal.

3.5.1 Volet administratif

3.5.1.1 Généralités

Ce premier volet, de loin le plus développé est entièrement mis en œuvre par la Comco et son Secrétariat⁹⁹, qui mène une vingtaine d'enquêtes préalables par année¹⁰⁰. Ces dernières peuvent être suivies, en cas d'indices d'un accord entre entreprises ou d'un abus de position dominante, d'une enquête pour restriction à la concurrence basée sur les art. 27 ss LCart. Une fois l'enquête terminée, la Comco est compétente pour prendre une décision sur la base de la proposition du Secrétariat et des éventuels avis des parties. La Commission peut constater une violation de la LCart et exiger sa cessation en ordonnant des mesures, en interdisant un accord ou un comportement et enfin en infligeant une sanction¹⁰¹. Une éventuelle sanction peut, selon l'art. 49a LCart, atteindre un montant maximum correspondant à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Afin de déterminer le montant de la sanction, les autorités de la concurrence doivent notamment se référer aux indications figurants dans l'OS LCart. Le programme de clémence permet à la Comco de renoncer partiellement ou intégralement à des sanctions directes si une entreprise membre d'un cartel a participé à la

⁹⁷ POLTIER, p. 344 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, art. 2 LCart N 45 *if*.

⁹⁸ DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER, art. 5 N 25.

⁹⁹ MARTENET / HEINEMANN, p. 185.

¹⁰⁰ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, art. 26 N 5a.

¹⁰¹ MARTENET / HEINEMANN, p. 199 s.

découverte et à la suppression dudit cartel¹⁰². Finalement, à l'encontre d'une décision de la Comco, le recours au TAF est ouvert (art. 33 let. f LTAF¹⁰³). Les arrêts du TAF sont ensuite attaquables au Tribunal fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF¹⁰⁴) par la voie du recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF).

Ce rappel général fait, nous nous bornerons dans la suite de notre présentation du volet administratif de la LCart à évoquer les deux questions qui se révèlent particulières lorsque l'on parle d'accords de soumission.

3.5.1.2 La délimitation du marché pertinent

Lorsqu'elles enquêtent, les autorités de la concurrence doivent toujours apprécier une éventuelle restriction illicite à la concurrence en relation avec un marché donné. Un accord est en effet illicite du point de vue du droit des cartels que s'il permet aux entreprises de se soustraire à la pression concurrentielle sur un marché donné et d'empêcher ainsi le jeu des fonctions concurrentielles. Il convient donc de délimiter le marché pertinent (*relevanter Markt*) dans lequel les participants à l'entente sont actifs¹⁰⁵. Cette délimitation se fait, en application par analogie de l'art. 11 al. 3 OCCE¹⁰⁶, du point de vue du produit, du point de vue géographique et parfois également du point de vue temporel¹⁰⁷. Dans le cadre d'une enquête menée à l'encontre d'un accord de soumission, cette délimitation est particulière en raison du fait que le marché considéré est préalablement délimité sur le plan matériel, géographique et temporel par l'adjudicateur¹⁰⁸. La Comco peut soit considérer chaque procédure d'adjudication comme un marché distinct, soit considérer que le marché pertinent englobe l'ensemble des procédures d'adjudication où le cartel a été actif (accord global¹⁰⁹). Cette deuxième option facilite le travail des autorités de la concurrence, car l'examen de chacun des accords individuels est très souvent fastidieux¹¹⁰ ; toutefois, prouver l'existence d'un accord global se révèle tout autant coriace¹¹¹. La Comco a développé dans sa pratique un certain nombre de critères (type de prestation, fréquence, durée) afin de délimiter au mieux le marché pertinent lorsqu'elle enquête sur un accord de soumission¹¹².

Deux critères principaux ont été développés par la Comco afin de qualifier un accord de soumission d'accord global (*Gesamtbede*). Premièrement, l'accord doit être caractérisé par sa longue durée et par le fait qu'il soit institutionnalisé. Il doit avoir existé une volonté durable et commune de se répartir les marchés publics et de se coordonner sur les prix¹¹³. Deuxièmement, les participants à l'entente ne se sont pas questionnés lors de chaque nouvel appel d'offres sur leur participation à l'entente¹¹⁴. Ces deux critères sont typiquement remplis par un cartel de rotation. Si toutefois les caractéristiques de l'accord de soumission ne

¹⁰² Mess.Rév-LCart 2004, p. 1926.

¹⁰³ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32.

¹⁰⁴ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

¹⁰⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5 N 99.

¹⁰⁶ Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprise (OCCE), RS 251.4.

¹⁰⁷ ATF 144 II 194, c. 6.3 ; CS KG-REINERT, art. 5 N 2.

¹⁰⁸ CS KG-REINERT, art. 5 N 2.

¹⁰⁹ Pour un développement plus approfondi sur la notion d'accord global dans la LCart, voir Dike KG-BANGERTER/ZIRLICK, art. 4 al. 1 N 193 ss.

¹¹⁰ TSCHUDIN, p. 221.

¹¹¹ HEINEMANN / STÜSSI, p. 642.

¹¹² CAU, p. 11.

¹¹³ CAU, p. 11.

¹¹⁴ CAU, p. 11.

permettent pas de qualifier l'accord de global, il conviendra de définir les marchés pertinents distinctement.

La qualification d'un accord comme étant global ou non peut avoir plusieurs conséquences importantes pour les parties, par exemple s'agissant de la remise de l'amende dans le cadre du programme de clémence¹¹⁵. Elle a surtout une importance considérable pour le calcul de la sanction. S'il est retenu qu'une entreprise a commis plusieurs petites infractions plutôt qu'une infraction globale, cela aura des incidences sur le montant final de la sanction¹¹⁶. Nous reviendrons sur cette question dans le sous-chapitre suivant.

3.5.1.3 Le calcul de la sanction

La fixation de l'amende dont est susceptible de devoir s'acquitter un participant à un accord restrictif de concurrence comporte également quelques particularités lorsqu'il s'agit d'un accord de soumission. La méthode à suivre pour le calcul de la sanction (*Sanktionsbemessung*) est explicitée dans l'OS LCart. Après avoir établi un montant de base, s'élevant (selon le type et la gravité de l'infraction) au maximum à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 OS LCart), il convient d'adapter la sanction en prenant en compte la durée de l'accord (art. 4 OS LCart) ainsi que d'éventuelles circonstances aggravantes (art. 5 OS LCart) et/ou atténuantes (art. 6 LCart)¹¹⁷. En aucun cas le montant final ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires des trois derniers exercices (art. 7 LCart). Le calcul de la sanction présente quelques différences selon qu'il s'agisse d'une pluralité de marché distincts ou d'un accord global.

Dans le premier cas de figure, le montant de base pour l'entreprise qui a bénéficié de la protection de concurrents (entreprise soutenue) est de 10% du chiffre d'affaires des trois derniers exercices en cas de suppression de la concurrence, de 8% en cas d'atteinte notable à la concurrence et que le marché a été remporté par l'une des parties à l'accord et de 5% en cas d'atteinte notable à la concurrence mais que le marché a été adjudiqué à un soumissionnaire externe à l'entente¹¹⁸. Si c'est un soumissionnaire externe à l'accord qui remporte le marché, il convient de retenir l'offre la plus basse présentée par le cartel comme chiffre d'affaires pertinent pour le marché en question¹¹⁹. Dans la même veine, si l'offre a été révoquée, l'autorité se contente du chiffre d'affaires que l'entreprise aurait réalisé dans le cadre du marché si l'adjudication n'avait pas été révoquée¹²⁰. Quant à l'entreprise qui a présenté une offre de couverture (entreprise de soutien), elle doit également être sanctionnée. La Comco a exprimé à de multiples occasions l'importance de sanctionner ces entreprises quand bien même elles ne réalisent pas de chiffre d'affaires sur le marché en question¹²¹. S'il n'était pas possible de les sanctionner, cela ne refléterait ni le sens et le but de l'art. 3 OS LCart ni la volonté du législateur.

¹¹⁵ La constatation de l'existence d'un accord global a aussi des incidences sur les délais de prescriptions. Voir BSK KG-REINERT, art. 5 LCart N 257 ss.

¹¹⁶ Dike KG-BANGERTER/ZIRLICK, art. 4 al. 1 N 200.

¹¹⁷ ATF 147 II 72, c. 8.5.1.

¹¹⁸ Comco, Décision du 10 mai 2021, *Installation et services électriques dans la région genevoise*, DPC 2021/3, p. 642 N 87.

¹¹⁹ CAU, p. 12 s.

¹²⁰ Dike KG-KRAUSKOPF, art. 49a N 40.

¹²¹ Voir par exemple Comco, Décision du 10 mai 2021, *Installation et services électriques dans la région genevoise*, DPC 2021/3, p. 641 N 83.

Conformément à la pratique de la Comco, le montant de base est divisé par deux pour les entreprises de soutien¹²².

Si l'on se trouve dans le second cas de figure (accord global), il ne faut pas seulement prendre le chiffre d'affaires des appels d'offres concertés qui est pris en compte pour la sanction, mais l'ensemble du chiffre d'affaires des entreprises sur les marchés auxquels l'accord global se rapporte¹²³. Le travail de la Comco se voit donc grandement facilité. Le reste de la détermination du montant de base s'effectue selon les mêmes modalités déjà présentées.

Il appartient ensuite aux autorités de la concurrence d'adapter le montant de base ainsi obtenu aux circonstances du cas d'espèce¹²⁴. Elles peuvent par exemple aggraver la sanction en fonction du nombre de participations à l'entente de soumission¹²⁵, en cas de rôle de meneur¹²⁶ ou en raison de la durée de l'accord¹²⁷. Il convient toutefois de respecter la limite fixée par l'art. 7 OS LCart. À l'inverse, la sanction peut être atténuée, par exemple si l'entreprise coopère de manière volontaire avec les autorités de la concurrence¹²⁸. Finalement, au titre de l'art. 8 OS LCart, il est possible de renoncer à toute sanction si l'entreprise fournit des informations permettant l'ouverture de l'enquête ou soumet des preuves permettant à la Comco de constater une restriction à la concurrence.

3.5.2 Volet civil

3.5.2.1 Généralités

L'action civile, fondée sur les art. 12 ss LCart, est le second moyen de droit à l'encontre d'un participant à un cartel de soumission. La mise en œuvre de la LCart se faisant encore principalement *via* son volet administratif, le volet civil est peu exploité et les actions civiles sont extrêmement rares en pratique¹²⁹. L'action civile occupe deux fonctions : la compensation du dommage causé par une infraction au droit de la concurrence (en particulier le préjudice subi par les acheteurs directs et les concurrents) et la prévention des comportements anti-concurrentiels (effet dissuasif)¹³⁰. La qualité pour agir est donnée, d'après l'art. 12 al. 1 LCart, à toute personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci. Finalement, l'action civile relève de la compétence des tribunaux civils cantonaux. Chaque canton est tenu d'instituer une juridiction compétente pour statuer sur les litiges relevant du droit des cartels en instance cantonale unique¹³¹.

¹²² Par exemple : Comco, Décision du 10 mai 2021, *Installation et services électriques dans la région genevoise*, DPC 2021/3, p. 642 N 87.

¹²³ Comco, Décision du 26 mars 2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, DPC 2019/2, p. 476 N 817 ; Tschudin, p. 222.

¹²⁴ ATF 146 II 217, c. 9.1.

¹²⁵ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 49a N 67 (voir en particulier la note 189).

¹²⁶ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 49a N 79b.

¹²⁷ CAU, p. 13 s.

¹²⁸ Comco, Décision du 10 mai 2021, *Installation et services électriques dans la région genevoise*, DPC 2021/3, p. 642 N 93.

¹²⁹ MARTENET / HEINEMANN, p. 221 ; HURNI, p. 6 s. Nous reviendrons sur la faiblesse actuelle du volet civil et le projet de révision en cours (cf. chap. 8.1).

¹³⁰ HURNI, p. 88 ss.

¹³¹ Art. 5 al. 1 let. b CPC ; la compétence dans le canton de Vaud est attribuée à la Cour civile du Tribunal cantonal (art. 74 al. 3 let. b LOJV-VD). Nous nous en arrêtons là pour notre rappel général du volet civil de la LCart. Au lecteur souhaitant un rappel plus complet, nous pouvons recommander la lecture de la thèse exhaustive de HURNI sur la question.

Nous allons revenir dans le prochain sous-chapitre sur l'épineuse question de la qualité pour agir lorsque l'action civile est formée à l'encontre des participants à un accord de soumission. Faute de pratique, il ne s'est vraisemblablement pas posé beaucoup d'autres questions au sujet des actions intentées à l'encontre du participant à un accord de soumission.

3.5.2.2 *La qualité pour agir*

a) Du pouvoir adjudicateur

La qualité pour agir étant donnée à toute personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci¹³², il convient de se demander si le pouvoir adjudicateur peut fonder une demande sur la base de cette disposition.

Il convient de rappeler dans un premier temps que lorsque l'on examine le champ d'application de la LCart, la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1 LCart est économique et fonctionnelle (cf. chap. 3.2). La LCart est donc généralement applicable à l'autorité adjudicatrice, qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée assurant un service public et bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux (art. 4 al. 2 LMP) ou bien qu'il s'agisse d'une collectivité publique. L'entreprise publique n'est toutefois pas habilitée à ouvrir une action si elle détient un monopole de droit public (art. 3 al. 1 LCart)¹³³.

La voie civile est donc ouverte à l'adjudicateur pour autant que son accès ou son exercice de la concurrence soit entravé (art. 12 LCart). La difficulté qui se pose est de déterminer si l'une de ces conditions est remplie, si l'adjudicateur peut effectivement s'estimer entravé dans l'accès ou l'exercice de la concurrence et ainsi bénéficier de la légitimation active. La doctrine est très partagée sur le sujet, et l'interprétation des diverses positions n'est pas chose aisée. Nous tenterons ici de présenter avec le plus de clarté possible les différents points de vue. La difficulté principale est que les positions des auteurs ne sont pas toujours pleinement développées. Certains discutent de la légitimité à agir de l'État quel que soit le type de restriction à la concurrence attaquée, d'autres se concentrent sur la capacité de l'État souhaitant agir contre un cartel de soumission tandis qu'une dernière catégorie d'auteurs évoque les deux questions.

Nous pouvons résumer les positions comme suit : STÖCKLI ainsi qu'HEINEMANN / STÜSSI n'émettent aucune réserve sur la capacité de l'État à agir contre un cartel de soumission et estiment qu'il a toujours la légitimation active pour intenter de telles actions¹³⁴. Ils s'expriment cependant uniquement sur la question des accords de soumission. JACOBS / GIGER rejettent expressément cette interprétation selon laquelle l'État bénéficierait d'une légitimation active générale pour agir contre un cartel de soumission¹³⁵. D'après eux, l'État ne peut pas utiliser l'art. 12 LCart lorsqu'il agit en tant que détenteur de la puissance publique, mais seulement lorsqu'il participe à la concurrence¹³⁶. TERCIER ne s'exprime pas sur le cas spécifique des accords de soumission, mais énonce la même réserve générale sur la légitimation active de

¹³² Art. 12 al. 1 LCart.

¹³³ HURNI, p. 300 s.

¹³⁴ STÖCKLI, p. 291 ; HEINEMANN / STÜSSI, p. 650.

¹³⁵ BSK KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 23a.

¹³⁶ JACOBS / GIGER donnent un exemple : si l'État achète des produits pour ses hôpitaux, la légitimation active devrait être admise, car ses hôpitaux sont en concurrence avec des hôpitaux privés. En revanche, un tel rapport de concurrence fait typiquement défaut lorsque l'État construit ou entretient des routes. Dans ce cas, l'État intervient certes également en tant que demandeur, mais il n'est pas en concurrence avec des tiers dans ce domaine.

l'État lorsqu'il agit en tant que détenteur de la puissance publique¹³⁷. VETTER reprend également cette réserve, mais s'agissant du cas spécifique des cartels de soumission, il estime que l'État peut toujours agir à l'encontre de ces derniers¹³⁸.

Nous rejoignons l'interprétation défendue par JACOBS / GIGER selon laquelle l'État – et donc *in fine* l'adjudicateur – ne peut agir lorsqu'il est actif sur le marché en tant que détenteur de la puissance publique. Cette interprétation, bien que regrettable en pratique, semble correspondre au plus près au texte de la loi. Le projet de révision de la LCart prévoit une reformulation de la disposition (cf. chap. 8.1). Cette modification bienvenue permettrait d'élargir le champ des personnes dotées de la légitimation active, et la situation serait clarifiée : les pouvoirs publics bénéficieraient toujours de la légitimation active pour agir sur la base des art. 12 ss LCart à l'encontre d'un cartel de soumission.

Il n'y a pas eu de jurisprudence rendue sur la question. En 2012, après la décision de la Comco *Pavimentazioni stradali in Ticino*¹³⁹, le canton du Tessin et la ville de Lugano ont fondé une action civile, dont ils doutaient pourtant eux-mêmes du bien-fondé juridique, afin d'obtenir le remboursement des surcoûts liés à l'accord. L'action n'a finalement pas abouti à une décision, les parties ayant transigé. Les autorités ont tout de même perçu un montant de CHF 4.9 millions de la part des entreprises concernées, et donc une partie du dommage a été réparé, mais la transaction a empêché la clarification souhaitée de la question de la légitimation active de l'adjudicateur en cas d'une utilisation de l'art. 12 LCart¹⁴⁰.

S'agissant de l'éventuelle possibilité pour la collectivité de fonder une action sur la base de l'art. 41 CO¹⁴¹, elle est rejetée par une majorité de la doctrine¹⁴².

Un palliatif à l'incertitude suscitée par l'art. 12 LCart existe : l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires lors de la procédure d'adjudication et ensuite lors de la conclusion du contrat avec l'adjudicataire (par une clause contractuelle spécifique) qu'ils ne participent pas à des restrictions illicites à la concurrence. La transmission d'informations erronées constituerait une violation des obligations et ouvrirait la voie à une action qui n'est pas basée sur l'art. 12 LCart et dont la légitimation active de l'adjudicateur pour en faire usage ne ferait aucun doute¹⁴³.

b) Des soumissionnaires

Il convient maintenant de se demander à quelles conditions les soumissionnaires peuvent bénéficier de la légitimation active. Il ne fait aucun doute, et cela n'est aucunement contesté, que le soumissionnaire externe à l'accord est légitimé à agir en tant qu'entreprise concurrente victime du cartel¹⁴⁴. Mais qu'en est-il du soumissionnaire membre du cartel qui souhaiterait se retourner contre l'adjudicataire ou un autre participant à l'accord ? Il bénéficie de la

¹³⁷ TERCIER, p. 336.

¹³⁸ Dike KG-VETTER, art. 12 N 3.

¹³⁹ Voir n. 35.

¹⁴⁰ HURNI, p. 301 s.

¹⁴¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO), RS 220.

¹⁴² HURNI, p. 301.

¹⁴³ HEINEMANN / STÜSSI, p. 651. En Allemagne, une solution usuelle dans la pratique est d'inclure dans le contrat une clause engageant l'entreprise à payer une indemnité à la collectivité (chiffrée relativement à un pourcentage prédéterminé du montant du contrat) s'il s'avère que le marché a fait l'objet d'un accord illicite (sur la question et pour plus de références, voir HURNI, p. 302).

¹⁴⁴ HEINEMANN / STÜSSI, p. 650.

légitimation active sur la base de l'art. 12 LCart en tant que personne entravée¹⁴⁵. Il serait toutefois choquant qu'une entreprise puisse émettre des prétentions alors qu'elle a elle-même commis des actes illicites ; la situation peut donc être corrigée par l'exclusion de la répétition de l'art. 66 CO ou par application de l'art. 2 al. 2 CC¹⁴⁶ (interdiction de l'abus de droit)¹⁴⁷.

3.5.3 Volet pénal

Le volet pénal est faible en Suisse. Une violation de l'art. 5 LCart (accord restrictif de concurrence) ou de l'art. 7 LCart (abus de position dominante) n'engendre pas la possibilité de prononcer une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté ; ces deux dispositions ne sont pas couplées à une norme pénale¹⁴⁸. Les deux dispositions prévoyant des sanctions pénales sont les art. 54 et 55 LCart. Tandis que l'art. 54 prévoit une amende de CHF 100'000 au plus à celui qui « aura intentionnellement contrevenu à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours », l'art. 55 LCart concerne l'obligation de renseigner de l'art. 40 LCart et d'autres questions liées à la concentration d'entreprises. Il s'agit donc de contraventions formelles et non matérielles¹⁴⁹. Nous reviendrons à la fin de notre étude sur le souhait parfois émis par certains auteurs ou politiciens de voir introduites dans la législation des peines privatives de liberté pour les participants à une entente cartellaire (cf. chap. 8.2).

4. Les accords de soumission en droit des marchés publics suisse

Le droit des marchés publics suisse est essentiellement mis en œuvre par la LMP (pour les adjudicateurs fédéraux) et l'AIMP, qui est complétée par la LMI et des lois cantonales (pour les adjudications cantonales et communales). La LMP et l'AIMP comportent pour l'essentiel le même texte. Afin d'éviter toute lourdeur dans un travail portant sur la question des accords de soumission plus que sur les spécificités de ces deux lois, nous ne traiterons donc que de la LMP dans la suite de notre analyse, dans l'idée que la loi fédérale ne présente que peu de différences avec l'accord intercantonal¹⁵⁰. Lorsqu'une disposition traitant des accords de soumission n'est pas équivalente entre les deux actes législatifs, il en sera fait mention. À moins d'une indication contraire, le lecteur peut donc partir du principe que ce qu'il sera dit sur la façon dont la LMP traite les accords de soumission est applicable au régime de l'AIMP (et donc *in fine*, que ce qui est valable dans une passation publique fédérale l'est également dans les marchés publics communaux et cantonaux).

Après un rappel de certains principes de la LMP (chap. 4.1), nous nous concentrerons sur les dispositions traitant des accords de soumission dans cette même loi en les présentant tour à tour (chap. 4.2). Nous examinerons ensuite l'éventuelle possibilité de sanctionner pénalement les participants à un accord de soumission (chap. 4.3) et les possibilités pour les lésés d'intenter

¹⁴⁵ HURNI, p. 289 ; OFK Wettbewerbsrecht I, art. 12 N 4 ; BSK KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 19.

¹⁴⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

¹⁴⁷ OFK Wettbewerbsrecht I, art. 12 N 5 ; BSK KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 19

¹⁴⁸ MARTENET / HEINEMANN, p. 223.

¹⁴⁹ CR Concurrence-MOREILLON, rem. art. 54-57 N 5.

¹⁵⁰ Le lecteur pourra trouver à l'adresse internet suivante un document comparant la LMP et l'AIMP <https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Vergleichsdokument_BoeB_IVoeB.pdf> (consulté le 31 mai 2023). L'on peut constater que les différences sont peu nombreuses, et sont essentiellement d'ordre terminologique, ou liées aux valeurs-seuils et aux voies de droit.

une action civile (chap. 4.4) si le bon déroulement d'une procédure d'adjudication est faussé par l'existence d'une entente cartellaire.

4.1 La LMP en bref

Nous renonçons ici à un rappel général des grandes lignes de la LMP (champ d'application, valeurs seuils, etc.) en tant qu'elles ne présentent aucune particularité en relation avec le sujet de notre étude¹⁵¹.

Rappelons simplement que le droit des marchés publics (et donc la LMP) fait partie du domaine de droit de la concurrence, et les deux ont pour but commun de garantir le bon fonctionnement de la concurrence¹⁵². Parmi les buts de la LMP, figure celui d'atteindre « une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption¹⁵³ ». Ce but implique que des mesures pour lutter contre les accords restrictifs de concurrence doivent être prévues dans les appels d'offres par les adjudicateurs¹⁵⁴. Ceci est rappelé à l'art. 11 let. b LMP, qui préconise à l'adjudicateur le respect d'un certain nombre de principes dans le cadre de la procédure d'adjudication, dont la prise de mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les objectifs de la loi en lien avec les accords de soumission sont concrétisés dans un certain nombre de dispositions qui seront l'objet de l'analyse du prochain chapitre.

4.2 Les accords de soumission dans la LMP

4.2.1 Procédure de gré à gré (art. 21)

La LMP prévoit que l'adjudication peut se faire selon quatre types de procédure : la procédure ouverte (art. 18), la procédure sélective (art. 19), la procédure sur invitation (art. 20) et enfin la procédure de gré à gré (art. 21). Dans le cadre de cette dernière, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Une telle adjudication constitue une entorse partielle ou totale aux principes d'économicité, de transparence et de concurrence (art. 2 et 11 LMP) et n'est donc possible que si l'une des circonstances exceptionnelles évoquée dans la loi (art. 21 al. 2 let. a à i) est applicable. L'une de ces circonstances est l'existence d'indices suffisants qui « laissent penser que toutes les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation résultent d'un accord illicite affectant la concurrence¹⁵⁵ ».

La doctrine est divisée sur le sens à donner à l'art. 21 al. 2 let. b LMP que nous venons de citer. Tandis qu'une partie des auteurs est d'avis que le recours à la procédure de gré à gré doit être possible du moment qu'il n'existe pas de concurrence résiduelle en dehors du cartel de

¹⁵¹ Le lecteur souhaitant une piqûre de rappel sur la question des marchés publics pourra se référer à l'ouvrage très complet de POLTIER, dont une nouvelle édition sera publiée durant l'été 2023.

¹⁵² OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 2 BöB N 21 ss.

¹⁵³ Art. 2 let. d LMP. L'expression d'accords illicites affectant la concurrence utilisée dans cette disposition englobe celle d'accords de soumission.

¹⁵⁴ Mess-LMP, p. 1731.

¹⁵⁵ Art. 21 al. 2 let. b LMP.

soumission¹⁵⁶, comme l'indique le message¹⁵⁷, une seconde partie des auteurs se fie au texte de la loi et sont d'avis que chacune des offres doit émaner d'un cartel de soumission pour pouvoir faire usage de la procédure de gré à gré¹⁵⁸. Suivant la position défendue ici, il convient d'interpréter téléologiquement cette disposition. Il n'est donc selon nous pas nécessaire que toutes les offres soient contaminées pour recourir à la procédure de gré à gré : une interprétation aussi restrictive s'écarte du but de cette disposition. Cette dernière a été conçue par le législateur pour offrir à l'adjudicateur dont le marché ouvert, sélectif ou sur invitation ne répond pas à l'exigence de concurrence efficace (art. 2 let. d LMP) un type de procédure d'adjudication alternatif. Si l'on admet que le recours à la procédure de gré à gré ne peut se faire que lorsque l'ensemble des offres résultent d'un cartel de soumission, cela permettrait que des marchés soient attribués ouvertement, sélectivement ou sur invitation sans qu'il existe une concurrence efficace entre les soumissionnaires, ce qui ne s'accorde pas avec le but de la disposition. Si une partie des offres est présentée par des soumissionnaires s'étant entendus mais qu'une concurrence résiduelle subsiste, il convient d'exclure les soumissionnaires concernés (art. 44 LMP ; cf. chap. 4.2.4).

Par ailleurs, si la procédure d'adjudication est fortement affectée par un accord de soumission, l'adjudicateur n'a pas pour seule option de recourir à la procédure de gré à gré. Il peut par exemple décider d'interrompre le marché (art. 43 LMP ; cf. chap. 4.2.3) et le répéter ensuite, ce qui lui épargne de devoir effectuer le choix parfois difficile du soumissionnaire avec lequel il entendrait conclure de gré à gré¹⁵⁹.

Finalement, l'existence d'un accord de soumission étant fastidieux à établir et nécessitant une longue enquête, il n'est le plus souvent pas raisonnable d'attendre qu'une décision soit rendue au terme d'une enquête approfondie : cela entraverait les adjudicateurs, ne leur permettrait pas d'obtenir la prestation qui fait l'objet du marché public affecté par un accord de soumission avant de nombreux mois voire années¹⁶⁰. L'autorité adjudicatrice peut donc contacter la Comco afin que cette dernière établisse une première évaluation de la situation. Si les indices sont jugés suffisants et qu'il n'y a pas de concurrence résiduelle, la procédure de gré à gré peut être utilisée par l'adjudicateur¹⁶¹. Le recours à la procédure de gré à gré ne peut donc se faire sur la base d'une simple présomption pour des motifs préventifs¹⁶².

4.2.2 Conditions de participation (art. 26)

Le législateur a également établi un certain nombre d'exigences concernant l'adjudication qui figurent au sein du 5^{ème} chapitre de la LMP. On y distingue les conditions de participation (art. 26 LMP), les critères d'aptitude (art. 27 LMP) ou encore les critères d'adjudication proprement dit (art. 29 LMP). Parmi les conditions de participation, figure l'interdiction de conclure des accords illicites affectant la concurrence, et donc l'interdiction d'être partie à un accord de soumission. Une violation de cette condition entraîne généralement l'exclusion de la procédure ou la révocation de l'adjudication. Il n'est pas possible pour l'autorité adjudicatrice de renoncer

¹⁵⁶ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 21 BöB N 8 ; HK Beschaffungsrecht-AESCHBACHER/KREBS, art 21 N 12.

¹⁵⁷ Mess-LMP, p. 1771.

¹⁵⁸ POLTIER, p. 349 ; JAQUIER, p. 386 s ; BOVET, Gré à gré, p. 43 ; SÖZERMAN, p. 274.

¹⁵⁹ BOVET, Gré à gré, p. 43.

¹⁶⁰ HK Beschaffungsrecht-AESCHBACHER/KREBS, art 21 N 11.

¹⁶¹ Mess-LMP, p. 1771.

¹⁶² GALLI *et al.*, Praxis 2013, p. 166 s. ; HK Beschaffungsrecht-AESCHBACHER/KREBS, art 21 N 11. Pour une étude plus détaillée sur la question du degré de preuve exigé pour recourir à la procédure de gré à gré si le marché est affecté par un accord de soumission, voir JAQUIER, p. 380 ss.

à ces conditions, même si, par exemple, tous les soumissionnaires sont parties à un accord de soumission¹⁶³.

4.2.3 Interruption de la procédure (art. 43)

L'art. 43 LMP permet d'interrompre la procédure d'adjudication, notamment s'il « existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires¹⁶⁴ ». Il s'agit d'une faculté potestative octroyée à l'adjudicateur¹⁶⁵. Qu'elle soit prononcée avant ou après l'adjudication, l'interruption concerne la procédure dans son ensemble et affecte donc tous les soumissionnaires et non un seul en particulier¹⁶⁶. Comme pour la question de la procédure de gré à gré, il n'est pas nécessaire d'attendre une décision exécutoire de la Comco pour interrompre la procédure et une interruption peut se faire du moment qu'il existe des indices suffisants laissant penser que les soumissionnaires se sont entendus¹⁶⁷. Le recours est évidemment possible contre une décision d'interruption (art. 53 let. g LMP).

Dans le cadre d'un marché faussé par un accord de soumission, la seule question qui n'est pas claire est celle de savoir si l'interruption de la procédure par l'adjudicateur est également autorisée lorsque tous les soumissionnaires n'ont pas participé à l'entente. La question était déjà discutée dans l'ancien droit précédant la révision, dans lequel l'art. 30 al. 2 let. b aOMP rendait possible une interruption lorsqu'il y avait lieu « de s'attendre à des offres plus avantageuses suite à une modification des conditions générales ou à la disparition des distorsions de concurrence ». La doctrine était partagée quant à savoir s'il fallait sur la base de cette disposition interpréter une nécessité à ce que tous les soumissionnaires soient parties à un accord de soumission pour pouvoir interrompre la procédure d'adjudication¹⁶⁸.

Selon la teneur du nouveau droit, l'adjudicateur peut interrompre la procédure s'il « existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires¹⁶⁹ ». Cette nouvelle formulation n'amène pas plus de clarté. LOCHER T. ne s'exprime pas sur la question, mais renvoie au commentaire de l'art. 44 LMP d'après lequel les éléments constitutifs sont réunis lorsqu'au moins deux soumissionnaires se concertent sur leurs offres afin d'orienter le résultat de la procédure d'adjudication¹⁷⁰. Le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LMP ne donne pas plus d'informations sur l'interprétation de cette disposition¹⁷¹. TRÜEB / CLAUSEN et MARTI non plus¹⁷². À notre connaissance, la question n'a jamais été tranchée par un tribunal, que ce soit dans le droit actuellement en vigueur ou l'ancien droit. Selon la position défendue ici, exiger que toutes les offres soient contaminées semble trop limitatif et il convient d'interpréter cette mesure et l'exclusion de l'art. 44 LMP conjointement. Interrompre une procédure faussée seulement par un petit nombre de soumissionnaires ne devrait pas être possible s'il subsiste une concurrence résiduelle suffisante (contrairement à ce que semble admettre LOCHER T.). Dans ce cas l'exclusion est suffisante, et une interruption semble disproportionnée. L'interruption ne devrait être possible que lorsque la majorité – voire la totalité – des offres sont viciées, et qu'ainsi est notablement affectée la concurrence efficace.

¹⁶³ HK Beschaffungsrecht-WYSS, art. 26 N 4.

¹⁶⁴ Art. 43 al. 1 let. e LMP.

¹⁶⁵ HK Beschaffungsrecht-LOCHER T., art. 43 N 8.

¹⁶⁶ HK Beschaffungsrecht-LOCHER T., art. 43 N 3.

¹⁶⁷ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 43 BöB N 4.

¹⁶⁸ Pour un résumé des positions dans l'ancien droit, voir HEITZ, p. 61.

¹⁶⁹ Art. 43 al. 1 let. e LMP.

¹⁷⁰ HK Beschaffungsrecht-LOCHER T., art. 43 N 16 ; HK Beschaffungsrecht-LOCHER L., art. 44 N 36.

¹⁷¹ Mess-LMP, p. 1804 s.

¹⁷² OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 43 BöB N 4 ; MARTI, p. 73.

Il est incontesté que l'adjudicateur peut, après une interruption de la procédure d'adjudication, recourir à une passation de gré à gré si tous les participants ont pris part à l'accord de soumission. Si toutefois l'interruption n'est pas le fait de l'ensemble des soumissionnaires mais seulement d'une partie d'entre eux, il est nécessaire d'initier un nouvel appel d'offres¹⁷³.

4.2.4 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication (art. 44)

Sur la base de l'art. 44 al. 2 let. b LMP (et de son renvoi à l'art. 44 al. 1 LMP), l'adjudicateur peut également exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, révoquer une adjudication ou radier le soumissionnaire d'une liste (au sens de l'art. 28 LMP) s'il existe des indices suffisants qu'il a conclu un accord illicite affectant la concurrence¹⁷⁴.

L'exclusion est prononcée avant l'adjudication, et concerne ou un plusieurs soumissionnaires. Elle est possible si la participation à un accord de soumission est décelée avant l'adjudication, que ce soit par l'adjudicateur ou un autre soumissionnaire¹⁷⁵. Il est évident qu'elle n'est pas seulement possible à l'encontre de l'offre la plus avantageuse pour l'adjudicateur, mais également à l'encontre d'une offre de protection qui ne va manifestement pas remporter le marché¹⁷⁶.

S'agissant de la révocation de l'adjudication, elle est prononcée après l'adjudication mais avant la conclusion du contrat. Elle est possible aux mêmes conditions que l'exclusion¹⁷⁷.

La question de savoir si une atteinte notable à la concurrence doit être prouvée afin de prononcer une exclusion ou une révocation est discutée en doctrine. Contrairement à l'art. 11 let. e aLMP, qui prévoyait l'exclusion et la révocation en cas d'existence « d'accords qui restreignent sensiblement ou suppriment toute concurrence efficace », la formulation de l'art. 44 al. 2 let. b LMP abandonne la question de la notabilité de l'atteinte et prévoit l'exclusion et la révocation simplement si un – ou plusieurs – soumissionnaires « a conclu un accord illicite affectant la concurrence ». Pour LOCHER L., la question de la notabilité de l'atteinte n'est donc, au vu de la reformulation, plus d'actualité et les éléments constitutifs sont remplis du moment qu'il y a eu concertation afin d'orienter le résultat de la procédure¹⁷⁸. TRÜEB / CLAUSEN défendent au contraire l'idée qu'une atteinte notable à la concurrence doit être prouvée pour qu'une exclusion respectivement une révocation puisse être envisagée¹⁷⁹. À notre sens, la lecture de LOCHER L. est la plus juste. La reformulation n'est pas hasardeuse, et c'est à dessein que le législateur a ainsi formulé la disposition. Elle participe à l'intensification ces dernières années de la lutte contre les accords de soumission, en rendant plus aisée l'exclusion d'un soumissionnaire ou la révocation d'une adjudication pour cause de participation à une entente de soumission.

¹⁷³ HEITZ, p. 61 ; BEYELER, Schadenersatz, p. 342 s.

¹⁷⁴ Contrairement aux états de fait énoncés à l'al. 1 (sur la base desquels une mesure ne peut être prononcée que si l'adjudicateur constate ou à une connaissance certaine que les conditions d'une des hypothèses des let. a-j soient remplies), les états de fait de l'al. 2, et donc la question des accords de soumission, peuvent donner lieu à une exclusion, une révocation ou une radiation de liste sur la base d'indices suffisants. Cette notion est la même que celle évoquée plus haut, et il n'est pas nécessaire d'attendre que la Comco ait fini son enquête et publié une décision pour avoir des indices suffisants (voir Mess-LMP, p. 1808).

¹⁷⁵ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 44 BöB N 2 s.

¹⁷⁶ HEITZ, p. 60.

¹⁷⁷ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 44 BöB N 3

¹⁷⁸ HK Beschaffungsrecht-LOCHER L., art. 44 N 38.

¹⁷⁹ OFK Wettbewerbsrecht II, art. 44 BöB N 18.

La radiation d'une liste peut intervenir à tout moment de la procédure. Quand bien même la formulation du législateur laisse entendre que cette mesure est une alternative à l'exclusion ou la révocation, il existe certains cas de figure, par exemple si l'adjudication est révoquée suite à la découverte de la participation de l'adjudicataire à un accord de soumission, où cette mesure peut être appliquée cumulativement à une exclusion ou une révocation¹⁸⁰.

Il est possible de recourir contre une décision d'exclusion (art. 53 al. 1 let. h LMP), une révocation de l'adjudication (let. f) ou la radiation d'une liste (let. c).

4.2.5 Sanctions (art. 45 al. 1)

L'art. 45 LMP constitue une nouveauté dans le paysage du droit fédéral des marchés publics¹⁸¹. Il permet à l'adjudicateur de prononcer une sanction si un soumissionnaire se trouve dans un des cas de figures énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c et e, et 2, let. b, f et g LMP (pour la question des accords de soumission, il s'agit de l'art. 44 al. 2 let. b LMP qui est pertinent). Si un soumissionnaire remplit les éléments constitutifs de l'une de ces dispositions, un avertissement peut être prononcé à son encontre en cas de gravité moindre ; si la gravité est plus importante, ou que l'infraction est répétée, il risque une exclusion des futurs marchés (*Vergabesperre*) d'une durée maximale de cinq ans. Cette exclusion n'est valable, dans le cas d'une sanction prononcée pour participation à un accord illicite affectant la concurrence, que pour les marchés de l'adjudicateur concerné. La décision de prononcer une sanction ou non appartient à l'adjudicateur, et elle doit être guidée par le principe de proportionnalité¹⁸². Il ne figure dans la loi aucune disposition relative à la prescription des sanctions prononçables sur la base de l'art. 45 LMP, mais d'après une décision du TF, rendue sur la base de l'ancien droit cantonal tessinois (qui contenait une disposition très similaire à l'art. 45 LMP), la prescription pour prononcer une sanction doit être de cinq ans et le délai commence à s'écouler dès que les comportements illicites prennent fin¹⁸³. Cette décision doit s'appliquer de manière analogique pour les sanctions prévues à l'art. 45 LMP¹⁸⁴.

S'agissant du régime des sanctions, l'AIMP offre un panel de sanctions un peu plus large que la LMP et diffère donc de cette dernière. L'avertissement et l'exclusion des marchés futurs sont des instruments dont disposent également les adjudicateurs cantonaux et communaux ; mais en lieu et place de l'exclusion, alternativement, l'adjudicateur cantonal ou communal peut décider d'infliger une amende s'élevant à 10% du prix final de l'offre¹⁸⁵.

¹⁸⁰ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 44 BöB N 2.

¹⁸¹ Nouveau dans le droit fédéral, un régime de sanction dans le domaine des marchés publics est parfois déjà prévu depuis longtemps dans le droit cantonal. L'aAIMP (encore en vigueur dans certains cantons) à son article 19 al. 2 laisse la possibilité à chaque canton de déterminer « les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière des marchés publics ». Cette possibilité est par exemple concrétisée en droit valaisan (art. 19 al. 1 let. c, al. 2 et al. 3 LcAIMP-VS), en droit neuchâtelois (art. 40 LCMP-NE), en droit genevois (art. 2 al. 1 L-AIMP-GE) ou encore en droit bâlois (art. 34 Beschaffungsgesetz-BS). Ces législations prévoient généralement la possibilité pour l'adjudicateur de prononcer une exclusion des marchés futurs et de pouvoir infliger une amende. Certains cantons, comme Zurich ou Saint-Gall, n'ont pas concrétisé cette disposition. Le régime de l'aAIMP va progressivement disparaître, étant donné que dans la très grande majorité des cantons l'AIMP révisé est soit entré en vigueur soit la procédure d'adhésion est en cours (voir la carte disponible sous <<https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019>>, consulté le 31 mai 2023).

¹⁸² MARTI, p. 77 s. ; Mess-LMP, p. 1809 s.

¹⁸³ BEYELER, Verjährung, p. 197.

¹⁸⁴ BEYELER, Verjährung, p. 197.

¹⁸⁵ Le caractère alternatif de ces deux sanctions semble ressortir clairement du texte de l'AIMP et n'est pas discuté en doctrine (voir par exemple MARTI, p. 77). S'agissant des sanctions prévues par le droit cantonal sur la base de l'aAIMP (voir n. 181), elles peuvent être cumulatives et l'amende n'est pas limitée à 10%. Par exemple,

Finally, it is necessary to distinguish the possibility of recourse against a sanction on the basis of art. 53 al. 1 let. i LMP according to the type of sanction. If it is about a warning, it is not clear to know if such an act is susceptible of recourse. In view of the potentially non-negligible inconvenience caused by a warning for the bidder, one part of the doctrine estimates that the warning must be the object of a decision subject to recourse¹⁸⁶. Another part of the authors defends the idea that the recourse should only be receivable against other types of sanction¹⁸⁷. We join the first position and also estimate that the recourse should be possible against a warning. In the case of exclusion from future markets or a fine (in intercantonal law), it seems uncontested, and for good reason, in view of the severity of such sanctions and their impact for the bidder concerned, that the recourse is open¹⁸⁸.

4.2.6 L'obligation d'annonce à la Comco (art. 45 al. 2)

If the adjudicator suspects the existence of an illicit agreement affecting competition, it is obliged to inform the Comco (art. 45 al. 2 LMP). This obligation arises not only if a sanction (art. 45 al. 1 LMP) is pronounced; it also exists if, due to sufficient indices attesting to the existence of an agreement, the adjudicator uses the procedure of *gré à gré* (art. 21 al. 2 let. b LMP), interrupts a procurement procedure (art. 43 al. 1 let. e LMP) or even if a measure provided for in art. 44 al. 2 let. b (exclusion of a bidder, revocation of the adjudication, radiation from a list) is pronounced¹⁸⁹. The Comco has also published a note titled « Soupçon de cartels de soumission – Annonce auprès de la COMCO » intended for federal, cantonal and communal adjudicators, presenting this obligation to denounce and the information to be transmitted to the Comco in the case of denunciation¹⁹⁰.

4.3 L'accord de soumission : une escroquerie au sens de l'art. 146 CP ?

Art. 146 al. 1 CP¹⁹¹ proscribes fraud. A person victim of a bid cartel has the possibility of filing a criminal complaint on the basis of this provision for fraud in the submission (*Submissionsbetrug*)? In order to be able to retain such an infringement, it is necessary to retain the constitutive elements: 1) a cunning deception; 2) the existence of an error; 3) an act of disposition; 4) a damage¹⁹².

in a Valais case, a bidder was convicted on appeal to a fine of CHF 30'000 (corresponding to more than 17% of the final price of the offer) and an exclusion from future markets for a period of three years (evoked by ZUFFEREY, N 123).

¹⁸⁶ OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 45 BöB N 4; DIEBOLD *et al.*, p. 345 *if*. According to the authors, the warning can be damaging for the bidder affected, for example if the adjudicator who issued it takes into account in the attribution of a future market and wishes to exclude the bidder concerned because he is not a contractual partner who is reliable and worthy of confidence (art. 44 al. 1 let. h LMP).

¹⁸⁷ HK Beschaffungsrecht-VOKINGER, art. 45 N 8; HK Beschaffungsrecht-ZOBL, art. 53 N 18.

¹⁸⁸ DIEBOLD *et al.*, p. 345 *if*; OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 45 BöB N 4; HK Beschaffungsrecht-VOKINGER, art. 45 N 8.

¹⁸⁹ Mess-LMP, p. 1810 s.

¹⁹⁰ Available under <<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/anzeigen/kontakt1.html>> (consulted on 31 May 2023).

¹⁹¹ Swiss Penal Code of 21 December 1937 (CP), RS 311.0.

¹⁹² BSK StGB-MAEDER/NIGLI, art. 146 N 36.

La doctrine dominante est d'avis que la participation à un accord de soumission ne remplit pas les éléments constitutifs de l'art. 146 al. 1 CP¹⁹³. Le TAF, dans une affaire qui portait sur une autre question, évoque cette possibilité mais se range à l'opinion dominante¹⁹⁴. Les critiques portent notamment sur la complexité à démontrer que l'intention de l'auteur de l'escroquerie est de causer un préjudice concret à l'autorité adjudicatrice et sur le fait que le prix hypothétiquement plus bas de la concurrence devrait être trop indéterminé pour pouvoir justifier et chiffrer un dommage patrimonial¹⁹⁵. Ces critiques nous paraissent fondées, et il nous semblerait opportun de prévoir une infraction pénale spécifiquement pour les cas d'accords de soumission *de lege ferenda* (nous reviendrons brièvement sur cette question, cf. chap. 8.2).

4.4 La réparation du dommage

4.4.1 Pour l'adjudicateur

Du fait d'un accord de soumission, l'adjudicateur peut subir plusieurs types de préjudice. Par exemple, si cela le mène à devoir interrompre la procédure d'adjudication (art. 43 al. 1 let. e LMP) ou à révoquer l'adjudication (art. 44 al. 2 let. b LMP), des frais supplémentaires sont causés par la nécessité de mener une seconde procédure d'adjudication et du retard pris dans l'acquisition de la prestation souhaitée¹⁹⁶. Si l'accord de soumission n'est décelé qu'après la conclusion du contrat, l'adjudicateur subit également un dommage, le prix ayant été artificiellement majoré par les participants à l'entente¹⁹⁷. Comme nous l'avons vu, l'action en réparation du dommage de la LCart n'est pas satisfaisante pour l'adjudicateur *de lege lata* (cf. chap. 3.5.2). Il convient de se demander s'il est possible pour lui de fonder une action sur d'autres bases légales.

4.4.1.1 La responsabilité délictuelle

Outre la responsabilité fondée sur l'art. 12 LCart et celle fondée sur l'art. 9 LCD (que nous examinerons plus loin, cf. chap. 6.3), il est envisageable d'imaginer un autre cas de responsabilité délictuelle pour le participant à un accord de soumission. L'art. 41 CO consacre en effet une clause générale de responsabilité pour faute, laquelle s'applique lorsqu'il n'est pas prévu de norme spéciale de responsabilité¹⁹⁸. Les conditions d'application de cette disposition sont : 1) l'existence d'un dommage ; 2) une faute ; 3) un rapport de causalité entre la faute et le dommage ; 4) l'illicéité¹⁹⁹.

L'escroquerie de l'art. 146 CP telle qu'examinée ci-dessus (cf. chap. 4.3) consiste en une illicéité de comportement et remplit la quatrième condition de l'art. 41 CO²⁰⁰. Si donc il est retenu qu'un accord de soumission a constitué une violation de l'art. 146 CP, et que les autres

¹⁹³ BSK StGB-MAEDER/NIGLI, art. 146 N 151 ; HEITZ, p. 180 ; ACKERMANN, p. 314 ; *contra* : CHRIST, p. 114 ; HESS-ODONI, N 50. Voir aussi BEYELER, Schadenersatz, p. 345, qui exprime avec beaucoup de retenue l'éventuelle possibilité d'admettre l'application de l'art. 146 CP dans le cadre d'un accord de soumission.

¹⁹⁴ ATAF 2016/22, c. 8.8.2.

¹⁹⁵ HEITZ, p. 177 ss ; ACKERMANN, p. 307 ss ; BSK StGB-MAEDER/NIGLI, art. 146 N 151 *if*.

¹⁹⁶ BEYELER, Schadenersatz, p. 342 s.

¹⁹⁷ BEYELER, Schadenersatz, p. 343.

¹⁹⁸ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 1.

¹⁹⁹ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 6.

²⁰⁰ CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 N 76.

conditions énoncées sont remplies, l'action sur la base de l'art. 41 CO pourra être employée par l'adjudicateur²⁰¹.

4.4.1.2 La responsabilité précontractuelle

L'adjudicateur qui a subi un dommage avant la conclusion du contrat (par exemple en cas d'interruption de la procédure d'adjudication ou de révocation de l'adjudication) peut également prétendre à une réparation du dommage subi. Il peut fonder une action sur la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) du soumissionnaire. Il est en effet à considérer qu'une relation de négociation contractuelle se noue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires durant la procédure d'adjudication, et cela implique un certain nombre de devoirs précontractuels (dont ceux de négocier sérieusement, de renseigner l'autre partie et de se comporter loyalement) qui, s'ils ne sont pas respectés, peuvent faire naître des prétentions en réparation du dommage subi chez l'autre partie²⁰². La participation à un accord de soumission peut constituer une violation de ces devoirs précontractuels à plusieurs égards : le fait que l'accord ne soit pas visible constitue un manquement à l'obligation de renseignement ; la soumission d'une offre de couverture va à l'encontre du devoir de négocier sérieusement ; la soumission d'une offre concertée n'est pas un comportement loyal²⁰³. Si une telle action exercée par l'adjudicateur abouti, il doit être replacé dans la même position que s'il n'y avait pas eu ce manquement à ses devoirs de la part du soumissionnaire concerné²⁰⁴.

4.4.2 Pour un soumissionnaire non retenu

Une éventuelle action en réparation du dommage exercée par un soumissionnaire évincé ne présente que peu de particularités du fait que le dommage a été subi dans le cadre d'une procédure d'adjudication où un accord de soumission a été actif. Nous allons tout de même brièvement présenter la question²⁰⁵. Rappelons dans un premier temps que le soumissionnaire non retenu peut subir un préjudice tant par le comportement de l'adjudicateur que par le comportement fautif d'un concurrent²⁰⁶.

Dans le premier cas de figure, si le dommage est dû au comportement de l'adjudicateur, la protection juridique se fait en deux étapes : 1) la protection juridique primaire, qui permet de recourir contre les décisions du pouvoir adjudicateur et tend à l'annulation des décisions attaquées ; 2) la protection juridique secondaire, qui a trait à la responsabilité de l'État à raison d'une décision illicite de l'adjudicateur et tend au versement de dommages-intérêts²⁰⁷. Afin de bénéficier de la protection juridique secondaire, et donc obtenir la réparation du dommage subi, le soumissionnaire évincé doit intenter un recours à l'encontre de la décision de l'adjudicateur (protection juridique primaire) préalablement ou conjointement à la demande de dommages-intérêts (protection juridique secondaire)²⁰⁸. La réparation du dommage n'est donc possible que si l'adjudication est illicite, ce qui sera par exemple le cas si un agent de l'État viole un devoir

²⁰¹ BEYELER, Schadenersatz, p. 358 s.

²⁰² BEYELER, Schadenersatz, p. 367.

²⁰³ CHRIST, p. 164 ss.

²⁰⁴ Pour une présentation exhaustive de la responsabilité des soumissionnaires en vertu de la *culpa in contrahendo*, voir BEYELER, Schadenersatz, p. 367 ss.

²⁰⁵ Pour une étude détaillée sur la question de la réparation du dommage subi par un soumissionnaire, voir BEYELER, Schadenersatz, p. 382 ss.

²⁰⁶ BEYELER, Schadenersatz, p. 382.

²⁰⁷ BELLANGER / PIREK, p. 360 s.

²⁰⁸ BELLANGER / PIREK, p. 361.

de fonction essentiel lui incombant²⁰⁹. Il est peu probable que l'adjudicateur commette un acte illicite en raison d'une procédure d'adjudication contaminée par un accord de soumission. Néanmoins, si l'adjudicateur, malgré qu'il soit au courant de l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence durant la procédure d'adjudication, renonce à prendre une mesure fondée sur la LMP (exclusion du ou des soumissionnaires concernés, interruption de la procédure d'adjudication) et/ou se soustrait à son obligation d'annonce à la Comco (art. 45 al. 2 LMP), il viole un devoir de fonction essentiel et commet ainsi un acte illicite. La plausibilité qu'une telle hypothèse survienne en pratique est toutefois largement tempérée par l'obligation, pour l'adjudicateur, dans le cadre de la passation d'un marché public, de respecter les garanties de procédure ainsi que certains grands principes tels l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires.

Dans le second cas de figure, il sera difficile pour le soumissionnaire évincé de démontrer qu'il a subi un préjudice dû à la participation de l'adjudicataire à un accord de soumission²¹⁰. En effet, si la procédure d'adjudication est allée jusqu'à son terme mais qu'il n'a pas été retenu, cela signifie que son offre est moins avantageuse pour l'adjudicateur malgré le surcoût appliqué par le concurrent ayant remporté le marché. Donc l'augmentation par l'adjudicataire du prix de son offre a au mieux renforcé les chances du soumissionnaire non retenu de remporter le marché.

5. Articulation entre les régimes de la LCart et de la LMP

Comme nous l'avons vu, tant la LCart que la LMP prévoient la possibilité de prendre des mesures et prononcer des sanctions à l'encontre des soumissionnaires présentant une offre concertée et ces deux lois poursuivent des objectifs convergents²¹¹. Il convient de se demander maintenant comment se coordonne l'application de ces deux lois : une application cumulative des deux textes est-elle possible ? Un soumissionnaire peut-il se voir prononcer une mesure au et une amende pour un même état de fait²¹² ? Est-il possible que deux sanctions soient prononcées à son encontre ? Nous allons dans le présent chapitre tenter de clarifier la question.

Dans une décision de 2009, la Comco a clarifié une partie de la question, en affirmant que les deux lois protégeaient des biens juridiques différents²¹³. La LMP protège l'adjudicateur, à qui elle s'adresse principalement, et impose à ce dernier « une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables²¹⁴ ». Quant à la LCart, qui s'adresse, contrairement à la LMP, principalement aux entreprises, elle protège

²⁰⁹ BRUCHEZ, p. 464.

²¹⁰ BEYELER, Schadenersatz, p. 395.

²¹¹ Dike KG-WEBER, art. 3 N 110.

²¹² Clarifions d'emblée les termes employés : nous utilisons la notion de mesure pour évoquer les possibilités données à l'adjudicateur pour agir contre un participant à une entente cartellaire sur un marché spécifique. Il s'agit donc de l'exclusion de la procédure d'adjudication, la révocation de l'adjudication et la radiation d'une liste (art. 44 al. 2 let. b LMP). Les mesures permettent de remédier directement à une situation illégale. Quant à la notion de sanctions, nous l'employons pour évoquer les instruments mis à disposition de l'adjudicateur (soit, sur la base de l'art. 45 LMP, l'avertissement et l'exclusion des marchés futurs ; sans oublier l'amende en droit intercantonal) et des autorités de la concurrence (principalement les sanctions directes de l'art. 49a LCart) pour sanctionner *a posteriori* les participants à un accord de soumission. Les sanctions ont un caractère répressif et préventif. Pour une analyse plus approfondie sur cette distinction, voir DIEBOLD *et al.*, p. 321 ss.

²¹³ Comco, Décision du 6 juillet 2009, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, DPC 2009/3, p. 203 N 42 ss.

²¹⁴ Art. 2 let. a LMP. Le texte de l'aLMP en vigueur lorsque la décision (n. 213) a été rendue parlait à son art. 1 de « favoriser l'utilisation économique des fonds publics ».

la concurrence efficace et a pour but d'empêcher les effets nuisibles des cartels et autres restrictions à la concurrence. Elle charge les autorités de la concurrence de mettre en œuvre ce but. De plus, la Comco n'est pas chargée d'agir selon la mesure dans laquelle les intérêts de l'adjudicateur sont lésés : elle combat les accords restrictifs de concurrence sans se soucier de l'importance du dommage causé à l'adjudicateur par ces derniers²¹⁵. Les biens juridiques protégés différant, l'application parallèle de ces deux actes législatifs est possible. Cette décision n'est pas contestée en doctrine, et il semblerait que tous les auteurs souscrivent à l'analyse effectuée par le TF et opèrent la même distinction²¹⁶.

Partant de cette analyse, il est tout à fait possible d'envisager, par exemple, qu'une entreprise exclue d'une procédure d'adjudication sur la base de l'art. 44 al. 2 let. b LMP, se voit en sus infliger une sanction sur la base de la LCart, et ce pour un même état de fait. Il en va de même si l'entreprise a remporté le marché, mais que l'adjudication a ensuite été révoquée. Une telle interprétation nous semble tout à fait pertinente et n'est pas à remettre en question : s'il n'était pas possible de suivre une mesure fondée sur la LMP prise à l'encontre de participants à un accord illicite affectant la concurrence d'une sanction basée sur la LCart, l'efficacité de cette dernière serait nulle. Une entreprise exclue ou dont l'adjudication a été révoquée serait immune à toutes mesures ultérieures, et verrait même comme une aubaine le fait que l'adjudicateur ait pris une mesure à son encontre, car cela lui éviterait de devoir s'affranchir d'une éventuelle amende prononcée par les autorités de la concurrence. Le TF, semble-t-il, rejoint cette analyse (il ne s'exprime toutefois qu'à demi-mot, et l'affaire en question précédait l'introduction des sanctions directes)²¹⁷. La question n'est pas non plus contestée en doctrine²¹⁸.

Est autrement plus épineuse la question de savoir si une entreprise peut se voir prononcer à la fois une sanction sur la base du droit des marchés publics (avertissement, exclusion des marchés futurs, amende) et une sanction sur la base du droit des cartels (amende). D'après l'art. 45 al. 2 LMP, les sanctions de la LMP peuvent être prononcées indépendamment de l'application d'autres mesures juridiques à l'encontre du soumissionnaire. Le message relatif à la LMP précise que cela concerne « en particulier les enquêtes et les sanctions des autorités en matière de concurrence²¹⁹ ». Certains auteurs s'interrogent toutefois sur une possible application du principe *ne bis in idem* selon lequel nul ne peut être incriminé une seconde fois pour des mêmes faits (interdisant du même coup la double sanction)²²⁰. En effet, s'il est retenu que les sanctions de l'art. 45 LMP et de l'art. 49a LCart ont un caractère quasi-pénal au sens de l'art. 6 CEDH²²¹, il convient d'appliquer les garanties procédurales de la CEDH. Cela comprend l'interdiction de

²¹⁵ WASER / SUTTER, N 2 ss.

²¹⁶ Dike KG-WEBER, art. 3 N 110 ; POLTIER, p. 348 ; GALLI *et al.*, Praxis 2013, p. 228 ; WASER / SUTTER, N 6 ; DAVID / JACOBS, p. 199 ; CR Concurrence-CLERC art. 5 LMI N 54 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, art. 3 al. 1 LCart N 45 ; BSK KG-NIGGLI/RIEDO/SCHMID, art. 54 N 100. Notons que certains auteurs, comme CLERC, jugent parfois excessifs la netteté de la distinction. Ils ne remettent toutefois pas en cause le fond et adhèrent à la possibilité d'une application parallèle de la LCart et de la LMP.

²¹⁷ TF, Décision du 22 août 2005, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, Reko, Weko*, DPC 2005/3, p. 582, c. 3.3.

²¹⁸ Dike KG-WEBER, art. 3 N 111 ; WEBER / VOLZ, p. 43 ; WASER / SUTTER, N 6.

²¹⁹ Mess-LMP, p. 1810 *if.*

²²⁰ WASER / SUTTER, N 6 *if.* À notre connaissance, il s'agit de l'unique contribution qui s'interroge sur l'admissibilité d'une double sanction tel que discuté ici au regard du principe *ne bis in idem*. Cela ne signifie toutefois pas que le reste de la doctrine admet sans encombre l'admissibilité de la double sanction. Ce silence est probablement dû au fait que l'aLMP ne prévoyait pas de sanctions telles que l'exclusion des marchés futurs (qui certes existait parfois déjà en droit cantonal, voir n. 181) et la question n'a donc pas suscité d'intérêt.

²²¹ Convention européenne de 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

la double sanction prévue à l'art. 4 al. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH²²². Leur examen de la question s'arrête toutefois là, et ils n'analysent pas la question du caractère quasi-pénal des sanctions et les conséquences que cela aurait. Nous allons mener cette analyse.

Rappelons dans un premier temps les critères développés par la CEDH afin de déterminer si une personne est accusée d'une infraction pénale. Il convient d'examiner trois facteurs : 1) la qualification juridique de la procédure en droit national ; 2) la nature de la procédure ; 3) la nature et le degré de sévérité de la sanction²²³. Ces critères étant alternatifs, il suffit qu'un seul de ces derniers soient remplis pour que l'art. 6 CEDH s'applique²²⁴.

S'agissant de la nature de la sanction de l'art. 49a LCart, la question est discutée depuis longtemps et la grande majorité de la doctrine s'accorde maintenant sur le fait que l'art. 49a LCart est de nature quasi-pénale au sens de l'art. 6 CEDH et ce malgré qu'il figure dans la section « sanctions administratives » de la LCart²²⁵. Le TF est du même avis²²⁶.

Les discussions autour des sanctions prévues par le droit des marchés publics sont bien plus éparses. Dans le cadre de deux affaires qu'il a jugé, le Tribunal fédéral a affirmé le caractère quasi-pénal de dispositions cantonales dont la teneur était pour l'essentiel la même que celle de l'art. 45 AIMP (possibilité de prononcer une exclusion des futurs marchés, possibilité d'infliger une amende)²²⁷. BEYELER semble inférer de cette position du Tribunal fédéral une caractérisation générale des art. 45 LMP et 45 AIMP comme étant des sanctions de nature quasi-pénale²²⁸. Il est selon nous requis d'opérer avec plus de minutie et d'examiner chacune des possibilités de sanctionner octroyées à l'adjudicateur isolément (il s'agit en particulier d'examiner si « l'importance de la sanction est telle qu'elle leur confère un caractère pénal²²⁹ »).

Il ne fait aucun doute que l'avertissement n'est pas à considérer comme étant de nature quasi-pénale. Aucun auteur ne défend une telle position, et elle ne remplit selon nous pas non plus les critères développés par la CEDH. La qualification de l'amende ne suscite elle aussi que peu de doutes : elle est vraisemblablement de nature quasi-pénale²³⁰. Le Conseil fédéral a d'ailleurs dit dans un rapport récent qu'il fallait supposer applicables les garanties de procédure pénale en ce qui concerne la majorité des sanctions administratives pécuniaires²³¹. Quant à la caractérisation de l'exclusion des futurs marchés, elle est disputée en doctrine²³². Selon nous, une telle sanction n'est pas à considérer comme étant de nature quasi-pénale dans la grande majorité des cas. Si toutefois elle entrave fortement l'entreprise dans son activité économique, il faut retenir qu'il s'agit d'une sanction de nature quasi-pénale (critère de la sévérité de la sanction). Cela sera par exemple le cas si, dans le secteur au sein duquel est actif l'entreprise, la demande ne provient

²²² RS 0.101.07.

²²³ CS CEDH-BIGLER, art. 6 (volet pénal) N 10.

²²⁴ CS CEDH-BIGLER, art. 6 (volet pénal) N 11.

²²⁵ TAGMANN, p. 92 ss ; CR Concurrence-ROTH, rem. art. 49a-53 LCart N 19 ; BSK KG-NIGGLI/RIEDO, rem. art. 49a-53 N 43. Pour plus de références, le lecteur pourra se référer à la note 132 de la troisième contribution citée.

²²⁶ ATF 147 II 144, c. 5.2.1 ; ATF 146 II 217, c. 8.1 ; ATF 144 II 246, c. 6.4.3.

²²⁷ ATF 138 I 367, c. 5.2 ; ATF 148 II 106, c. 4.5.2.

²²⁸ BEYELER, Verjährung, p. 197.

²²⁹ ATF 148 II 106, c. 4.5.2.

²³⁰ Voir par exemple les développements du TF dans les arrêts déjà cités (n. 227).

²³¹ CF, Sanctions administratives pécuniaires, p. 28.

²³² En faveur de la caractérisation de cette sanction comme étant de nature quasi-pénale : OFK Wettbewerbsrecht II-TRÜEB/CLAUSEN, art. 44 BöB N 18 ; WASER, N 23 s. ; *contra* : DIEBOLD *et al.*, p. 328 s.

que de l'État. Dans cette situation, l'entreprise est tributaire des adjudications publiques pour garantir sa survie économique²³³.

L'analyse menée, il faut maintenant en tirer les conclusions. Si l'adjudicateur a prononcé un avertissement ou une exclusion des futurs marchés, cela n'est dans la grande majorité des cas pas problématique car il ne s'agit pas d'une sanction de nature quasi-pénale. La Comco pourra donc en général infliger sans autre l'amende qu'elle a déterminé dans sa décision²³⁴. Il en va de même pour l'adjudicateur si une telle sanction de sa part intervient à la suite d'une décision de la Comco. En revanche, si l'adjudicateur respectivement la Comco souhaite infliger une amende (rappelons qu'en droit des marchés publics, seul l'adjudicateur cantonal ou communal peut éventuellement infliger une amende, et ce sur la base de l'art. 45 AIMP), il s'agit d'une sanction de nature quasi-pénale et les garanties procédurales de la CEDH s'appliquent. Cela comprend l'interdiction de la double peine (*ne bis in idem*) de l'art. 4 al. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH. D'après cette disposition, une personne ne peut pas être poursuivie ou jugée une seconde fois pour une même infraction²³⁵. En conséquence, si l'autorité adjudicatrice souhaite prononcer une sanction à la suite d'une décision de la Comco, elle devra renoncer à l'amende si la Comco a déjà pris en compte le marché en question dans la fixation de sa sanction pécuniaire. Elle devra ainsi se contenter d'un avertissement ou d'une exclusion des futurs marchés. Dans le cas inverse, si l'adjudicateur cantonal ou communal use de sa prérogative préalablement, en infligeant une amende avant qu'une décision soit rendue par la Comco, les autorités la concurrence ne sont pas dépourvues de toute possibilité de sanctionner. Ces dernières peuvent en effet fonder leur sanction sur les autres marchés pertinents où l'entreprise en question a été active en tant que participant à une entente cartellaire, et exclure la procédure d'adjudication qui a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire du calcul de l'amende.

6. Questions choisies

La problématique des accords de soumission présentés et les deux principales lois en traitant décortiquées, nous allons maintenant exposer plusieurs problématiques spécifiques aux accords de soumission et la façon dont elles sont traitées dans la loi.

6.1 Les communautés de travail (consortiums)

Toute entente entre soumissionnaires n'est pas interdite. Il existe des cas où, au contraire d'être source d'une restriction de la concurrence, une collaboration la favorise et la stimule. Il s'agit du cas des communautés de travail (*Arbeitsgemeinschaft*), généralement licites tant au regard du droit cartellaire que du droit des marchés publics. L'on rencontre souvent dans la pratique le terme de consortium, qui signifie généralement la même chose²³⁶. Nous allons dans ce travail privilégier le terme de communautés de travail, qui semble être favorisé par les autorités de la concurrence dans leurs décisions et rapports annuels récents.

²³³ DIEBOLD *et al.*, p. 326 ss.

²³⁴ À moins que l'on se trouve dans le cas de figure où l'exclusion des marchés futurs a un impact considérable sur l'activité économique de l'entreprise, auquel cas il s'agit d'une sanction de nature quasi-pénale provoquant l'application des garanties procédurales de la CEDH, dont le principe *ne bis in idem*.

²³⁵ VILLIGER, p. 543 ss ; CourEDH, Guide, p. 13.

²³⁶ Komm SIA Norm 118-HÜRLIMANN, rem. art. 28-32 N 2.

6.1.1 Définition et généralités

L'accès aux marchés publics, en particulier dans le secteur de la construction, peut parfois se révéler fastidieux pour les entreprises, en particulier pour les PME. De nombreux éléments peuvent constituer un obstacle pour les entreprises : l'incapacité de soumettre une offre sans partenaire à cause de la complexité d'un projet, de sa taille ou de sa durée ; un manque de résistance face au risque engendré par le projet ; un accès restreint aux garanties bancaires ; l'impossibilité de satisfaire les critères d'aptitude ; etc²³⁷. Il peut être intéressant dans ces cas pour les entreprises incapables de soumissionner seules de se regrouper au sein d'une communauté de travail (ci-après : CT) : dans ce cadre, plusieurs entreprises se mettent d'accord en vue d'exécuter en commun un projet. S'agissant des marchés publics, cela permet l'accès d'un soumissionnaire supplémentaire – qui sinon aurait dû y renoncer – à la procédure d'adjudication et donc mène à une intensification de la concurrence.

Il convient de faire certaines distinctions. Premièrement, une CT peut être ouverte ou silencieuse. Une CT ouverte se présente comme telle et le maître d'ouvrage est donc au courant de son existence et de la collaboration prévue entre les entreprises. Au contraire, dans le cadre d'une CT silencieuse, l'un des participants dirige les opérations et se présente au maître d'ouvrage comme seule partie au contrat sans présenter le fait qu'elle collabore avec d'autres entreprises²³⁸. Deuxièmement, bien que généralement constituée pour un projet unique, une CT peut dépasser ce cadre et être durable : les entreprises se mettent ainsi d'accord pour collaborer de manière répétée pour une pluralité d'offres. Une CT durable peut se présenter sous bien des formes, et peut aller d'un simple accord-cadre entre les participants à une répartition préalable de l'exécution des travaux²³⁹.

Une CT agit en général en tant que société simple au sens des art. 530 ss CO²⁴⁰.

6.1.2 Au regard du droit cartellaire

Du point de vue de la Comco, les communautés de travail sont dans la plupart des cas bénéfiques en tant qu'elles favorisent et stimulent la concurrence. Elle a répété à de multiples reprises, et encore très récemment, qu'elle ne cherche pas particulièrement à lutter contre ces dernières et que les CT font l'objet d'une enquête seulement dans certains cas de figure spécifiques²⁴¹. Une CT, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, n'est donc le plus souvent pas constitutive d'un accord restrictif en matière de concurrence au sens de l'art. 5 LCart. Afin de déterminer la licéité d'une telle communauté, il convient de déterminer si elle mène à une restriction de la concurrence efficace.

²³⁷ Comco, Décision du 6 juillet 2009, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, DPC 2009/3, p. 199 N 12 ; Comco, Rapport annuel 2020, DPC 2021/1, p. 28 ; STÄUBER, p. 148.

²³⁸ Comco, Décision du 22 avril 2013, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, DPC 2013/4, p. 528 N 11.

²³⁹ Comco, Décision du 6 octobre 2020, *Dauer-ARGE Graubünden*, DPC 2021/1, p. 93 N 28 s.

²⁴⁰ HÜRLIMANN, p. 205

²⁴¹ Comco, Rapport annuel 2013, DPC 2014/1, p. 25 ; Comco, Rapport annuel 2020, DPC 2021/1, p. 28. Voir aussi l'entretien accordé par Frank STÜSSI (directeur suppléant du Secrétariat de la Comco et chef du service Construction au sein de la même autorité) à la SSE <<https://baumeister.swiss/fr/les-entreprises-peuvent-partir-du-principe-que-les-consortiums-ne-sont-en-general-pas-problematiques-du-point-de-vue-du-droit-des-cartels/>> (consulté le 31 mai 2023).

Cela s'analyse, dans le domaine des marchés publics, en examinant l'influence de la CT sur la quantité d'offres soumises dans le cadre de la passation, ainsi que la qualité de ces dernières²⁴². Si une offre est soumise alors qu'elle ne l'aurait pas été par les entreprises concernées sans l'existence de la CT, cela contribue à un accroissement des offres et les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart ne sont pas remplies. Une telle CT est donc licite. Il en va de même si seul un des membres de la CT avait proposé une offre sans l'existence de la CT, car l'impact de la collaboration est ainsi neutre d'un point de vue concurrentielle (à moins que l'offre soit économiquement moins favorable pour l'adjudicateur que ne l'aurait été l'offre individuelle)²⁴³. Si en revanche la CT mène à une diminution du nombre d'offres présentées, car les participants sont en mesure de réaliser individuellement le projet, la question devient plus épineuse. Le sujet est disputé en doctrine : certains auteurs, sont d'avis que si l'offre de la CT est économiquement plus avantageuse que ne l'auraient été les deux offres individuelles, il n'y a pas lieu de conclure à un accord restreignant la concurrence²⁴⁴. Une autre partie des auteurs est d'avis qu'il faut mener une analyse plus nuancée en mettant en balance les effets pro-concurrentiels (amélioration de l'offre présentée) et anti-concurrentiels (réduction du nombre de soumissionnaires)²⁴⁵. Les autorités de la concurrence ont clarifié la question dans une décision récente et se sont rattachées à la seconde position²⁴⁶. Quoiqu'il en soit, si au terme de l'analyse il est retenu que l'art. 4 al. 1 LCart est applicable, l'analyse se poursuit selon la pratique habituelle de la Comco en matière d'accords restrictifs de concurrence. Il est inhérent à la nature de la CT qu'elle remplira généralement au moins l'une des présomptions de l'art. 5 al. 3 LCart²⁴⁷. Par exemple, le fait que les entreprises se mettent d'accord sur un prix d'ensemble pour l'offre qu'ils soumettent conjointement à l'adjudicateur est constitutif d'un accord sur les prix (art. 5 al. 3 let. a LCart)²⁴⁸. La CT pourra ensuite éventuellement être sanctionnée selon les résultats de l'enquête des autorités de la concurrence.

Il va de soi que si la CT sert en réalité à voiler une entente cartellaire, elle sera considérée comme un accord de soumission et sera sanctionnée comme telle²⁴⁹.

6.1.3 Au regard du droit des marchés publics

La LMP, contrairement à la LCart, contient une disposition traitant spécifiquement de la problématique. L'art. 31 al. 1 LMP prévoit que « la participation de communautés de soumissionnaires et le recours à des sous-traitants sont admis, à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres ». Il convient, pour des motifs de transparence, que les noms des membres de la CT figurent dans l'offre. Lorsqu'il décide s'il veut admettre ou non les CT, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, mais l'accès des CT à la procédure d'adjudication ne doit toutefois pas être restreint sans nécessité et ne peut se faire que pour de justes motifs. La décision doit dans ces cas être guidée par les principes de l'art. 2 LMP²⁵⁰. Elle pourra par exemple être justifiée s'il s'agit d'un petit marché et que l'admission d'une CT entraînerait des frais de coordination excessifs pour l'adjudicateur²⁵¹.

²⁴² Comco, Décision du 6 octobre 2020, *Dauer-ARGE Graubünden*, DPC 2021/1, p. 117 s. N 169.

²⁴³ Comco, Décision du 6 octobre 2020, *Dauer-ARGE Graubünden*, DPC 2021/1, p. 118 N 170 s.

²⁴⁴ STÜSSI / LÜTHI, p. 206.

²⁴⁵ Dike KG-ZIRLICK/BANGERTER, art. 5 N 557.

²⁴⁶ Comco, Décision du 6 octobre 2020, *Dauer-ARGE Graubünden*, DPC 2021/1, p. 118 N 173.

²⁴⁷ SCHALLER / KRAUSKOPF, p. 189.

²⁴⁸ SCHALLER / KRAUSKOPF, p. 189.

²⁴⁹ Comco, Rapport annuel 2018, DPC 2019/1, p. 38 ; Comco, Rapport annuel 2020, DPC 2021/1, p. 28.

²⁵⁰ Mess-LMP, p. 1792.

²⁵¹ HK Beschaffungsrecht-Joss, art. 31 N 28.

6.2 Les systèmes d'annonce

Au terme d'une enquête préalable close en 2014, la Comco a constaté que les systèmes d'annonce (*Meldesystem*) mis en place par certaines fédérations cantonales d'entrepreneurs pouvaient contribuer à former des accords de soumission²⁵². Ces dernières collectaient les intentions des potentiels soumissionnaires à participer à des processus d'adjudication au moyen d'un système d'annonce. Ces informations étaient ensuite partagées aux entreprises exprimant un intérêt réciproque pour un marché spécifique. L'une des conditions pour conclure un accord de soumission est de savoir quelles sont les autres soumissionnaires ayant également l'intention de participer au marché. Prendre connaissance d'une telle information n'est généralement pas chose aisée (elle n'est pas rendue publique par l'adjudicateur et la collecte est difficile s'il existe beaucoup d'entreprises concurrentes potentiellement soumissionnaires), mais les systèmes d'annonce facilitaient grandement l'accès à cette information. Ces derniers favorisaient donc la possibilité pour les entreprises de s'entendre, de conclure un accord de soumission²⁵³. Au vu des très forts indices laissant penser que cette pratique contrevenait à la LCart, la Comco a suggéré aux fédérations d'entrepreneurs concernés d'adapter leur pratique. Il s'agissait par exemple de ne plus rendre possible l'aperçu de la situation concurrentielle avant le dépôt d'une offre, ni de pouvoir observer le nombre d'offres présentées avant la fin du délai de soumission²⁵⁴. Les fédérations concernées ont toutes soit arrêté l'exploitation de leur système de notification, soit adapté son utilisation selon les suggestions émises par la Comco²⁵⁵.

Du point de vue du droit des marchés publics, l'adjudicateur qui voit son appel d'offres faussé par un système de notification peut adjuger le marché de gré à gré ou interrompre la procédure d'adjudication²⁵⁶.

6.3 L'accord de soumission : une entrave à la loyauté concurrentielle ?

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'action civile de la LCart n'est pas satisfaisante pour l'adjudicateur car il ne dispose que rarement – voire jamais – de la légitimation active *de lege lata* (cf. chap. 3.5.2) et une éventuelle action en responsabilité sur la base de l'art. 41 CO semble compromise par le fait qu'il est peu probable que la participation à un accord de soumission constitue une escroquerie au sens de l'art. 146 al. 1 CP (cf. chap. 4.4.1.1). Il convient donc de se demander si l'adjudicateur peut disposer d'une action en réparation du dommage fondée sur un autre acte législatif. La doctrine mentionne fréquemment l'hypothèse d'une application de la LCD à l'encontre d'un cartel de soumission²⁵⁷. Nous allons examiner la question.

Outre toute une série de dispositions spéciales (art. 3 à 8 LCD), la LCD contient à l'art. 2 une clause générale concrétisant le but général de la loi, soit la protection d'une concurrence saine,

²⁵² Comco, Décision du 12 juin 2014, *Meldesystem Baumeisterverbände*, DPC 2014/2, p. 373 ss. Cette enquête faisait suite à une autre enquête préalable datant de 2003 (*Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*, DPC 2003/4, p. 726 ss) au sujet des mêmes pratiques, mais ces dernières persistaient malgré tout au sein de certaines fédérations d'entrepreneurs.

²⁵³ HEINEMANN / STÜSSI, p. 640 s. ; Comco, Décision du 12 juin 2014, *Meldesystem Baumeisterverbände*, DPC 2014/2, p. 374 N 9.

²⁵⁴ Comco, Décision du 12 juin 2014, *Meldesystem Baumeisterverbände*, DPC 2014/2, p. 385 N 83 et 86.

²⁵⁵ VLCEK *et al.*, p. 23.

²⁵⁶ JAQUIER, p. 377 *if.*

²⁵⁷ ACKERMANN, p. 301 ; CLERC, p. 381 ; CHRIST, p. 160 ss ; HESS-ODONI, N 50 ; BEYELER, Schadenersatz, p. 347. Nous nous intéressons ici spécifiquement au cas de l'adjudicateur. S'agissant du soumissionnaire lésé, outre l'action de l'art. 12 LCart, il bénéficie également de la possibilité d'intenter une action sur la base de la LCD (voir BEYELER, p. 400 ss).

loyale et non faussée²⁵⁸. Cette disposition déclare illicite les comportements et les pratiques contraires aux buts de la loi²⁵⁹. Le cas de l'accord de soumission n'étant pas compris dans la définition de l'une des dispositions spéciales il s'agit de déterminer si l'art. 2 est applicable. Les éléments constitutifs de cette disposition sont : 1) l'existence d'un comportement ou d'une pratique commerciale ; 2) une influence sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients ; 3) une tromperie ou une contravention aux règles de la bonne foi²⁶⁰. Il ne semble pas contesté en doctrine que la participation à un accord de soumission remplit ces éléments constitutifs²⁶¹.

Suite à une infraction à l'art. 2 LCD, le lésé peut intenter une action civile sur la base de l'art. 9 LCD, dont l'al. 3 plus spécifiquement permet d'obtenir des dommages-intérêts. Celui qui subit ou risque de subir les effets sur le marché d'un comportement contraire à la LCD dispose de la qualité pour agir²⁶². Il semblerait donc que l'adjudicateur peut agir sur la base d'une telle disposition et obtenir la réparation du préjudice subi²⁶³. Nous nous exprimons avec retenue car la qualité pour agir est parfois accordée de manière restrictive en doctrine. Pour SPITZ, la collectivité publique n'est pas dotée de la légitimation active lorsqu'elle agit en tant que détentrice de la puissance publique, mais seulement lorsqu'elle agit comme un privé²⁶⁴. À notre sens, cette lecture est fautive, et il ne convient pas de faire la même distinction que pour l'art. 12 LCart²⁶⁵. L'art. 9 LCD accorde la qualité pour agir entre autres aux personnes atteintes dans leurs « intérêts économiques²⁶⁶ ». La notion d'atteinte aux intérêts économiques est reprise à l'art. 12 P-LCart, et la reformulation de cette disposition a spécifiquement pour objectif d'élargir l'étendue de la qualité pour agir notamment en permettant aux adjudicateurs d'agir sur la base de cette disposition²⁶⁷. De plus, d'après le TF, toute détérioration de la position propre dans la concurrence par le comportement incriminé suffit à fonder la légitimation active : la qualité pour agir n'est donc pas limitée aux concurrents²⁶⁸. Il faut donc, à notre sens, lire l'art. 9 LCD de la même manière que l'art. 12 P-LCart et accorder en tout temps la faculté d'agir de la collectivité publique sur la base de l'art. 9 LCD.

7. Bref aperçu en droit comparé

7.1 Remarques préalables

Une appréciation concrète des solutions consacrées par le droit suisse pour lutter contre les accords de soumission ne peut se faire sans les comparer aux dispositions édictées au sein d'ordres juridiques étrangers. Nous allons donc, à des fins comparatives, brièvement présenter une partie des solutions pour lutter contre les accords de soumission prévues en droit européen et en droit américain. Gloser sur des questions de détail ou ressasser des éléments déjà discutés

²⁵⁸ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 9.

²⁵⁹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 7.

²⁶⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 35.

²⁶¹ HESS-ODONI N 50 ; CS UWG-JUNG, art. 2 N 47a ; CHRIST, p. 161 ; ACKERMANN p. 301 *if*.

²⁶² CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 3.

²⁶³ CHRIST, p. 161.

²⁶⁴ CS UWG-SPITZ, art. 9 N 14 *if*.

²⁶⁵ Nous n'allons pas revenir sur la portée de cette distinction, et renvoyons à nos développements précédents (cf. chap. 3.5.2.2).

²⁶⁶ Art. 9 al. 1 LCD.

²⁶⁷ Mess.rév-LCart 2023, p. 39 s. Nous reviendrons en fin de travail sur la révision prévue du volet civil de la LCart (cf. chap. 8.1).

²⁶⁸ ATF 121 III 168, c. 3b.

rendrait la lecture du texte saumâtre, c'est pourquoi nous concentrons notre analyse comparative sur trois questions principales : les sanctions administratives pécuniaires ; la réparation civile du dommage ; les sanctions pénales contre les personnes physiques²⁶⁹. Nous serons alors en mesure d'évaluer les solutions en droit suisse à l'aune de ce que les législateurs étrangers ont conçu, ce qui nous permettra d'éclairer les carences et les forces de l'approche helvétique.

Nous renonçons donc ici à un rappel sur les droits de la concurrence étrangers. Nous ne souhaitons pas dénaturer un travail qui se concentre sur les accords de soumission au sein de l'ordre juridique suisse et considérons qu'épiloguer outre mesure sur la question des droits étrangers contribuerait à altérer la pertinence de notre propos²⁷⁰.

Précisons également que s'agissant du droit européen, les questions étudiées ne sont pas toutes couvertes uniquement par le droit communautaire et nous allons parfois devoir examiner des dispositions de droit interne. Il serait bien trop fastidieux d'étudier les solutions consacrées par chacun des États membres, nous allons donc nous concentrer principalement sur le droit de deux de nos États voisins (le droit allemand et le droit français) et sur un droit d'un système juridique différent (le droit irlandais). Cela n'exclut pas quelques incursions ponctuelles dans d'autres ordres juridiques lorsque cela se révèle pertinent.

7.2 Étude comparative

En droit communautaire, la sanction administrative pécuniaire est le moyen de répression le plus courant pour une infraction aux art. 101 et 102 TFUE²⁷¹. Elle ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise au niveau mondial lors de l'exercice précédent²⁷². Cette même limite figure en droit allemand²⁷³ et en droit autrichien²⁷⁴. Le droit français reprend le taux de 10% mais il faut prendre en compte le chiffre d'affaires le plus élevé réalisé depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre²⁷⁵. Le droit irlandais quant à lui fixe la limite à 20% du chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice²⁷⁶.

En droit américain, c'est le volet civil qui domine la mise en œuvre des règles de la concurrence et 90% des procédures en droit des cartels sont initiées par une plainte privée²⁷⁷. Les actions en réparation du dommage à l'encontre d'offres truquées (*bid-rigging*) y sont fréquemment employées par les lésés privés²⁷⁸. Au sein de l'Union européenne, une directive a harmonisé la

²⁶⁹ Ce choix est évidemment quelque peu arbitraire. Nous estimons toutefois que la notion d'accord de soumission en tant que telle ne suscite pas de discussion en Suisse et que ses aspects problématiques sont acceptés par tous les milieux. Les discussions les plus épineuses portent sur la façon dont il faut les sanctionner et les possibilités des lésés d'obtenir la réparation du dommage qu'ils ont subi, raison pour laquelle nous nous concentrons sur ces points.

²⁷⁰ Au lecteur souhaitant se remettre en mémoire les grandes lignes de ces droits, nous pouvons recommander la lecture de l'ouvrage de BELLIS s'agissant du droit européen, et celui de BRODER pour ce qu'il en est du droit américain (les références complètes figurent dans la bibliographie).

²⁷¹ FRESE, p. 184.

²⁷² Art. 23 par. 2 du Règlement n° 1/2003.

²⁷³ § 81 ss dGWB.

²⁷⁴ § 142 öWettbG.

²⁷⁵ Art. L.464-2 du Code de commerce.

²⁷⁶ Section 8 *Competition (Amendment) Act 2022*. Les modifications apportées en 2022 doublent la limite qui était fixée à 10% dans le *Competition Act 2002*.

²⁷⁷ MARTENET / HEINEMANN, p. 210.

²⁷⁸ BRODER, p. 183.

question et les prétentions civiles sont à revendiquer devant les tribunaux nationaux²⁷⁹. Il y a eu en France et en Allemagne quelques actions civiles contre des cartels, mais ces dernières sont peu nombreuses²⁸⁰. En Irlande, les actions civiles sont encore plus rares et des dommages-intérêts n'ont été accordés à une partie lésée qu'à une seule reprise entre 1991 et 2014²⁸¹.

Finalement, certains droits étrangers prévoient la possibilité de prononcer une sanction pénale contre une personne physique pour la participation à un accord de soumission. Il peut s'agir d'une disposition édictée spécifiquement pour lutter contre les accords de soumission, ou une disposition plus générale qui s'applique quel que soit le type d'accord restrictif en matière de concurrence. En Irlande par exemple, la participation à un accord illicite expose le cadre supérieur qui y a consenti à une peine pécuniaire ou à une peine privative de liberté n'excédant pas dix ans²⁸². Il risque également une interdiction d'exercer (*disqualification*)²⁸³. En droit français, une personne qui a participé activement et personnellement à un accord restrictif de concurrence risque jusqu'à quatre ans d'emprisonnement et une peine pécuniaire²⁸⁴. Aux États-Unis, une personne risque également jusqu'à dix ans d'emprisonnement si elle contrevient au *Sherman Act*²⁸⁵. Le législateur allemand quant à lui a édicté une disposition spécifique pour réprimer les accords de soumission en prévoyant qu'est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au maximum ou d'une amende le fait de soumettre une offre concertée²⁸⁶. Une norme semblable existe en Autriche, mais seule une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans est prononçable et la peine pécuniaire n'y est pas prévue²⁸⁷. Le droit italien prévoit également une disposition similaire²⁸⁸.

7.3 Appréciation

Les diverses dispositions européennes étudiées sont très proches du droit suisse s'agissant des sanctions administratives que peuvent prononcer les autorités de la concurrence. La différence principale consiste en la prise en compte du chiffre d'affaires global pour fixer la limite supérieure du montant de la sanction, tandis que le droit suisse se limite au chiffre d'affaires réalisé en Suisse. Cette différence ne nous semble pas problématique en pratique s'agissant des sanctions prononcées à l'encontre de participants à un accord de soumission et n'a pas d'impact dans la pratique. En effet, dans la grande majorité des décisions de la Comco que nous avons étudiées durant nos recherches, les entreprises concernées n'étaient actives qu'en Suisse.

S'agissant du volet civil, il serait souhaitable que ce dernier se développe en droit suisse, sans toutefois aller dans les propensions de son utilisation outre-Atlantique. Nous ne sommes toutefois pas une exception en Europe, et les autres droits semblent également présenter quelques carences dans ce domaine. Il est important que le dommage du lésé puisse être réparé. Nous reviendrons sur le projet de révision du volet civil (cf. chap. 8.1).

²⁷⁹ PrivKartellRDurchs-FUCHS § 2 N 29 ss ; VAN BAEL / BELLIS, p. 1209.

²⁸⁰ SCHROEDER, p. 439.

²⁸¹ ANDREWS / GORECKI / MCFADDEN, p. 167.

²⁸² Voir *Competition Act 2002* et *Competition (Amendment) Act 2022* (en particulier les par. 1 et 6 de la section 8). Les amendements de 2022 durcissent le régime en doublant la peine privative de liberté maximale et en prévoyant dorénavant expressément le cas des offres truquées (*bid-rigging*).

²⁸³ ANDREWS / GORECKI / MCFADDEN, p. 73.

²⁸⁴ Art. L.420-6 du Code de commerce.

²⁸⁵ 15 U.S.C § 1.

²⁸⁶ § 298 dStGB.

²⁸⁷ § 168b öStGB.

²⁸⁸ Art. 353 *Codice penale*.

L'aspect le plus intéressant de notre brève étude consiste certainement en sa troisième et dernière partie. Visiblement, de nombreux droits étrangers prévoient des sanctions pénales contre les personnes physiques, que ce soit pour la participation à un accord restrictif en matière de concurrence ou plus spécifiquement pour la soumission d'une offre truquée dans le cadre d'un marché public. De telles dispositions sont inconnues du droit suisse. Nous trouvons l'idée de l'interdiction d'exercer, prévue en droit irlandais, particulièrement intéressante. Nous reviendrons sur notre souhait de voir édicter une telle disposition *de lege ferenda* plus loin (cf. chap. 8.2).

8. Aspects prospectifs

Avant de conclure la présente contribution, nous allons nous attarder sur quelques évolutions prévues, respectivement souhaitables, en droit suisse.

8.1 Projet de révision du volet civil

Au vu des faiblesses du volet civil de la LCart *de lege lata*, et de son faible usage par les lésés, le projet de révision en cours de la LCart prévoit d'apporter plusieurs modifications à ses dispositions civiles (art. 12 ss). Comme nous l'avons vu, l'éventuelle légitimation active de l'adjudicateur pour l'action civile repose sur des fondations chancelantes (cf. chap. 3.5.2.2a). L'art. 12 révisé de la LCart, selon le message très récemment publié par le Conseil fédéral, prévoit l'accès à l'action civile à « la personne dont les intérêts économiques sont menacés ou affectés par une restriction illicite à la concurrence²⁸⁹ ». Une telle reformulation élargit expressément le cercle des personnes bénéficiant de la légitimation active et, si la disposition entre en vigueur ainsi formulée, les pouvoirs publics – et donc *in fine* les adjudicateurs – seront capable d'agir par la voie civile mettant ainsi fin aux controverses doctrinales sur la question²⁹⁰.

La Comco est dans l'ensemble plutôt partisane d'un renforcement du droit civil, mais elle est également d'avis que cela ne doit se faire au détriment du volet administratif, car cela conduirait à affaiblir le droit de la concurrence dans son ensemble²⁹¹. Elle craint par exemple que si l'opportunité pour le lésé d'obtenir des dommages-intérêts est renforcée, les entreprises concernées se montrent moins coopératives lors d'enquêtes, voire renoncent de fournir des informations dans le cadre du programme de clémence car elles n'en tireraient que peu – voire pas – d'avantage. Cela rendrait la détection de violation à la LCart beaucoup plus compliquée²⁹². Les autorités de la concurrence ont par ailleurs déjà pris des mesures ces dernières années afin de favoriser la réparation du dommage du lésé. Elles ont par exemple, dans une décision relativement récente, pris en compte les dommages-intérêts versés par l'entreprise concernée avant sa décision en atténuant le montant de la sanction infligée²⁹³.

²⁸⁹ Art. 12 P-LCart. Pour rappel, la version actuellement en vigueur de la disposition prévoit que la voie civile est ouverte à « la personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ».

²⁹⁰ Mess.rév-LCart 2023, p. 39 s. ; SECO, Rapport révision, p. 22.

²⁹¹ Comco, Rapport annuel 2019, DPC 2020/1, p. 37.

²⁹² Comco, Rapport annuel 2019, DPC 2020/1, p. 37.

²⁹³ Comco, Rapport annuel 2019, DPC 2020/1, p. 37 s.

Par ailleurs, la Comco a constaté ces dernières années une multiplication des demandes en vue d'obtenir des dommages-intérêts en suite de ses décisions, notamment de la part de services publics, ce qui démontre encore plus la nécessité de renforcer le volet civil²⁹⁴.

8.2 Vers des sanctions pénales contre les personnes physiques ?

Comme nous l'avons vu, certains droits étrangers prévoient des sanctions pénales envers les personnes physiques impliquées dans un accord restrictif en matière de concurrence respectivement envers les soumissionnaires présentant une offre concertée (cf. chap. 7.2). Au niveau Suisse, aucune sanction pénale n'est prévue pour ces cas-là *de lege lata*. Il semble en effet très peu probable de pouvoir retenir une infraction d'escroquerie au sens de l'art. 146 CP contre un accord de soumission (cf. chap. 4.3) et la LCart ne prévoit que des contraventions de nature formelle (cf. chap. 3.5.3). Des voix s'élèvent donc parfois en doctrine ou en politique revendiquant un renforcement des possibilités de sanctionner pénalement un accord de soumission (ou plus largement les accords restrictifs en matière de concurrence), notamment afin qu'il soit prévu des peines pénales contre les personnes physiques.

La révision avortée de la LCart de 2012 se préoccupait entre autres de ce sujet. En suite de la motion Schweiger (07.3856), qui souhaitait l'instauration de sanctions pénales applicables aux personnes physiques qui ont participé à la mise sur pied d'un cartel²⁹⁵, l'avant-projet prévoyait en effet à son art. 53a une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire envers quiconque ayant participé intentionnellement à un accord restrictif en matière de concurrence²⁹⁶. Le Conseil fédéral et la plupart des parties à la consultation n'étaient toutefois pas satisfaits de l'introduction de cette nouvelle norme pénale, et critiquaient entre autres la difficulté à apporter la preuve (requis par le droit pénal) de la préméditation et la complication que cela engendrerait pour les procédures de droit cartellaire²⁹⁷. Elle n'est finalement jamais entrée en vigueur, le processus de révision n'ayant pas abouti suite au second refus du Conseil national d'entrer en matière²⁹⁸.

L'édiction d'une infraction pénale générale sanctionnant les accords restrictifs de concurrence ne semble donc pas avoir convaincu en Suisse. Qu'en est-il d'une éventuelle norme s'appliquant uniquement aux accords de soumission comme en Allemagne ou en Autriche ? Il n'y a jamais eu, à notre connaissance, de proposition politique formelle allant dans ce sens. L'avantage principal procuré par une telle norme serait que cela permettrait de se passer de l'élément constitutif du dommage patrimonial et donc d'éviter les problèmes que nous avons brièvement évoqués lors de nos discussions de l'art. 146 CP (cf. supra 4.3)²⁹⁹. Il serait donc opportun selon nous qu'une telle disposition soit introduite dans le CP *de lege ferenda*. Quand bien même elle ne serait utilisée que sporadiquement, elle permettrait de renforcer l'effet dissuasif général de la loi.

²⁹⁴ Comco, Rapport annuel 2019, DPC 2020/1, p. 36.

²⁹⁵ CF, Rapport Schweiger, p. 1636.

²⁹⁶ Pour consulter en détail les deux nouvelles dispositions qui étaient proposées, voir CF, Rapport Schweiger, p. 1651 ss.

²⁹⁷ CF, Rapport Schweiger, p. 1636 et 1641

²⁹⁸ BO CN 2014 1563. Notons toutefois que les discussions entre parlementaires précédant le rejet (BO CN 2014 1552 ss) et qui ont motivé le refus d'entrer en matière ne portaient pas sur la question des sanctions pénales.

²⁹⁹ HEITZ, p. 191 s.

9. Conclusion

En affaiblissant ou en éliminant la concurrence entre soumissionnaires, en favorisant des structures de marchés inefficaces, en affectant l'incitation à l'efficacité et à l'innovation et finalement en étant un vecteur de la hausse des prix, les accords de soumissions coûtent cher aux adjudicateurs et donc *in fine* aux contribuables³⁰⁰. En conséquence, comme nous l'avons vu, la Comco a décidé d'intensifier son activité dans la lutte contre les accords de soumission, notamment en initiant une lutte basée sur trois piliers. Le législateur a également pris en compte la problématique lors de la révision de la LMP, et le projet de révision actuellement en discussion de la LCart souhaite entre autres clarifier la légitimité de la collectivité à agir sur la base de l'art. 12 LCart. Ces divers efforts sont à saluer, et les nombreuses décisions rendues ces dernières années dans le domaine des marchés publics par la Comco sont une preuve de l'intensité de l'activité des autorités de la concurrence. Espérons que les nombreuses sanctions infligées auront un effet dissuasif et que les soumissionnaires renoncent dorénavant à s'entendre.

La législation pertinente est dans l'ensemble apte pour lutter contre le phénomène. Tant les dispositions de la LCart que celles de la LMP permettent de traiter le phénomène adéquatement. S'il fallait épingle un point faible du droit en vigueur, ce serait certainement la question de ce que doit craindre le soumissionnaire ayant participé à une entente. Nous espérons que l'art. 12 P-LCart entre en vigueur tel que prévu dans le projet de révision, ce qui permettra entre autres à l'adjudicateur d'obtenir la réparation du dommage causé par une entente entre soumissionnaires. C'est un point crucial, et la révision est à notre avis absolument nécessaire. De la même manière, nous espérons que des discussions seront initiées sur la question des sanctions pénales contre les personnes physiques, et qu'il soit prévu, dans une prochaine révision de la loi, d'introduire dans le Code pénal une disposition sanctionnant la soumission d'une offre concertée. Si ces deux modifications entraient en vigueur, l'effet dissuasif du régime légal en place serait grandement intensifié. Notons également que le projet de révision de la LCart prévoit une clarification de l'admissibilité des communautés de travail. L'art. 4 al. 1^{bis} P-LCart prévoit en effet d'admettre en principe ces dernières si elles permettent ou renforcent une concurrence efficace³⁰¹.

D'autres questions se posent. L'essor des algorithmes et de l'intelligence artificielle suscite des discussions dans de nombreux domaines, et celui qui nous intéresse n'est pas épargné. Ces technologies peuvent servir les autorités de la concurrence dans leur travail de détection d'entente cartellaire³⁰² mais *a contrario*, elles permettent également de faciliter la collusion entre soumissionnaires³⁰³. Nous pouvons également nous interroger sur l'impact qu'aura l'un des objectifs de la révision récente de la LMP, qui était d'axer la concurrence sur la qualité plutôt que sur le prix dans le cadre des procédures d'adjudications³⁰⁴. L'adjudicateur doit maintenant choisir l'offre la plus avantageuse notamment au regard de critères sociaux, écologiques et de durabilité³⁰⁵ : cela pourra peut-être rendre moins aisé le trucage d'une procédure d'adjudication, car il sera moins facile pour un cartel de prédéterminer l'offre qui va remporter le marché.

³⁰⁰ GRÄTZ / STÜSSI, p. 86.

³⁰¹ Mess.Rév-LCart 2023, p. 34.

³⁰² PATAKYOVÁ, p. 5 s.

³⁰³ PATAKYOVÁ, p. 6 ss.

³⁰⁴ DI CICCIO, p. 334.

³⁰⁵ Voir par exemple l'art. 2 let. a LMP.

Pour conclure, nous pouvons donc dans l'ensemble tirer un bilan positif de notre étude sur la question des accords de soumission en droit suisse. Le point faible se situe à notre sens au niveau de notre brève étude comparative, qui n'est pas aussi développée que nous l'aurions souhaité. Bien qu'elle ait permis de déceler la présence fréquente de sanctions pénales contre les personnes physiques dans les ordres juridiques étrangers, et donc s'est révélée pertinente, l'accès à une littérature juridique étrangère plus vaste aurait permis d'étudier d'autres questions, relatives par exemple aux mesures administratives prévues en droit des marchés publics. Nous ne disposions toutefois, en matière de droit comparé, que des collections de l'ISDC qui bien que denses, ne présentent pas le faste des diverses bibliothèques juridiques consacrées au droit suisse que nous avons pu visiter. Pour le reste, notre étude s'est montrée pertinente et nous pouvons en être satisfait. Elle a permis d'esquisser une bonne image du traitement des accords de soumission par la LCart et la LMP. Nous avons en particulier pu présenter les diverses questions qui se posent en lien avec l'entrée en vigueur de la LMP révisée. Le temps et la pratique permettront certainement de répondre aux diverses questions controversées en doctrine que nous avons présentées.