

Intervention parlementaire. Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention: 042-2019
Type d'intervention: Motion
Motion ayant valeur de directive: ☐
N° d'affaire: 2019.RRGR.60

Déposée le: 04.03.2019

Motion de groupe: Non
Motion de commission: Non
Déposée par: Köpfli (Bern, pvl) (porte-parole)

Cosignataires: 5

Urgence demandée: Oui
Urgence accordée: Non 07.03.2019

N° d'ACE: 860/2019 du 21 août 2019

Direction: Direction des finances

Classification: –

Proposition du Conseil-exécutif: **Vote point par point**

1. Adoption sous forme de postulat
2. Adoption et classement
3. Adoption sous forme de postulat

Dopage en sport ou cartels en économie: même duperie, même peine!

Le Conseil-exécutif est chargé :

1. d'intenter systématiquement une action en dommages-intérêts lorsque des entreprises qui ont obtenu dans le passé des mandats du canton ont été condamnées pour ententes illégales (cartels) et que cette condamnation est entrée en force ;
2. de créer une base légale afin que les entreprises ayant été condamnées en dernière instance pour ententes illégales (cartels) puissent être exclues temporairement voire définitivement – en cas de récidive et dans les cas particulièrement graves – des appels d'offres du canton de Berne ;
3. de créer une base légale afin que la Commission de la concurrence (COMCO) puisse exiger à tout moment, dans les délais et sous la forme qu'elle décidera, les documents nécessaires

(p. ex. procès-verbaux d'ouverture des offres) à l'analyse systématique des ententes sur les prix.

Développement :

La Commission de la concurrence (COMCO) a infligé à des producteurs de gravier et de béton de la région de Berne une sanction pécuniaire de quelque 22 millions de francs pour entente illégale sur leurs prix. Il convient bien entendu de respecter la possibilité qu'ont les entreprises concernées de contester cette sanction devant le Tribunal administratif fédéral. Cela ne doit cependant pas empêcher le canton de Berne de prendre des mesures plus efficaces visant à lutter contre les cartels dans le canton de Berne et à empêcher ces derniers.

Les cartels nuisent non seulement au consommateur et au contribuable dans le canton de Berne, ceux-ci payant des prix surfaits, mais aussi à toutes les entreprises qui respectent les règles du jeu.

Il est donc important de demander systématiquement à l'avenir aux entreprises qui trichent de rendre des comptes : d'un côté par des exigences en dommages et intérêts, de l'autre par une exclusion des appels d'offres publics, à l'image de ce qui se fait aussi dans le sport à l'égard de celles et ceux qui pratiquent le dopage. Dès la première condamnation entrée en force, cette exclusion doit s'appliquer un certain temps, et de manière définitive en cas de récidive ainsi que dans les cas particulièrement graves.

Enfin, une collaboration systématique du canton avec la COMCO est également indiquée. Dès 2017, j'avais suggéré que le canton remette à la COMCO, à des fins d'analyse statistique, les procès-verbaux d'ouverture des offres concernant les marchés publics. Grâce à cette méthode, la COMCO a pu révéler en 2016 l'existence en Suisse orientale d'un cartel regroupant huit entreprises de construction de routes et de génie civil. Le Conseil-exécutif avait indiqué à l'époque que la condition nécessaire était « une base légale suffisante, qu'il convenait d'examiner voire de créer ». Les événements récents montrent qu'il est plus que temps d'agir.

Les instruments réclamés dans le cadre de la présente motion ne servent pas uniquement à sanctionner les entreprises condamnées, ils déploient également un effet préventif. Lorsque la probabilité d'être attrapé et condamné augmente, la tentation de mettre en place des ententes illégales diminue automatiquement.

Motivation de l'urgence : la sanction de la COMCO révèle l'existence d'ententes illégales sur les prix dans le canton de Berne également. Il est donc nécessaire de prendre immédiatement les mesures qui s'imposent pour lutter plus efficacement contre de telles ententes et les empêcher à l'avenir. (Si les entreprises récemment sanctionnées devaient être acquittées en dernière instance, les bases légales envisagées constitueraient néanmoins une aide pour lutter à l'avenir contre de telles ententes et les empêcher.)

Réponse du Conseil-exécutif

1. Le Conseil-exécutif renvoie en premier lieu à sa [réponse du 15 mai 2019](#) à la motion 053-2019 «Mesures de lutte contre les cartels du gravier et du béton», où il rapportait ceci :

« Le gouvernement condamne toutes les ententes cartellaires interdites et s'est toujours engagé, dans le cadre de ses compétences toutefois très limitées, pour la libre concurrence. Il reconnaît que le sujet est d'intérêt public et hautement sensible et, considérant que des mesures concrètes s'imposent dans le domaine EDT (extraction de matériaux, décharges et transports), partage la position des motionnaires. (...) »

A quelques exceptions près, le canton de Berne n'a pas directement conclu de contrat avec des entreprises exploitant des gravières ou des décharges. Il n'a affaire qu'à des entreprises du bâtiment et ne sait pas le prix auquel elles achètent le gravier. Etant donné que le canton de Berne fait des appels d'offres, il peut partir du principe que les prestations qu'il paie sont les plus avantageuses sur le marché. Il est toutefois impossible d'exclure que le canton a subi, en tant que maître d'ouvrage de routes et de bâtiments, des dommages financiers. En 2018, la TTE a déjà chargé des juristes d'établir si et de qui le canton pouvait exiger un remboursement des surcoûts selon la législation sur les cartels. L'avis de droit conclut que les chances d'obtenir une indemnisation sont très faibles, tandis que le risque lié à la procédure peut être très grand.

Pour se laisser la possibilité d'intenter une action, le canton a obtenu des entreprises concernées par le rapport de la COMCO qu'elles renoncent au délai de prescription. Il étudiera une nouvelle fois la possibilité d'intenter une action après l'entrée en force de la décision de la COMCO.»

Le Conseil-exécutif maintient qu'il ne tolère ni entente ni quelque autre sorte de pratique anticoncurrentielle. Les clarifications juridiques mentionnées plus haut ont toutefois révélé que les actions en dommages-intérêts intentées pour cause de nuisance occasionnée par un cartel n'ont que de faibles chances d'aboutir et que le risque lié à la procédure est élevé, en particulier si le comportement anticoncurrentiel n'est pas directement imputable aux partenaires contractuels du canton mais à leurs fournisseurs. Le Conseil-exécutif refuse donc d'intenter systématiquement une action dans de tels cas, et souhaite plutôt examiner au cas par cas cette éventualité selon les chances d'aboutir et les risques que présenterait une telle action.

Le Conseil-exécutif entend en outre prendre des mesures qui lui permettent de faire valoir plus efficacement qu'avec une action en dommages-intérêts des dommages résultant d'une entente cartellaire lors de futurs achats de grande ampleur ou potentiellement sujets à des ententes cartellaires. Il peut par exemple s'agir de garanties bancaires que les soumissionnaires devraient fournir pour se protéger d'éventuels dommages résultant d'une entente cartellaire, ou de peines conventionnelles convenues par contrat pour les cas de pratique anticoncurrentielle. L'Office des ponts et chaussées prévoit déjà ce genre de pénalités dans ses contrats standards. Il va maintenant falloir examiner l'extension de cette pratique à l'ensemble de l'administration.

Le Conseil-exécutif propos donc d'adopter le chiffre 1 de la motion sous forme de postulat.

2. La base légale qu'exige l'auteur de la motion existe déjà. La loi sur les marchés publics (LCMP ; RSB 731.2) précise en effet ceci à l'article 8 :

« ¹ Si l'adjudicataire enfreint les dispositions de mise en soumission, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice peut révoquer la décision d'adjudication, en particulier quand l'adjudicataire (...) »

e a conclu des ententes qui empêchent ou entravent considérablement une véritable concurrence (...).

² Dans les cas graves, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice peut en outre exclure l'adjudicataire de ses procédures d'adjudication futures pour une durée maximale de cinq ans. »

Les projets de révision totale et d'uniformisation des législations sur les marchés publics de la Confédération et des cantons prévoient également que les services d'achat puissent dans des cas de ce genre exclure des soumissionnaires ou des sous-traitants faillibles « pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés » ou leur « infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du prix final de l'offre »¹.

La demande de l'auteur de la motion est ainsi déjà satisfaite, sauf concernant l'exclusion définitive des entreprises fautives des appels d'offres du canton. Mais le Conseil-exécutif rejette cette demande, car elle ne serait pas compatible avec la nouvelle législation intercantonale prévue. Une exclusion définitive pourrait en outre s'avérer disproportionnée au regard de la Constitution. Le Conseil-exécutif estime que l'amende prévue dans la nouvelle législation à venir est un moyen plus efficace pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles.

Le Conseil-exécutif propose par conséquent d'adopter et de classer le chiffre 2 de la motion.

3. Le Conseil-exécutif est d'accord pour créer une base légale pour les livraisons de données à la COMCO. Procéder au niveau national à des analyses statistiques des données des offres est un moyen approprié pour détecter des comportements anticoncurrentiels. Il est ressorti des entretiens que l'administration a eus avec le secrétariat de la COMCO que ce genre de données intéressait en principe celle-ci. Cette demande sera prise en compte dans la prochaine révision totale du droit cantonal sur les marchés publics rendue nécessaire par la révision totale de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) susmentionnée.

Pour que le canton de Berne puisse fournir à la COMCO des données complètes et exactes, il faut que celles-ci soient prélevées dans l'administration si possible dans leur intégralité et de manière uniforme au moins par secteur de marché. Or tel n'est actuellement pas encore le cas. L'administration vérifiera en collaboration avec la COMCO à partir de quand et comment cela peut être fait au moindre coût possible. Il sera peut-être envisageable environ à partir de 2025 de prélever ces données dans le cadre de la mise en place prévue d'un système PGI pour les fonctions de logistique de l'administration.

Le Conseil-exécutif propose donc d'adopter le chiffre 3 de la motion sous forme de postulat.

Destinataire

- Grand Conseil

¹ Art. 45, al. 1 du [projet du 15 février 2017](#) de révision totale de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).