

Pouvoir sur la demande dans la construction d'infrastructures

Guide relatif aux démarches en cas de soupçon de comportement abusif des collectivités de droit public dans le cadre de l'acquisition de prestations d'ouvrage



infra suisse

Sur mandat d'Infra Suisse

Auteure: Josianne Magnin, avocate et docteure en droit

Aperçu	04
Explications relatives aux questions à examiner en matière de droit des cartels	08
Moyens de droit à disposition des entreprises concernées	14
Position de l'association Infra Suisse	18

Pour une meilleure compréhension, les indications figurant dans le présent guide sont parfois simplifiées et généralisées. Il est conseillé aux entreprises de construction qui estiment qu'une collectivité de droit public se comporte de manière abusive au regard du droit de toujours faire évaluer la situation concrète par un spécialiste avant d'entreprendre d'éventuelles démarches juridiques.

Avant-propos

Pouvoir sur la demande et devoir de retenue

En Suisse, les pouvoirs publics jouent un rôle central dans l'adjudication de travaux d'infrastructure. La Confédération, les cantons, les communes ainsi que d'autres collectivités de droit public adjugent, l'exécution d'importants marchés à des entreprises de droit privé. La taille et l'importance des marchés pour les entreprises et leurs collaborateurs impliquent une grande responsabilité des collectivités de droit public et leur octroient parfois un pouvoir sur la demande susceptible de leur conférer une position monopolistique de fait. Ce n'est ni faux ni illicite en soi, mais cela engage la responsabilité vis-à-vis de l'économie et de la société et engendre une dépendance économique particulière pour les entreprises. Les rapports de force se trouvent déséquilibrés: la collectivité de droit public, dispose d'un pouvoir déterminant alors que les entreprises ne bénéficient, dans la plupart des cas, d'aucune réelle marge de négociation. De plus, le refus des conditions imposées peut conduire à l'exclusion de futurs marchés.

Observer avec clairvoyance

Nous recevons régulièrement des retours d'entreprises membres qui se sentent désavantagées, mises sous pression ou contraintes à des conditions contractuelles défavorables. Certaines collectivités dépassent non seulement les limites de notre conception d'une approche partenariale, mais s'exposent parfois également à des situations problématiques au regard du droit. D'un point de vue juridique, les collectivités de droit public doivent, en particulier lorsqu'elles disposent d'un pouvoir significatif sur la demande, respecter les prescriptions légales du droit des marchés publics, du droit des cartels et du droit civil.

Coopérer plutôt que se confronter

Jusqu'à présent, le législateur suisse n'a pas défini de ligne claire pour évaluer le pouvoir sur la demande n'en demeure pas moins que les pouvoirs publics adjudicateurs n'ont pas à tirer parti de leur position particulière pour vider de leur substance les principes fondamentaux de l'économie de marché. Nous défendons avec le même engagement les intérêts de nos membres qu'un climat de collaboration partenariale et une culture d'adjudication des marchés fondée sur la confiance et des objectifs communs.

Apporter de la nuance plutôt que généraliser

Afin de proposer une approche objective de ce thème émotionnel et souvent empreint de préjugés, nous avons fait élaborer ce guide. Nous tenons à préciser que la présente publication n'a pas pour vocation de formuler un reproche généralisé à l'encontre des collectivités de droit public quant à l'exercice de leur position de pouvoir sur le marché. Elle vise au contraire à réduire la complexité liée à

cette thématique et à proposer, de manière objective, un soutien aux entreprises pour se poser les bonnes questions avant d'envisager le recours à des moyens de droit. Par cette démarche, nous adressons un appel aux maîtres d'ouvrage publics en les invitant à exercer leur position et leur influence avec discernement, dans un esprit favorable aux entreprises et fondé sur la coopération.

Le présent guide s'adresse aux entreprises concernées et a pour but de leur donner une première base leur permettant de mieux évaluer le comportement des collectivités de droit public et les conséquences juridiques qui en découlent. Il ne saurait se substituer à un conseil juridique individualisé, mais met en évidence les situations dans lesquelles il peut être judicieux de procéder à des clarifications juridiques approfondies. L'objectif est d'accroître la transparence et de contribuer à une meilleure appréhension des risques de violations du droit.

Privilégier le dialogue plutôt que la confrontation

Il est notre devoir non seulement de défendre les intérêts de nos membres vis-à-vis des autorités politiques et administratives, mais également d'attirer l'attention sur les dysfonctionnements du système. Nous attendons des pouvoirs publics adjudicateurs une attitude équitable et conforme au droit, dans l'intérêt d'une concurrence efficace, d'un secteur de la construction sain et, finalement, également dans celui des contribuables.

L'infrastructure suisse, moderne et de grande qualité, est le fruit d'une collaboration de longue date fondée sur l'expérience et inscrite dans une logique d'objectifs communs entre maîtres d'ouvrages et entreprises. La colonne vertébrale de l'économie et de la société suisses doit continuer d'être construite, entretenue et exploitée en mettant l'accent sur l'infrastructure et non sur les articles de loi.

Nous remercions dès lors Me Josianne Magnin et toutes les personnes impliquées dans la réalisation de ce guide pour leur précieux travail et adressons un remerciement tout particulier aux maîtres d'ouvrage publics pour les espaces d'échange qu'ils ont créés et que nous utiliserons pour analyser de manière ciblée les conclusions du présent rapport et prendre les éventuelles mesures nécessaires.

Christian Wasserfallen
Président, Conseiller national

Adrian Dinkelmann
Directeur Infra Suisse

Aperçu

Auteure: Josianne Magnin, avocate et docteure en droit

Avec un volume d'acquisition d'environ 40 milliards de francs par année, l'État et les collectivités de droit public disposent, en leur qualité d'acheteurs, d'un **pouvoir sur la demande**¹ particulièrement important. Leur participation au marché est soumise à différentes exigences légales

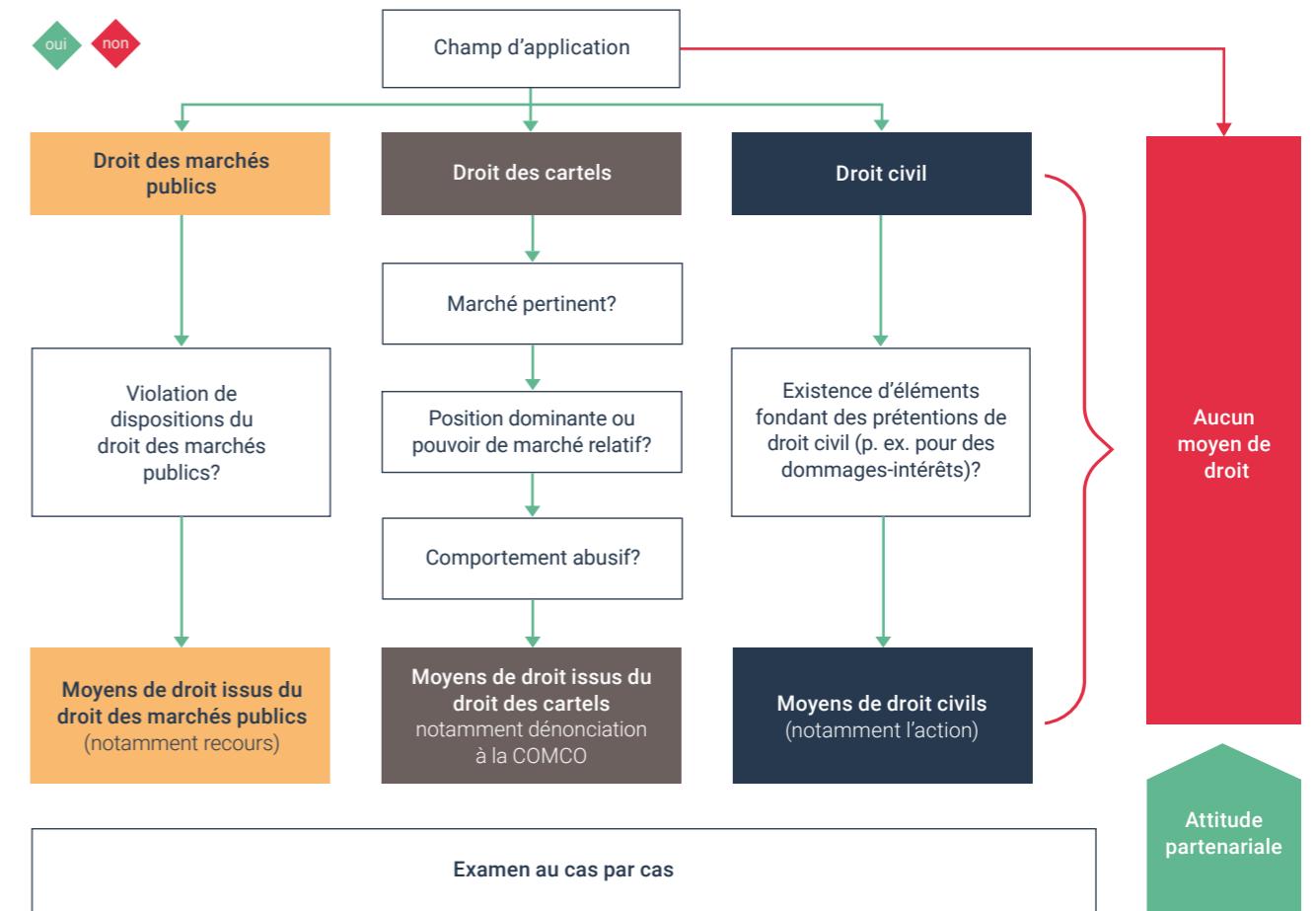
Il s'agit en premier lieu du **droit des marchés publics**, qui protège la concurrence lorsque les collectivités de droit public adjugent des marchés visant à l'exécution de tâches publiques. Il oblige l'État à effectuer ses acquisitions dans le cadre de procédures d'appel d'offres transparentes et non discriminatoires, afin de garantir que le marché sera adjugé aux offres présentant le meilleur rapport qualité-prix.

Le présent guide ne se concentre pas sur le droit des marchés publics, mais sur le **droit des cartels**, qui s'applique parallèlement au droit des marchés publics et a pour principal objet le **contrôle des abus**.

En Suisse, l'appréciation du pouvoir sur la demande ne fait pas l'objet d'une approche uniforme: chaque cas doit être évalué de manière individuelle.

Outre le droit des marchés publics et le droit des cartels, les moyens de droit relevant du droit civil peuvent également entrer en ligne de compte dans certaines situations. Jusqu'à présent, la mise en œuvre du droit de la concurrence par la voie civile est toutefois restée d'une importance limitée en Suisse. De gros obstacles devraient cependant être levés grâce à une révision partielle de la loi sur les cartels, ce qui pourrait permettre au droit civil des cartels de gagner en importance à l'avenir.

En résumé, il convient d'examiner si des moyens de droit sont envisageables et, le cas échéant, lesquels



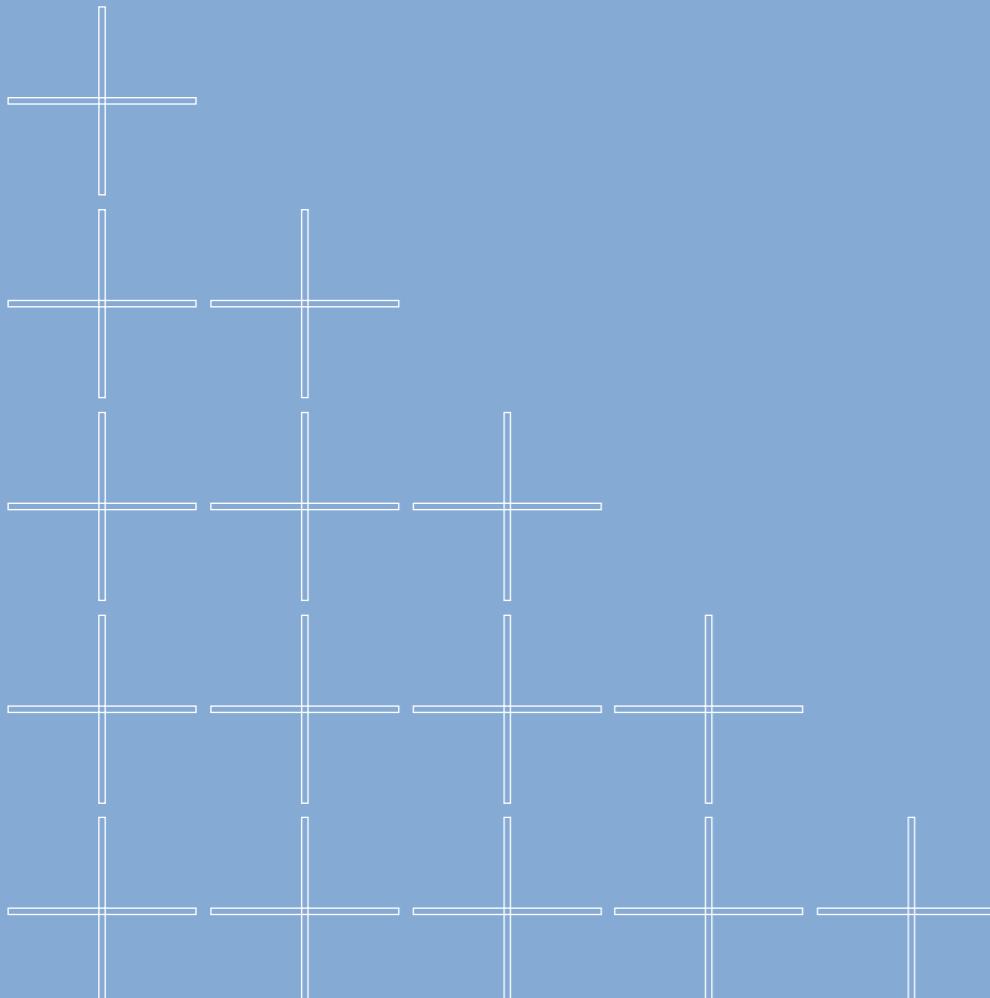
¹ Pouvoir de négociation dont dispose un acheteur à l'égard des fournisseurs en raison de sa taille, de son importance économique et de l'absence d'alternatives pour les fournisseurs. Lorsque le pouvoir sur la demande est particulièrement fort, les entreprises s'exposent, en l'absence d'autres débouchés, à des pertes considérables si elles perdent l'acheteur concerné.



En Suisse, les pouvoirs publics jouent un rôle central dans l'adjudication de travaux d'infrastructure.

Explications relatives aux questions à examiner en matière de droit des cartels

Auteure: Josianne Magnin, avocate et docteure en droit



a. Champ d'application de la loi sur les cartels

Principe: La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) s'applique aussi bien aux **entreprises** de droit privé qu'aux organisations **de droit public** dans la mesure où celles-ci offrent ou acquièrent des biens ou des services dans le cadre d'un processus économique. Et ce, même si les entreprises agissent dans l'accomplissement d'une mission publique.

Exemple: la LCart s'applique à Armasuisse lorsqu'elle achète des hélicoptères d'instruction ou de transport ou à un canton qui construit des infrastructures relevant du service public.

Exception: Les actes des collectivités de droit public n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur les cartels lorsque

- la collectivité de droit public exerce une activité relevant de la puissance publique, ou
Exemple: une commune qui délivre des permis de construire.

- lorsque la loi exclut la concurrence.

Exemple: monopole légal de la Poste pour les lettres jusqu'à 50 grammes.

Remarque: Ni l'un ni l'autre de ces cas de figure n'est très vraisemblable dans le cadre de marchés de construction.

Lorsque les collectivités de droit public adjugent des marchés de construction, elles tombent généralement dans le champ d'application de la LCart.

b. Pertinence du marché

Pertinence du marché en cas de pouvoir (présumé) sur la demande: Débouchés interchangeables (débouchés actuels et alternatifs pour les produits/services d'une entreprise de construction).

La délimitation du marché doit toujours être opérée du point de vue d'une entreprise de construction déterminée. En présence d'une situation de pouvoir (présumé) sur la demande, il est recommandé aux entreprises de se poser les questions suivantes:

1. D'un point de vue matériel: Quels sont les marchés que j'exécute effectivement ou que je pourrais exécuter moyennant un effort d'adaptation raisonnable (question concrète: au vu de mes activités effectives, sont-ils interchangeables)?

Exemple: construction de ponts et de tunnels.

2. D'un point de vue géographique: Dans quelle région puis-je être actif ou exécuter des marchés moyennant un effort raisonnable?

Exemple: rayon de 50 km autour du site de l'entreprise / durée de trajet de 1h à partir du site de l'entreprise.

3. D'un point de vue temporel: Dans quelle mesure les marchés de construction sont-ils interchangeables dans le temps?

Remarque: pour les entreprises de construction, un report vers d'autres marchés n'est en règle générale possible que pour une durée limitée, étant donné que de nombreux marchés de construction ont des périodes d'exécution fixes et que les ressources (personnel et machines) ne sont disponibles que de manière limitée.

Exemple: août 2024.

Quels acheteurs ou débouchés potentiels ai-je pour ces marchés de construction ?

Exemple: Confédération, canton X et canton Y, communes A, B et C.

Pour apprécier le comportement des collectivités de droit public sous l'angle du droit des cartels, la délimitation du marché est absolument essentielle. Plus le marché est défini de manière étroite, plus il est probable qu'il s'agisse d'une restriction à la concurrence (p. ex. un abus). En ce qui concerne la délimitation du marché, les autorités et les tribunaux disposent d'un large pouvoir d'appréciation.

c. Position dominante sur le marché ou pouvoir de marché relatif

1. Position dominante sur le marché: Il y a position dominante lorsqu'une collectivité de droit public, en sa qualité d'acheteur, sur le marché pertinent (cf. ch. 3b), est de manière essentiellement indépendante à l'égard des autres participants au marché. Cela peut se manifester sous différentes formes:

- La collectivité de droit public peut imposer aux entreprises de construction des conditions plus avantageuses (p. ex. prise en charge inhabituelle de risques par des entreprises de construction ou autres conditions commerciales inhabituelles) que ce que pourraient le faire d'autres acheteurs de prestations de construction.

- La collectivité de droit public peut s'opposer aux intentions des entreprises de construction, pourtant légitimes, d'augmenter les prix.

- La **collectivité de droit public** peut diminuer le volume de travail des entreprises de construction (= leurs outputs) en réduisant durablement le volume de ses achats sur le marché.

Remarque: *il va de soi que pour pouvoir adopter un tel comportement d'indépendance, le nombre de marchés de construction (pertinents) qu'une collectivité de droit public doit adjuger est très élevé.*

Exemples:

- 70% des travaux de revêtement adjugés dans le domaine de la construction des routes dans une région donnée le sont par une seule collectivité de droit public, p. ex. un canton. Le canton peut imposer aux entreprises de construction des conditions exceptionnelles ou plus avantageuses que ce que d'autres acheteurs pourraient le faire (p. ex. les communes), car les entreprises de construction de routes dépendent de lui. Si le canton adjuge moins de marchés, les entreprises de construction de routes vont réaliser un chiffre d'affaires nettement inférieur dans le canton concerné, car il n'y a guère d'alternatives.

- Dans le domaine de l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire, les CFF bénéficient dans une large mesure d'un monopole naturel, dès lors qu'ils sont propriétaires d'une grande partie du réseau ferroviaire essentiel (et que la création d'une infrastructure parallèle par des concurrents privés n'entre par conséquent guère en considération). La situation de monopole au niveau de l'offre se traduit logiquement par une position de monopole sur le marché de l'acquisition.

2. Pouvoir de marché relatif: Une entreprise de construction donnée peut se retrouver dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une collectivité de droit public telle, qu'elle ne dispose pas d'alternatives suffisantes et raisonnables (il ne s'agit pas d'une position dominante générale sur le marché, mais d'un rapport de dépendance individuel). Cette situation peut être vérifiée comme suit:

1. Existe-t-il, dans le cas concret (entreprises impliquées, branche concernée, produits/services concrets), un **lien de dépendance** résultant du fait qu'il n'existe pas d'**alternatives suffisantes et raisonnables** pour l'entreprise concernée?

Remarques: *il s'agit d'évaluer si, et dans quelle mesure, une modification de son offre est raisonnablement exigible pour l'entreprise concernée. Les alternatives sont a priori déraisonnables lorsqu'elles impliquent des investissements spécifiques liés à une relation d'affaires déterminée ou des coûts d'adaptation très élevés qui mettraient en péril l'existence économique de l'entreprise.*

En principe, les entreprises concernées doivent prouver qu'elles ont en vain cherché des alternatives.

Exemples/sous-groupes:

- **Personnalisation de produits:** un fournisseur fabrique, dans le cadre de contrats de livraison de longue durée, des produits spécialement adaptés aux besoins d'un acheteur déterminé, lesquels ne sont pas demandés, de manière générale ou par d'autres entreprises, dans cette forme spécifique.

- **Part élevée du chiffre d'affaires:** un acheteur déterminé acquiert une part tellement élevée des produits/services vendus par une entreprise de construction que cette dernière ne pourrait pas écouter les mêmes quantités par l'intermédiaire d'un autre acheteur.

- **Goodwill:** une entreprise de construction doit être en mesure d'exécuter des marchés pour une collectivité de droit public déterminée, faute de quoi elle ne jouirait plus d'une considération suffisante au sein de la branche, ce qui compromettrait la compétitivité de ses prestations.

2. Le rapport de dépendance résulte-t-il d'une **faute** ou d'une (**mauvaise**) **décision entrepreneuriale** de l'entreprise dépendante? Une dépendance problématique du point de vue du droit de la concurrence ne saurait être reconnue si l'entreprise concernée s'est elle-même placée dans cette situation. Il faut au contraire que l'acheteur ait, par exemple, conduit l'entreprise concernée à consentir des investissements spécifiques en vue de l'exécution de mandats pour son compte.

Les entreprises de construction concernées doivent se poser les questions suivantes:

1. Qui achète ou qui pourrait acheter mes services?
2. À quels acheteurs pourrais-je m'adresser si l'acheteur A (en partant du principe qu'il dispose d'un pouvoir sur la demande) cesse de commander mes services?
3. Existe-t-il suffisamment d'acheteurs alternatifs pour que je puisse couvrir mes coûts fixes?
4. Si non: pourrais-je également utiliser mon personnel, mes machines et mes bâtiments pour la production d'autres biens/services moyennant un effort économiquement supportable?
5. Suis-je personnellement responsable de cette relation de dépendance problématique?

Exemple: à la demande d'une collectivité de droit public et en raison d'une bonne relation commerciale de longue date avec celle-ci, l'entreprise de construction X, active dans le domaine des travaux spéciaux de génie civil, a ajusté son offre aux besoins de ladite collectivité. S'il existe certes des débouchés alternatifs pour ces prestations, ceux-ci ne permettraient toutefois pas de couvrir les coûts fixes. Les ressources ne peuvent en

outre pas être facilement réaffectées, par exemple à des activités dans le domaine des revêtements ou du bâtiment.

L'existence d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif doit toujours être évaluée au cas par cas (après délimitation du marché pertinent), en faisant appel à un spécialiste.

Disposer d'un pouvoir sur la demande n'est pas interdit en soi et demeure licite. Les entreprises disposant d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif endossent toutefois une responsabilité par rapport à la manière dont elles se comportent sur le marché. Elles ne doivent pas abuser de leur position sur le marché.

d. Abus de position dominante sur le marché

Il est de manière générale interdit aux entreprises occupant une position dominante sur le marché ou un pouvoir de marché relatif (ci-après: entreprises puissantes sur le marché) d'abuser de leur position sur le marché, notamment en entravant les partenaires commerciaux dans la concurrence (**entrave abusive**) ou en désavantageant les partenaires commerciaux (**exploitation abusive**), sans motif objectif.

Exemples de comportements abusifs:

- **Le refus d'entretenir des relations commerciales** (p. ex. boycott d'approvisionnement): Des relations

commerciales avec certaines entreprises de construction ne sont pas établies, sont limitées ou sont interrompues, ce qui entrave l'accès de l'entreprise de construction à la concurrence ou à l'exercice de celle-ci.

Exemple: une collectivité de droit public puissante sur le marché...

- renonce systématiquement à prendre en compte l'entreprise de construction Y dans ses procédures sur invitation ou de gré à gré, bien que l'entreprise en question remplisse les exigences requises.

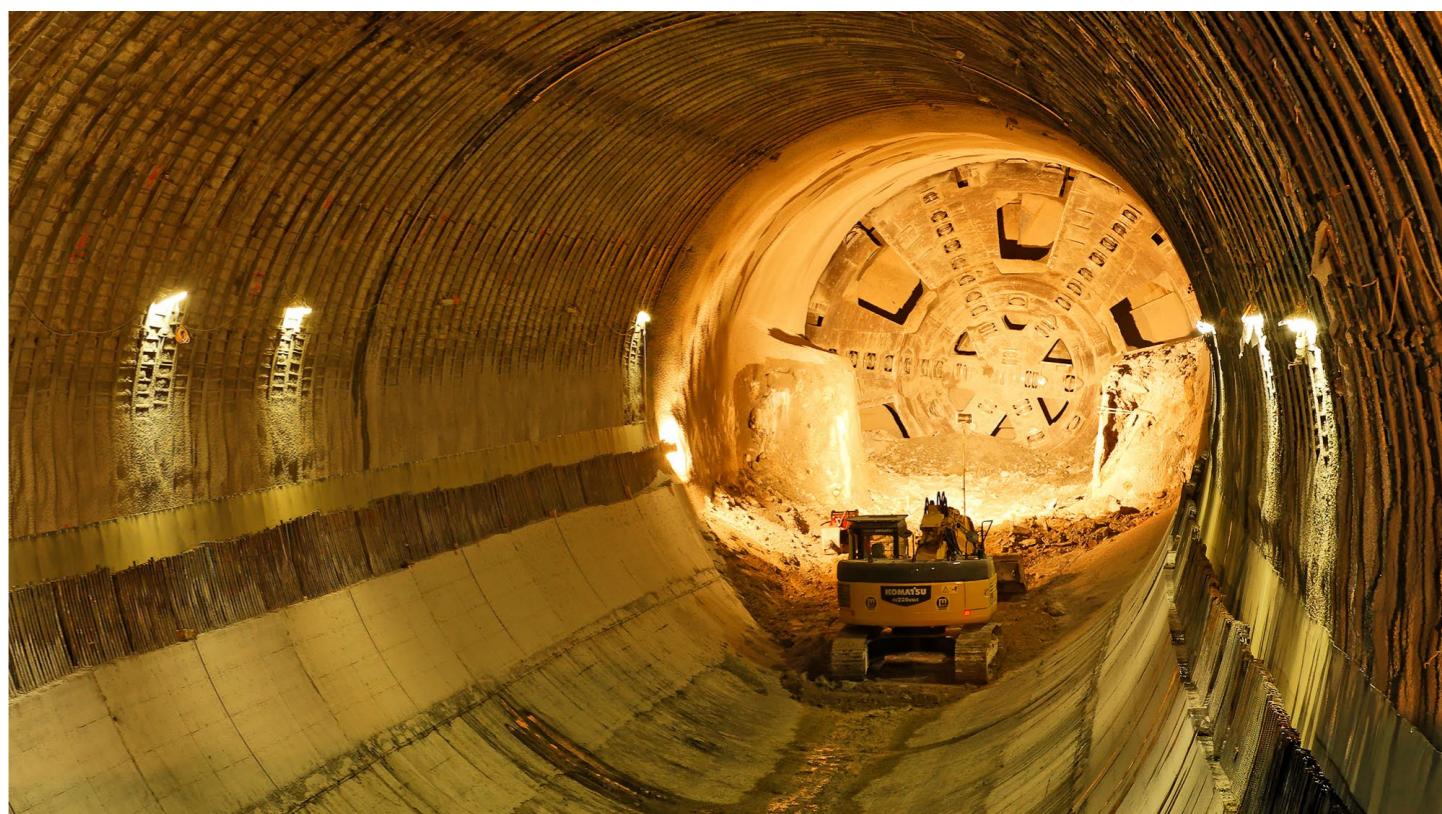
- renonce à la constitution de lots, alors qu'il serait possible et judicieux de le faire, ce qui a pour conséquence que seule une certaine grande entreprise est en mesure de présenter une offre.

- établit des critères d'aptitude spécifiques (spécifications techniques) qui ne sont pas nécessaires, dans le but d'exclure certains soumissionnaires.

• **Imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables** (qu'un maître d'ouvrage privé ne parviendrait pas à imposer):

- Imposition: les conditions ne peuvent être imposées qu'en raison du pouvoir de négociation particulier dont dispose la collectivité de droit public (p. ex. définir une manière de procéder spécifique si l'exigence d'un prix préférentiel n'est pas satisfaite).

- Inéquitable: les conditions ne présentent aucun rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie et apparaissent, par comparaison avec les relations commerciales entretenues avec des tiers acheteurs dépourvus de pouvoir sur la demande, comme inhabituelles.





Exemples: une collectivité de droit public puissante sur le marché...

- exige de l'entreprise de construction Y un rabais de 20% sur un marché pour lequel elle a déposé une offre et indique qu'à défaut, l'entreprise en question ne sera plus prise en considération dans le cadre de futurs appels d'offres. Le rabais de 20% a pour conséquence que l'entreprise ne parvient plus à couvrir ses coûts et le prix est nettement inférieur à celui qu'une collectivité de droit public d'un canton voisin a récemment payé pour un projet de construction similaire.
- impose des peines contractuelles disproportionnées dans le cadre de négociations contractuelles avec une entreprise de construction.
- répercute le risque lié aux caractéristiques du terrain sur l'entreprise de construction.
- impose des clauses de renonciation au renchérissement et/ou des clauses qui excluent le remboursement des dépenses pour imprévus (afin d'assurer sa propre sécurité des prix).

• **Limitation de la production ou des débouchés:**

La demande au niveau des marchés de construction est artificiellement réduite, par exemple pour pouvoir ensuite imposer des prix plus bas.

Exemple: un canton décide de ne mettre au concours en 2025 que la moitié des marchés de construction habituels, dans le but d'obtenir des entreprises de construction des prix nettement plus bas (pour tout de même obtenir des marchés) pour les marchés mis au concours.

• **Subordination de la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent**

des prestations supplémentaires: Une collectivité de droit public subordonne l'adjudication d'un marché de construction à des concessions de l'entreprise de construction qui n'ont aucun rapport raisonnable avec l'activité de base.

Exemples:

- Dans le domaine du bâtiment, une collectivité de droit public dispose d'un pouvoir de marché relatif par rapport à une entreprise de construction. Dans le domaine de l'horticulture, où l'entreprise de construction en question est également active, il existe toutefois divers autres acheteurs, plus attractifs. La collectivité de droit public fait miroiter à l'entreprise la réalisation d'un important complexe scolaire à la condition qu'elle accepte également de prendre en charge l'aménagement d'un parc.
- Les CFF adjugent un marché à une entreprise de construction, tout en subordonnant cette attribution à la condition que l'entreprise fasse à l'avenir transporter certaines marchandises par rail.

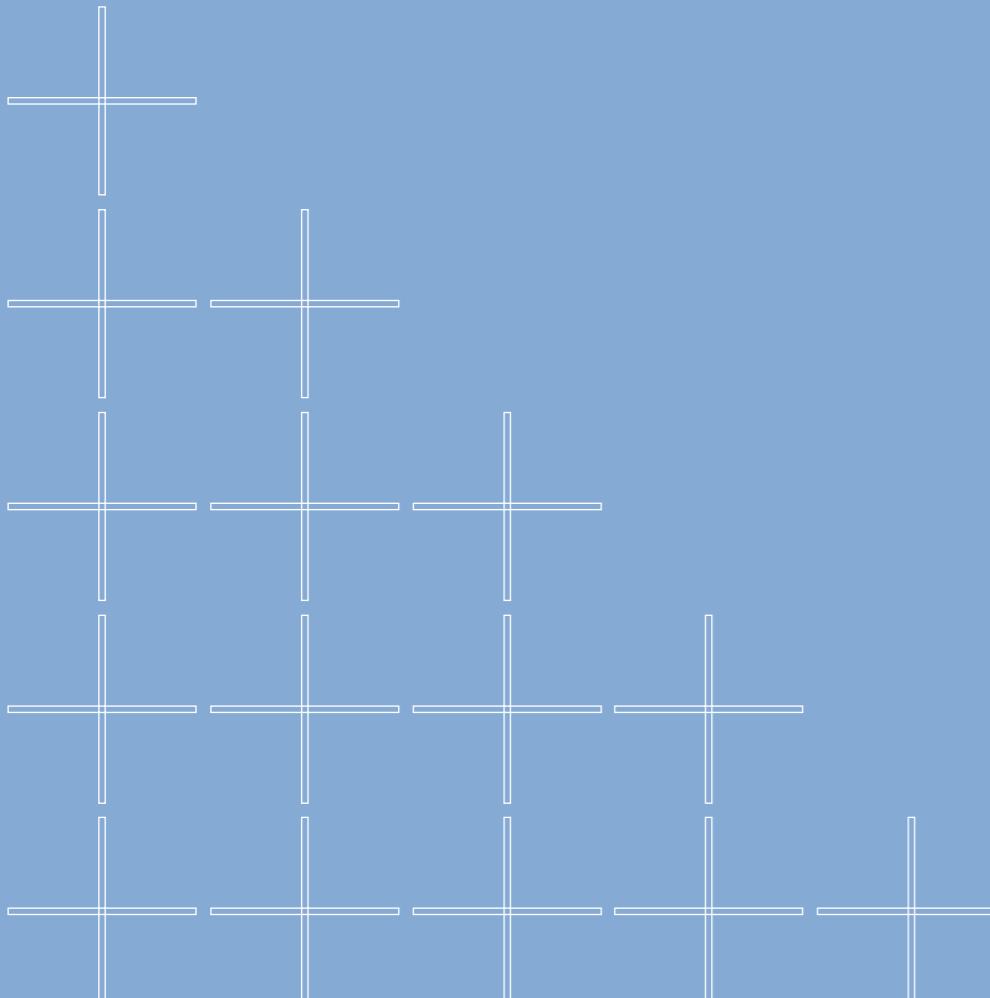
Après avoir constaté le caractère a priori abusif d'un comportement, les autorités en matière de concurrence examinent si celui-ci est justifié ou s'il existe **des motifs objectifs**. De tels motifs sont admis lorsque la collectivité de droit public concernée peut se prévaloir de principes commerciaux ou de raisons d'efficience, ou lorsque le comportement apparaît économiquement pertinent. Les entreprises puissantes sur le marché ont également droit à une certaine marge d'appréciation. Il est en outre licite qu'elles poursuivent leurs propres intérêts et protègent leur forte position sur le marché par des mesures appropriées (le droit des cartels ne vise pas à protéger contre la concurrence, mais vise à protéger la concurrence).

Les autorités en matière de concurrence sont très réticentes lorsqu'il s'agit, par exemple, de vérifier l'adéquation des prix. De plus, les exemples susmentionnés ne sont pas en soi abusifs; chaque cas doit être évalué pour lui-même et il convient ensuite d'examiner si le comportement incriminé peut être justifié par des motifs objectifs.

À l'heure actuelle, la littérature et la jurisprudence suisses relatives à l'abus du pouvoir sur la demande demeurent limitées, en particulier s'agissant des pouvoirs publics. À ce jour, les autorités et les tribunaux suisses n'ont, pour autant que l'on puisse en juger, jamais reconnu explicitement l'existence d'un abus imputable à une puissance publique disposant d'un pouvoir sur la demande. Cela met en évidence la faible importance qui a jusqu'ici été accordée à la problématique du pouvoir sur la demande, ainsi que le traitement plutôt marginal que les autorités en matière de concurrence et les tribunaux réservent à la thématique lorsqu'il est question des pouvoirs publics. Il semble que les autorités et les tribunaux partent en partie a priori du principe que l'administration agit conformément au droit.

Moyens de droit à disposition des entreprises concernées

Auteure: Josianne Magnin, avocate et docteure en droit



Les entreprises de construction concernées disposent en principe de trois voies de droit, qui présentent chacune des avantages et des inconvénients:

a. Procédure civile

Lorsqu'une entreprise de construction est empêchée d'accéder à la concurrence ou de l'exercer en raison d'un comportement abusif de la part d'une collectivité de droit public, elle a en principe la possibilité de saisir le tribunal civil compétent, par exemple pour intenter une action visant à

- requérir la cessation ou la suppression du comportement abusif; ou
- obtenir des dommages-intérêts et/ou une réparation morale.

En introduisant une procédure civile en matière de cartels, l'entreprise de construction demanderesse supporte d'une part le **fardeau de l'alléation et de la preuve**: elle doit démontrer au tribunal compétent l'existence d'un comportement abusif et l'étayer par des moyens de preuve adéquats.

D'autre part, elle supporte un **risque financier**: si elle succombe, elle doit non seulement supporter ses propres frais d'avocat, mais également payer les frais de procédure et, le cas échéant, des dépens à la collectivité de droit public. Le montant des dépens et des frais judiciaires est généralement fixé en fonction de la valeur litigieuse, qui est souvent élevée dans les litiges relevant du droit des cartels.

Jusqu'à présent, la procédure civile en matière de cartels a occupé en Suisse une place marginale et ce type de procédure est rare. Notamment en raison du fardeau de l'alléation et de la preuve mentionné ci-dessus ainsi que du risque financier, il est en règle générale plus judicieux (si tant est que cela soit possible) de commencer par engager une procédure basée sur le droit des cartels et/ou sur le droit des marchés publics.

b. Procédure basée sur le droit des cartels

Une entreprise qui soupçonne une collectivité de droit public d'abuser, à son encontre, de sa puissance sur le marché, peut s'adresser aux autorités en matière de concurrence (COMCO et Secrétariat) et déposer, notamment, une dénonciation formelle. L'entreprise concernée devra décrire les faits pertinents de la manière la plus précise possible et fournir les éventuels moyens de preuve. Les autorités en matière de concurrence décideront ensuite si elles ouvrent ou non une procédure, après des clarifications complémentaires. Elles disposent à cet égard d'une grande marge d'appréciation.

Si une enquête relevant du droit des cartels est menée, la COMCO peut, par sa décision, imposer à l'entreprise puissante sur le marché des obligations liées à son comportement sur le marché ainsi que des obligations de cessation ou approuver un éventuel accord amiable. Dans certains cas, la COMCO peut en outre prononcer des sanctions.

Les autorités en matière de concurrence doivent **en principe établir les faits d'office** (étant précisé que tant le dénonciateur que la collectivité de droit public ont certaines **obligations de collaborer**). Le dénonciateur peut participer à l'enquête soit comme partie, soit comme simple entreprise participante sans qualité de partie. Avec la seconde option, l'entreprise ne supporte en principe aucun risque de coûts. Même sans la qualité de partie, elle peut demander à consulter le dossier (les informations/preuves ainsi recueillies pouvant par ex. être utilisées dans le cadre d'une procédure civile).

Les autorités en matière de concurrence disposent déjà d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la question de l'ouverture d'une enquête de droit des cartels. Elles se concentrent principalement sur les affaires qui clarifient des questions juridiques importantes ou qui concernent des pratiques répandues. L'entreprise dénonciatrice ne dispose d'aucun droit à ce que les autorités en matière de concurrence ouvrent une procédure. De plus, ces dernières n'engageront des procédures à l'encontre de collectivités de droit public qu'avec retenue.

c. Procédure de recours en lien avec les appels d'offres

Finalement, il est possible d'attaquer par voie de recours les décisions en lien avec les appels d'offres (p. ex. l'appel d'offres lui-même, la décision d'adjudication) qui violeraient par exemple des dispositions du droit des cartels. Dans le cadre de cette procédure également, l'état de fait doit être constaté d'office par les autorités/tribunaux. L'entreprise concernée doit toutefois faire valoir les **griefs** pertinents. Comme en procédure civile, elle supporte en outre des **risques financiers** (en particulier les frais de procédure et les dépens).



Notre objectif est de contribuer à l'évolution des marchés publics vers une culture partenariale, propre à encourager l'innovation, à préserver la diversité du marché et à garantir des conditions de concurrence équitables pour l'ensemble des parties prenantes.

Position de l'association Infra Suisse

Appréhender de manière nuancée le pouvoir sur la demande dans le domaine de la construction d'infrastructures

Les retours de plus en plus nombreux émanant de la branche quant au comportement des maîtres d'ouvrage publics révèlent une évolution qui doit être prise au sérieux. Les entreprises de construction du secteur des infrastructures se trouvent en effet confrontées de manière croissante à des pratiques de passation des marchés qu'elles perçoivent comme l'expression de positions dominantes, accompagnées d'une pression économique accrue sur les exécutants. Infra Suisse observe ces tendances avec préoccupation et s'engage afin qu'elles ne soient ni généralisées ni passées sous silence, mais qu'elles fassent l'objet d'une analyse nuancée et soient traitées de manière constructive.

La présente publication met en lumière l'absence, à ce jour en Suisse, d'une approche établie et cohérente quant à la qualification juridique du pouvoir sur la demande exercé par les entités adjudicatrices publiques. Qu'il s'agisse d'une position dominante, d'un pouvoir de marché relatif ou d'un usage potentiellement abusif de rapports de force structurels, l'analyse et la qualification doivent toujours s'opérer de manière spécifique au cas en question. Une appréciation sobre et objective est requise: à l'abri de toute accusation générale, mais sans occulter les déséquilibres structurels existant au sein des rapports de pouvoir.

Infra Suisse se veut une représentante engagée des intérêts des entreprises de construction du secteur des infrastructures, tout en assumant le rôle d'interlocuteur constructif à l'égard des pouvoirs adjudicateurs publics. Dans ce rôle d'intermédiaire, nous nous engageons en faveur d'une nouvelle culture de l'adjudication et de la coopération dans le domaine des marchés publics: une culture empreinte de respect mutuel, de transparence et des relations d'égal à égal. Cette approche implique également la disposition à aborder ouvertement les asymétries structurelles de pouvoir, sans esprit de confrontation, mais avec clarté et dans une perspective orientée solutions.

Il ne relève pas de la responsabilité d'Infra Suisse de procéder à l'appréciation juridique de situations concrètes. Cette tâche incombe aux entreprises concernées, idéalement avec le concours de conseillers juridiques spécialisés.

Il n'en demeure pas moins que, lorsque la voie juridique ne paraît ni appropriée ni de nature à conduire au résultat escompté, un dialogue constructif avec les maîtres d'ouvrage publics constitue la voie la plus durable.

Pour ces situations, Infra Suisse en appelle à la responsabilité des adjudicateurs publics, les invitant à être conscients de leur pouvoir dans le cadre de la passation des marchés et à en user dans un esprit de collaboration équitable et partenariale.

En tant qu'association, nous offrons notre soutien aux entreprises, en particulier lorsqu'il s'agit de développer des solutions communes dans le cadre d'un échange direct avec les adjudicateurs publics. Notre objectif est de contribuer à l'évolution des marchés publics vers une culture partenariale, propre à encourager l'innovation, à préserver la diversité du marché et à garantir des conditions de concurrence équitables pour l'ensemble des parties prenantes.



- in** Verband Infra Suisse
- f** verband.infrasuisse
- o** infrasuisse
- t** InfraSuisse