

WEKO Transport de marchandises et déchets en Valais vom 10. Juni 2024

WEKO, 2024-06-10, FR

Quelle:

https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Transport_de_marchandises_et_d_chets_en_Valais

FR: WEKO Transport de marchandises et déchets en Valais du 10 juin 2024

IT: WEKO Transport de marchandises et déchets en Valais del 10 giugno 2024

Regeste

Transport de marchandises et déchets en Valais

Erwägungen

E. 42

En date du 22 mai 2023, Favre Martigny a répondu aux propositions de secrets d'affaires de l'autorité, lesquelles ont été acceptées après quelques modifications. 65

E. 43

En date du 24 juillet 2023, le Secrétariat a transmis à Favre Martigny, TMR et Retripa la note du Secrétariat sur les accords amiables ainsi que les conditions générales de négociations. 66 Les trois entreprises y ont répondu favorablement en signant les conditions

52 A I.56.

53 A I.55.

54 A I.58.

55 A I.59.

56 A I.60.

57 A I.61.

58 A I.62.

59 A I.65.

60 A I.63 et A I.64.

61 A V.C.1, A V.C.2, A V.C.3 et A V.C.4.

62 A V.C.5, A V.C.6, A V.C.7 et A V.C.8.

63 A I.66.

64 A I.67.

65 A I.69, A I.70 et A I.71.

66 A I.a.1, A I.b.1 et A I.c.1.

9 générales préluant l'ouverture de négociations. 67 Les mêmes documents ont été transmis à Favre et Studer en date du 11 septembre 2023. 68 Favre et Studer y a également répondu favorablement. 69

E. 44

En date du 16 août 2023, des actes supplémentaires ainsi que les réponses aux questionnaires de Favre Martigny ont été soumis avec des propositions de secrets d'affaires à Favre Martigny, 70 laquelle y a répondu en date du 11 octobre 2023. 71 En date 19 octobre 2023, Favre Martigny a pris connaissance des procès-verbaux de Favre et Studer, 72 et a reçu une copie de certains actes. 73

E. 45

En date du 18 octobre 2023, les trois actionnaires du CTM ont annoncé au Secrétariat avoir décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise CTM. 74

E. 46

Trois entreprises ont signé un accord amiable en date du 7 novembre 2023 ; 75 le dernier accord a été signé en date du 29 novembre 2023. 76

E. 47

En date du 6 décembre 2023, l'autorité a informé les parties des prochaines échéances de la procédure suite à la signature des accords amiables. 77

A.3.2 Autodénonciation de Favre et Studer

E. 48

Au cours de la perquisition de l'entreprise Favre et Studer, cette dernière a procédé à une autodénonciation par renvoi du formulaire de marqueur pour les autodénonciations, daté et signé du 28 avril 2021. 78 Le Secrétariat a confirmé la réception du marqueur à l'entreprise Favre et Studer par e-mail du 28 avril 2021. 79

E. 49

Favre et Studer a complété son autodénonciation, laquelle se limite uniquement à l'appel d'offres de [...], lors des auditions du 28 avril 2021 et du 7 juin 2022. 80

B En fait

B.1 Remarques générales concernant l'établissement des faits

E. 50

indiqué « Centre de transfert à Martigny de l'entreprise retenue pour le transport des ordures ménagères de Martigny-Combe ». 400

B.5.3 Appréciation des preuves

B.5.3.1 Contact avant le dépôt des offres pour la commune de Martigny-Combe 236. De l'échange d'e-mails du 25 octobre 2019 ainsi que des déclarations de Favre Martigny et de TMR, il ressort que ces deux entreprises se sont contactées par e-mail et par téléphone avant le dépôt des offres pour la soumission organisée par la commune de Martigny-Combe. Dans un premier temps, [...] voulait que les futurs actionnaires du CTM se mettent d'accord sur les prix de transfert des déchets du (futur) CTM à l'exutoire, ce que [...] n'a pas souhaité vu que le CTM n'était pas encore constitué. Par la suite, TMR a voulu sous-traiter le transport des ordures ménagères à Favre Martigny, vu que cette dernière possède un quai de transfert. [...] a communiqué à TMR un prix plus élevé que celui qu'il a calculé pour l'offre de Favre Martigny. En outre, le prix était si haut que TMR a décidé d'effectuer la tâche elle-même. Si le premier échange a été fait par e-mail, le deuxième échange pour la sous-traitance a été

fait de manière informelle et très certainement par téléphone. Les deux échanges sont survenus avant le dépôt des offres pour la commune de Martigny-Combe.

B.5.3.2 Discussion sur des tarifs communs pour le transport de déchets 237. Contrairement aux déclarations de Favre Martigny, [...], auteur de l'e-mail du 25 octobre 2019, a indiqué vouloir s'entendre sur l'ensemble des prix de transfert, et non pas seulement sur le prix de transfert des ordures ménagères. Ce besoin d'uniformité aurait été dicté par la création prochaine du CTM. [...] n'est pas entré en la matière spécifiquement pour la soumission de Martigny-Combe, précisant simplement qu'il était nécessaire de se rencontrer pour fixer les règles générales du CTM et quand son activité débutera. 238. Il est retenu ici qu'il existe une tentative de s'entendre sur les prix de transfert, constituant au moins un élément de prix dans les offres déposées. Cette tentative a été avortée en raison du refus de Favre Martigny de donner suite à la proposition de TMR. En outre, il est également retenu que les prix de transfert sont identiques entre les actionnaires du CTM tant pour les soumissions publiques que pour les acteurs privés dès lors que le CTM est mis en activité. Il y sera revenu sous B.6.

B.5.3.3 Demande de sous-traitance du transport des ordures ménagères 239. TMR a demandé à Favre Martigny une offre de sous-traitance pour le transfert des ordures ménagères. Sa demande se justifie car la commune privilégiait une approche écologique et que Favre Martigny était la seule entreprise dans la région immédiate de Martigny à disposer d'un quai de transfert pour les ordures ménagères permettant de rationaliser les transferts de la commune de Martigny-Combe. En outre, Favre Martigny a accepté lors d'une séance avec la commune Martigny-Combe que des ordures ménagères de concurrents transitent par son quai, ce qui a été communiqué à TMR par e-mail. Il était donc logique que TMR cherche à sous-traiter le transfert des ordures auprès de Favre Martigny. Toutefois, le prix indiqué à TMR était trop élevé et TMR a préféré exécuter la prestation elle-même. Par la suite, la commune était désireuse d'économie et TMR a pu obtenir de Favre Martigny un prix de transfert inférieur au prix de CHF 25 auquel TMR avait soumissionné. Le potentiel d'économie s'est chiffré à CHF 1.45 soit à 8 % environ du prix de TMR pour la tonne d'ordures ménagères.

400 A V.A.31, p. 283 du document pdf.

51 B.5.3.4 Résultats de l'administration des preuves 240. Au vu de ce qui précède, il est retenu l'existence de contacts avant le dépôt des offres pour la soumission de Martigny-Combe entre les entreprises Retripa, TMR et Favre Martigny. TMR a essayé d'engager les autres parties dans des discussions sur les prix de transfert de tous les déchets du CTM à l'exutoire afin que ces prix soient identiques déjà avant le début de l'activité du CTM. Cette tentative a avorté car l'activité du CTM n'avait pas encore débuté. Suite à cela, TMR a demandé une offre de sous-traitance pour la partie du transport des ordures ménagères à Favre Martigny, précisément car elle était seule à disposer d'un quai de transfert dans la région immédiate de Martigny. Favre Martigny a communiqué à TMR un prix trop élevé et TMR a par conséquent décidé d'effectuer la prestation elle-même. Par la suite et sur demande de la commune, TMR a transféré les déchets par le Quai Favre et elle a bénéficié d'une réduction de CHF 1.45, correspondant à 8 % de la valeur du transport.

B.6 Création d'un centre de transfert à Martigny (CTM) 241. Dans les considérants qui suivent, l'autorité examine l'entreprise CTM, constituée par les entreprises Favre Martigny, TMR et Retripa, pour la création d'un centre de transfert et de tri à Martigny. Après une

introduction générale sur le CTM (N 283 ss), il sera examiné en détail : - Le but poursuivi par les actionnaires (N 288 ss) ; - L'organisation du CTM (N 291 ss) ;

- La valeur ajoutée du CTM dans le cycle du déchet (N 294 ss) ; - Les effets potentiels des prix du CTM sur le marché (N 301 ss).

B.6.1 Moyens de preuve

B.6.1.1 Pièces 242. Pour examiner les questions de fait pertinentes pour le cas d'espèce, l'autorité se fonde sur les pièces suivantes :

- Le protocole d'intention concernant la création du CTM et les e-mails d'échange à ce sujet, du 19 au 22.05.2017. 401 - Un document interne « base de travail » non daté. 402

- Un document « présentation CTM SA » à l'intention d'une commune et son e-mail d'accompagnement de [...] à [...] et [...], datés du 22.08.2018. 403 - Projet de statuts pour la société CTM SA et correspondance électronique y relative entre Favre Martigny, Retripa et TMR, entre le 12.03 et le 14.06.2019. 404 - E-mail de [...] à [...] et [...] et son annexe « RECAP – TOUS », du 22.08.2019. 405

401 A III.A.14, A III.A.15, A III.A.16 et A III.A.17.

402 A III.A.20.

403 A III.A.23.

404 A III.A.24 et A III.A.28 et A III.A.29.

405 A III.A.34.

52 - Echange d'e-mails entre de [...] et [...] concernant les tonnages de verre de TMR et annexe, du 28.08.2019. 406 - E-mail de [...] à [...] concernant les tarifs de transport, du 20.09.2019. 407 - E-mail de [...] à [...], [...], [...], [...] et [...] avec fichier Excel « RECAP – TOUS » en annexe, du 16.12.2019. 408

- E-mail d'[...] (TMR) à [...], [...], [...] et [...] avec en annexe les statuts du CTM ainsi que la convention d'actionnaires, du 11.03.2020. 409 - E-mail d'[...] (TMR) à [...], [...], [...] et [...] avec en annexe la convention d'actionnaires ainsi que les statuts du CTM mis à jour, du 13.07.2020. 410 - Echange d'e-mails entre les actionnaires du CTM sur les listes de prix internes au CTM du 27.08 au 30.11.2020. 411

- Echange d'e-mails entre [...] et [...] sur les prix, du 4.12.2020. 412 - Projet de convention d'actionnaires du 1.02.2021. 413 - E-mail de [...] à [...] concernant les tarifs de Retripa à Favre Martigny, du 1.02.2021. 414

B.6.1.2 Renseignements des parties

B.6.1.2.1 Renseignements de l'entreprise Favre Martigny Auditions 243. Lors de l'audition du 22 juin 2022, [...] a déclaré que l'idée du CTM était apparue en raison d'une menace de l'extérieur, Favre Martigny ayant appris par un de leurs fournisseurs de camions qu'Helvetia Environnement voulait attaquer le marché valaisan et y établir une base. 415 Des réflexions auraient été faites pour savoir comment optimiser les prix en limitant les kilomètres et comment limiter l'impact environnemental tout en optimisant les quantités (en rationalisant les quantités transportées). 416 [...] a résumé en déclarant qu'il s'agissait en somme d'être en mesure de proposer des prix concurrentiels, 417 et qu'il ne savait plus de qui l'idée était partie en premier mais que cela s'est fait de fil en aiguille sur plusieurs mois.

418 Le protocole d'intention de 2017 résulterait de plusieurs mois de réflexion ; les discussions pour

406 A III.A.35 et A III.A.36.

407 A III.A.37.

408 A III.A.40.

409 A III.A.41.

410 A III.A.43.

411 A III.A.50, A III.A.51, et A III.A.52.

412 A III.A.54.

413 A III.A.57 et A III.A.59.

414 A III.A.58.

415 A IV.4, I. 795 à 797.

416 A IV.4, I. 808 à 811.

417 A IV.4, I. 812 à 813.

418 A IV.4, I. 819 à 820.

53 la constitution du CTM auraient débuté en 2016, 419 et le CTM aurait été créé en août 2020 avant de débuter son activité en avril 2022. 420 244. [...] a expliqué spontanément le fonctionnement du CTM en déclarant que le CTM permettrait un meilleur tri des déchets (séparation entre les déchets à valoriser et ceux à incinérer). Retripa aurait le savoir-faire, TMR le site et Favre Martigny les semi-remorques pour évacuer les déchets en gros volumes. A travers le CTM, sur le site de TMR (soit le site des Vorziers uniquement), il n'y aurait pas de déchets de communes qui transiteraient, il s'agirait plutôt de mandats privés. Par exemple, un artisan pourrait directement déposer ses déchets au CTM à la place d'aller jusqu'à la SATOM. L'artisan économiserait ainsi le trajet tout comme la SATOM économiserait les opérations de pesage y relatives et le temps d'attente serait diminué pour les autres utilisateurs de la SATOM. 421 245. Le CTM offrirait les prestations suivantes, pour tous types de déchets : massification, tri et optimisation des transports. 422 Le CTM ne posséderait lui-même pas de camion et mandaterait en priorité TMR ou Favre Martigny pour les transports et Retripa pour la valorisation des déchets. En cas de transport désavantageux refusé par TMR et Favre Martigny, le CTM s'adresserait à des entreprises tierces. 423 246. Sur présentation du document Excel « CTM - RECAP – TOUS », [...] a indiqué que ces chiffres permettaient d'établir le budget prévisionnel en projetant l'évolution des tonnages sur la base des chiffres actuels. Les tonnages pour chaque déchet se rapporteraient aux volumes de déchets traités par chaque entreprise et prendraient en compte seulement les déchets qui transiteraient par le site du CTM. Par exemple, Favre Martigny amènerait directement à la SATOM les ordures ménagères qu'elle collecte à Saint-Maurice, sans faire de détour par le CTM. En outre, Retripa traiterai des volumes bien plus élevés que ceux annoncés sur ce document. 424 [...] a précisé qu'il y a une réciprocité entre les volumes de déchets qu'un actionnaire apportait au CTM et ce qu'il en retirait en matière de sous-traitance pour le transport à l'exutoire. 425 [...] a synthétisé le CTM en indiquant qu'il utilisait la synergie des volumes des actionnaires. 426 247. A la

question de savoir s'ils avaient la même connaissance des volumes de déchets traités par chacun avant l'échange du document Excel, [...] a répondu que non et que la seule valeur qui est publique, ce sont les tonnages d'ordures publiés par la SATOM ; les tonnages sont répartis par commune et les transporteurs savent qui s'occupe des déchets de quelle commune. Toutefois, ces informations ne serviraient en rien en termes concurrentiels, et serviraient uniquement à établir un budget prévisionnel. 427 L'abréviation « PM » désignerait le prix moyen à l'entrée déterminé par le cours d'exploitation, les charges, etc., divisés par le nombre de tonnes de déchets à entrer. Le tableau Excel serait une projection pour voir si le projet était viable. 428 A l'origine, il était prévu une liste de prix « grossistes » et une liste de prix « particuliers », comme dans tous les centres de tri et usines d'incinération, expliquant l'existence de différentes listes de prix. La SATOM pratiquerait ainsi une liste de prix « privés » et une liste de prix « centre de tri ». 429

419 A IV.4, I. 825 à 829.

420 A IV.4, I. 831 à 834.

421 A IV.4, I. 840 à 851.

422 A IV.4, I. 856 à 858.

423 A IV.4, I. 864 à 877.

424 A IV.4, I. 894 à 916.

425 A IV.4, I. 920 à 922.

426 A IV.4, I. 923.

427 A IV.4, I. 924 à 931.

428 A IV.4, I. 933 à 943.

429 A IV.4, I. 959 à 972.

54 248. Me Sakkas, avocat de Favre Martigny, est intervenu pour demander s'il existait d'autres structures correspondant au CTM et [...] a indiqué qu'il existait de nombreux centres de tri identiques comme Sogetri SA à Carouge, propriété d'Helvetia Environnement, Vatri SA à Colombier (partenariat public-privé), Strid SA à Yverdon (entreprise publique), Vadec SA à la Chaux de Fond, Valorsa SA à Penthaz, Tridranses SA à Vollèges ou encore Ecobois à Vétroz. A la demande du Secrétariat de savoir si ces entreprises sont des groupements de transporteurs, [...] a précisé qu'il y avait tous les cas de figure et qu'ils s'étaient basés sur Vadec SA pour les statuts du CTM, laquelle était détenue à 49 % par des collectivités publiques et à 51 % par des acteurs privés. Ces acteurs privés ne seraient pas tant des transporteurs que des récupérateurs et des recycleurs. 430 Réponses au questionnaire du 2 septembre 2022 249. Dans ses réponses du 24 octobre 2022 au questionnaire du Secrétariat du 2 septembre 2022, Favre Martigny a déclaré que les actionnaires du CTM avaient des « corp business » différents. Le domaine de prédilection de Favre Martigny serait le transport de marchandises, celui de Retripa la gestion des déchets (exutoire) et celui de TMR le transport de personnes par route et trains. 431 Le CTM aurait pour finalité d'optimiser les transports de déchets vers les exutoires, à savoir une massification des déchets consistant en un regroupement et une élimination du foisonnement dans de grands véhicules afin de diminuer les coûts de transport. Par ailleurs, le CTM aurait également une fonction de tri des déchets industriels afin d'en extraire les

éléments valorisables. 432 250. Favre Martigny disposerait d'un centre de transfert à la rue du Levant à Martigny et il était prévu que ses infrastructures (quai, terrain, balance, etc.) et locaux soient loués au CTM, ce qui n'a jamais été mis en œuvre. TMR louerait également au CTM son site qui est un centre de transfert tandis que Retripa louerait les équipements nécessaires au centre de tri et mettrait à disposition ses compétences. Selon Favre Martigny, le CTM devait engager le personnel nécessaire à son exploitation. 433 Tous les types de déchets transiteraient par le CTM. 434 251. Selon les réponses de Favre Martigny, l'idée de constituer le CTM a progressivement germé lors de discussions informelles intervenues lors de rencontres (ASTAG, ATRED). Le but était d'obtenir une efficacité économique. Les actionnaires ont été sélectionnés selon leurs compétences, leurs volumes de déchets ainsi que leurs sites. En outre, l'activité des actionnaires devait s'inscrire dans un rayon d'action relativement proche du CTM. 435 L'actionnariat du CTM serait ouvert et d'autres entreprises auraient manifesté leur intérêt de manière informelle. 436 252. Les premières discussions pour le CTM auraient débuté dès 2017 suite à des rencontres et des discussions informelles lors d'assemblée de l'ASTAG et de l'ATRED ; le processus aurait pris beaucoup de temps. D'après les réponses de Favre Martigny, le CTM aurait été constitué par-devant notaire le 24 juillet 2020, l'Etat du Valais aurait délivré l'autorisation d'exploiter le 8 février 2022 et le CTM aurait été officiellement ouvert à tous les clients intéressés le 16 mai 2022. 437 253. Favre Martigny cherchait à optimiser le tri des déchets, en particulier des déchets de chantier et industriels tout comme elle cherchait à augmenter les tonnages transportés par ses

430 A IV.4, I. 1005 à 1018.

431 A I.20, p. 9, réponse à la question 2.

432 A I.20, p. 11, réponse à la question 6 et p. 17 réponse à la question 30.

433 A I.20, p. 12, réponse à la question 7 et 8.

434 A I.20, p. 13, réponse à la question 12.

435 A I.20, p. 13, réponse à la question 14 et 15.

436 A I.20, p. 14-15, réponses aux questions 18 et 19.

437 A I.20, p. 15-16, réponse à la question 23.

55 véhicules. 438 TMR avait également pour intérêt d'optimiser le transport, le tri des déchets et de louer son site au CTM. 439 Quant à Retripa, le CTM lui permettait de disposer d'une base de dépôt sur Martigny, soit diminuant les kilomètres à vide pour la clientèle de la région octodurienne tout en optimisant l'usage du matériel, la valorisation de ses connaissances ainsi que l'expertise dans le tri des déchets. 440 Par rapport à la situation qui prévalait avant le CTM, le CTM effectue plus de tri permettant la valorisation de matériaux. L'exemple même en est la petite benne de chantier contenant du matériel mélangé : la benne devait être versée au sol et le tri effectué à la main par obligation. Le CTM effectuait le tri au moyen de machines sur place améliorant l'efficacité économique et le respect des normes environnementales de plus en plus contraignantes. 441 Principalement, le tri à grande échelle et le broyage du bois (nécessaire à sa massification) sont des prestations devenues possibles avec la création du CTM. 442 254. D'après Favre Martigny, [...] de Retripa est le responsable opérationnel du CTM tandis que [...] est le responsable administratif du CTM. 443

255. Le CTM disposerait d'une liste de prix pour les clients privés, une pour les entreprises et une pour les membres, correspondant à ce qui se fait dans des sociétés similaires. 444 L'annexe 35 aux réponses de Favre Martigny indique que la SATOM distingue quatre types de clients : les communes actionnaires, les entreprises professionnelles d'élimination de déchets (y compris les centres de tri), les entreprises privées (comme des commerces, des industries, des paysagistes ou des communes hors zone) et les privés. 445 Les listes de prix du CTM diffèreraient en raison des quantités apportées, car les petites fractions des privés coûteraient plus cher que les dépôts des entreprises ou des grossistes, notamment parce que les procédures administratives (émission de bon de pesage entrée/sortie) coûteraient la même chose pour une livraison importante ou faible de déchets. 446 Par ailleurs, le directeur de l'exploitation du CTM pourrait s'écarter de la liste de prix du CTM si le client annonce une grosse quantité d'un déchet (bois par exemple). 447 256. En ce qui concerne le fichier « CTM – RECAP – TOUS », Favre Martigny a indiqué qu'il s'agissait d'une estimation de ses apports en tonnage, précisant que cela ne correspondait pas à la totalité des tonnages de sa société. En outre, l'origine des déchets transitant par le CTM, proviendrait d'un rayon d'environ 25 kilomètres depuis le siège de la société, soit principalement de la plaine du Rhône de Riddes à Collonges, de la vallée du Trient, de Martigny-Combe et de Bovernier. 448 Le prix moyen indiqué pour chaque déchet correspondrait à des estimations en vue d'établir un budget provisionnel. Les prix seraient estimés selon plusieurs facteurs, soit le prix du marché, les coûts de reprise (prix de l'exutoire), le travail à effectuer sur le déchet (triage), la distance entre le site de reprise et la destination du déchet ainsi que sur les quantités estimées. 449 Selon Favre Martigny, le fichier Excel différencie entre un prix d'entrée et un prix de sortie et cette différence correspond aux coûts d'exploitation soit à l'administration, la comptabilité, le personnel, la location des machines et des terrains, l'amortissement des infrastructures, les transports vers l'exutoire, les assurances, les

438 A I.20, p. 17, réponse à la question 30.

439 A I.20, p. 18, réponse à la question 31.

440 A I.20, p. 18, réponse aux questions 32-33.

441 A I.20, p. 18, réponse à la question 34.

442 A I.20, p. 18, réponse aux questions 35.

443 A I.20, p. 19-20, réponse aux questions 38-44.

444 A I.20, p. 20-21, réponse à la question 47 et annexes 34 et 35.

445 A I.20, annexe 35.

446 A I.20, p. 21, réponse à la question 50.

447 A I.20, p. 22, réponse à la question 52.

448 A I.20, p. 22, réponse aux questions 53-54.

449 A I.20, p. 23, réponse à la question 57.

56 autorisations ainsi que des taxes diverses. 450 Le prix de sortie serait payé par le CTM aux exutoires (repreneurs, recycleurs et incinérateurs), tandis que le prix d'entrée serait payé par les clients au CTM. 451 257. Le CTM sous-traiterait systématiquement à d'autres entreprises le transport des déchets du quai à l'exutoire étant donné qu'il n'est pas

propriétaire de camions et ne peut dès lors procéder au transport. 452 Selon les chiffres obtenus sur 7 mois, Favre Martigny aurait effectué une part importante des transports s'élevant à 70 %, TMR et Retripa une part plus faible s'élevant à 10 % chacune. Finalement, 10 % des transports auraient été effectués par d'autres entreprises. 453 La direction du CTM prendrait les décisions pour l'attribution d'un mandat de transport du quai à l'exutoire et les contrats de transports seraient attribués en priorité aux actionnaires du CTM à un prix concurrentiel. 454 Plusieurs facteurs rentrent en ligne de compte dans l'attribution des contrats de transport aux actionnaires, par exemple la disponibilité, les moyens à disposition (semi-remorque ou bennes de 10 à 40 m³), la capacité de chargement. Sans qu'il y ait de règles imposées, le bon sens voudrait toutefois que l'actionnaire ait la priorité pour un transport de déchets qu'il a lui-même déposés au CTM. 455 258. Selon Favre Martigny, il lui est avantageux d'avoir recours au CTM si le déchet nécessite un regroupement ou une rupture de charge ou pour toutes les régions plus éloignées de l'exutoire que du CTM. En revanche, dès le moment où la collecte de déchets s'effectue proche de l'exutoire (comme la SATOM), il lui est plus avantageux d'effectuer directement le transport à l'exutoire. 456 Le transit par le CTM serait intéressant en fonction du lieu des exutoires, soit la destination finale du déchet et de son « conditionnement » (grandeur de la benne) et/ou de sa quantité et de son besoin de tri. 457 Dans certains cas, lorsque les déchets sont collectés dans de grandes bennes et qu'ils ne nécessitent pas de tri (massification et tri déjà effectué), il serait plus avantageux que le matériel parte directement à l'exutoire sans passer par le CTM. 458 259. A la question de savoir s'il existe d'autres alternatives au CTM et au transport direct du lieu de collecte vers l'exutoire, Favre Martigny a répondu qu'il existait plusieurs centres de tri dans la région et que chaque entreprise pouvait librement effectuer sa propre massification comme Favre Martigny le fait pour de plus petits volumes. 459 A titre d'exemple, Retripa disposerait d'un tel centre à Massongex pour les déchets verts/compostables, le site de Tridranse à Vollège, celui de Recovis SA à Saillon (ces deux derniers centres traitant tous types de déchets), la SATOM pour la collecte des lavures, le centre Valbois SA à Collombey, Ecobois recyclage SA à Vétroz. D'autres centres existeraient également dans d'autres cantons romands. 460 260. Favre Martigny a également indiqué que l'optimisation pouvait être effectuée pour tous types de déchets tandis que la massification dépendait du volume de déchets. 461 Favre Martigny disposait d'un quai de transfert alors que TMR ne disposait pas de quai en plaine et dans la région avant la création du CTM. 462 En ce qui concerne les ordures ménagères, Favre

450 A I.20, p. 23, réponse à la question 58.

451 A I.20, p. 23-24, réponse aux questions 60-61.

452 A I.20, p. 25, réponse à la question 68.

453 A I.20, p. 25, réponse aux questions 71-72.

454 A I.20, p. 26, réponse aux questions 73-74.

455 A I.20, p. 26, réponse aux questions 76-77.

456 A I.20, p. 27-28, réponse aux questions 82-83.

457 A I.20, p. 28, réponse à la question 84.

458 A I.20, p. 28, réponse à la question 86.

459 A I.20, p. 29, réponse à la question 87.

460 A I.20, p. 29-30, réponse aux questions 88-90.

461 A I.20, p. 31, réponse aux questions 96-99.

462 A I.20, p. 31, réponse aux questions 100-103.

57 Martigny optimisait déjà les ordures ménagères transitant sur son quai en les massifiant. 463 Avant le CTM, Favre Martigny optimisait et massifiait le verre, qu'elle triait selon les couleurs, 464 tout comme elle optimisait et massifiait le papier et le carton sur son site. 465 Favre Martigny n'optimisait pas le bois et ne le massifiait pas faute d'engins adaptés et notamment au vu des tonnages relativement faibles qu'elle collectait. 466 Réponses au questionnaire du 24 novembre 2022 261. En date du 31 janvier 2023, Favre Martigny a répondu au questionnaire du Secrétariat du 24 novembre 2022. A cette occasion, elle a indiqué que le nouveau personnel du CTM devait à terme être indépendant des actionnaires mais que cela n'était pas possible en phase de lancement. 467 Le travail d'exploitation et administratif serait pour l'instant assuré par Retripa, il serait toutefois prévu que le CTM dispose d'une direction indépendante le plus rapidement possible. 262. Favre Martigny a fourni à l'autorité des estimations par tonnes pour les ordures ménagères, le verre, le papier et le carton pour différentes communes. 468 Favre Martigny a rappelé qu'il n'était pas possible de fournir des estimations moyennes pertinentes car le prix dépendait de chaque marché et ceci en fonction de nombreux facteurs, tels que le temps de transport, le kilométrage, le type de camion, l'existence ou non de transmission de données de pesage, le genre de collecte (porte à porte ou conteneurs enterrés/moloks), la fréquence des collectes, etc. En outre, Favre Martigny a précisé que le CTM (soit le site des Vorziers) ne traitait pas à ce jour des ordures ménagères, du verre ainsi que du papier et du carton. 469 263. En ce qui concerne l'efficacité économique du transfert des déchets, Favre Martigny a indiqué que l'optimisation du transport dépendait de la charge utile et du volume, lesquels sont des facteurs non négligeables. Après avoir listé un certain nombre de camions utilisables, il ressort qu'un camion poubelle a un volume de 23 m³ pour une charge de 9 à 10 tonnes, alors qu'un tracteur à semi-remorque à fond mouvant dispose d'un volume de 90 m³ pour une charge de 24 tonnes. 470 Favre Martigny a déclaré ne pas pouvoir indiquer quel était le gain lié à cette massification même par estimation. La logique, le bon sens et l'expérience indiqueraient toutefois qu'il existe un intérêt économique de procéder ainsi. Il s'agirait en outre de plus en plus d'une exigence de clients, en particulier des collectivités publiques, d'avoir une approche écologique. Des facteurs influenceraient la massification possible et donc l'optimisation du transport comme le type de matériau transporté, le lieu de l'exutoire, la distance parcourue, le type de camion, etc. L'incidence sur le coût de revient du total de la prestation est estimée par Favre Martigny à [...]. 471 264. A la question de savoir quels étaient les gains supplémentaires qu'offrirait le CTM pour une optimisation et une massification des ordures ménagères par rapport à la situation préexistante avec le Quai Favre, Favre Martigny a répondu que le quai actuel permettait le traitement des ordures ménagères et du verre et l'augmentation des tonnages transitant via le Quai Favre permettrait de réduire les frais soit l'amortissement de l'investissement du quai, le coût du terrain, le nettoyage journalier, les coûts liés à la balance (achat, entretien, contrôle,

463 A I.20, p. 32, réponse aux questions 105-111.

464 A I.20, p. 33-34, réponse aux questions 112-119.

465 A I.20, p. 34-35, réponse aux questions 120-127.

466 A I.20, p. 37-38, réponse aux questions 136-143.

467 A I.42, p. 2, réponse aux questions 1 et 2.

468 A I.42, p. 4-6, réponse aux questions 8-10.

469 A I.42, p. 4-6, réponse aux questions 8-10.

470 A I.42, p. 6-7, réponse à la question 12.

471 A I.42, p. 7, réponse à la question 12.

58 étalonnages) ainsi que les coûts administratifs. 472 Ceci vaudrait également pour le verre qui transite par le Quai Favre. 473 265. Un tel quai ne correspondrait pas à une infrastructure de type centre de tri. Ainsi le Quai Favre ne permettrait pas de prendre en charge les encombrants, la ferraille ou le bois, ces matériaux devant être amenés à Massongex ou directement à la SATOM et ceci en petite quantité. Pour ces matériaux, le site des Vorziers présenterait un gain de temps et de kilomètres en étant un exutoire sûr. Par ailleurs, amener des volumes plus importants vers l'exutoire final permettrait de négocier plus favorablement les prix tout en évitant à Favre Martigny d'assumer des investissements supplémentaires, notamment en relation avec l'évolution constante des normes environnementales. 474 266. Plus spécifiquement en ce qui concerne les ordures ménagères, le fait d'avoir plus de tonnage transitant via le Quai Favre permettrait d'en réduire les frais soit l'amortissement de l'investissement du quai, le coût du terrain, le nettoyage journalier, les coûts liés à la balance (achat, entretien, contrôle, étalonnages) ainsi que les coûts administratifs. 475 Ceci vaudrait également pour le verre qui transite par le Quai Favre. 476 En outre, chaque tournée pour le verre de Martigny-Combe permettrait de prélever environ [...] tonne et il faudrait donc [...] tournées (soit [...] semaines) pour remplir un camion avec semi-basculante pour se rendre à l'exutoire final avec un voyage aller-retour de [...] kilomètres. Avec la faible quantité de verre pour la collecte de Martigny-Combe, il ne serait donc pas envisageable d'aller directement à l'exutoire final. 477 267. En relation avec l'appel d'offres de Martigny-Combe (voir N 220 ss), Favre Martigny a précisé que pour rentabiliser l'installation, elle mettait à disposition de tout tiers qui le demande son quai contre rémunération. Ceci ne porterait pas atteinte à son avantage concurrentiel, car Favre Martigny bénéficierait du quai à prix coûtant alors qu'une marge est perçue pour les tiers. Outre le bénéfice engrangé, cette mise à disposition éviterait au moins provisoirement que de tiers concurrents investissent dans une infrastructure similaire et, partant, prive Favre Martigny de cet avantage concurrentiel. 478 Favre Martigny conserverait son avantage concurrentiel car la prestation facturée aux concurrents serait un surcoût à intégrer à leur offre et un avantage pour Favre Martigny. En cas de refus, le concurrent se dirigerait vers un autre centre de transfert ou alors ferait le choix de construire sa propre infrastructure, ce qui nuirait in fine à Favre Martigny. 479

B.6.1.2.2 Renseignements de l'entreprise TMR 268. Lors de l'audition du 21 février 2023, [...] a déclaré que le CTM visait à optimiser les trajets mais aussi à rouler quand la route était moins chargée et l'accueil à la SATOM plus facile. 480 Il a précisé qu'il avait fallu beaucoup de réunions ainsi que trouver un terrain d'entente en créant une certaine confiance. Favre Martigny, pour laquelle la collecte et le transport de déchets représenterait environ 80-85 % du chiffre d'affaires, aurait eu des difficultés à ouvrir ses comptes, entendu leurs nombres de tonnages. TMR et Retripa auraient réfléchi plusieurs

472 A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.

- 473 A I.42, p. 12, réponse à la question 16.
- 474 A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.
- 475 A I.42, p. 10-11, réponse à la question 14.
- 476 A I.42, p. 12, réponse à la question 16.
- 477 A I.42, p. 11, réponse à la question 15.
- 478 A I.42, p. 12, réponse à la question 17.
- 479 A I.42, p. 13, réponse à la question 19.
- 480 A IV.5, I. 628 à 631.

59 fois à avancer sans Favre Martigny. En général, d'après [...] les séances CTM étaient toujours organisées à trois et la collaboration s'est limitée à la mise en place du CTM. 481 269. [...] a déclaré que TMR souhaitait clairement optimiser les transports avec la création du CTM. 482 Il a ajouté que TMR avait intérêt à impliquer Retripa dans la création du CTM car TMR avait besoin de ses compétences pour définir et concevoir un site, les machines, la connaissance des réglementations applicables ainsi que la manière de traiter les déchets. 483 L'intérêt principal d'impliquer Favre Martigny dans la création du CTM aurait consisté à pouvoir profiter du Quai Favre vu que les communes les poussaient déjà à s'y rendre. 484 Finalement, optimiser les transports se serait également inscrits dans un contexte où de nouveaux concurrents pouvaient arriver dans le domaine de la voirie en Valais comme Transvoirie du groupe Helvetia Environnement, laquelle aurait eu une stratégie d'expansion, qui se serait depuis limitée à cause de soucis financiers. 485 A la question de savoir pourquoi ne pas poursuivre chacun de son côté le développement de sa propre infrastructure, [...] a répondu qu'il manquait à chacun certains éléments et qu'il y aurait eu des transferts croisés. L'idée était de proposer une panoplie complète de prestations aux tiers, d'avoir des sites intégrés avec un seul interlocuteur, une seule facture, et donc un accès facilité. 486 270. [...] a confirmé que le CTM devait devenir une structure indépendante à terme. Cela se traduirait notamment par l'engagement d'un directeur qui gérerait la totalité alors que le conseil d'administration ne s'occuperait que des éléments stratégiques. 487 Actuellement, le CTM louerait des prestations de ressources humaines auprès de Retripa. D'après [...], la personne qui s'occupe de l'exploitation du CTM sur place ainsi que son directeur actuel sont des employés de Retripa, le volume étant trop faible pour engager des externes, ce qui serait le but à terme. 488 Actuellement, TMR louerait (en tant que bailleur) la surface au CTM par un contrat longue durée tout en ayant apporté son financement à l'installation. TMR effectuerait également des transports du CTM aux exutoires. 489 En outre, [...] a déclaré que le Quai Favre ne faisait pas partie du CTM (il était prévu que ce quai soit loué par le CTM) car la convention d'actionnaires n'a jamais été finalisée sur ce point, notamment à cause de l'ouverture de l'enquête. Nonobstant, TMR se rendrait au Quai Favre, notamment pour les ordures ménagères et le verre. 490 271. Sur présentation du document Excel « CTM - RECAP – TOUS », [...] a confirmé qu'il s'agissait d'estimations ayant été partagées avec Favre Martigny et Retripa. Ces estimations correspondraient plus ou moins à l'ensemble des tonnages de déchets gérés par TMR, tonnages qui comprennent tant les déchets des communes que les déchets privés. 491 Favre Martigny aurait été réticente à partager précisément ces informations contenues dans le document Excel. 492 272. Sur présentation des listes de prix internes du CTM, [...] a répondu aux questions qui lui ont été posées en déclarant que le prix pour les ordures

ménagères n'y figurait pas précisément parce que le Quai Favre n'avait pas encore été intégré au CTM et que le « PM »

481 A IV.5, I. 650 à 657.

482 A IV.5, I. 672 à 673.

483 A IV.5, I. 674 à 677.

484 A IV.5, I. 678 à 681.

485 A IV.5, I. 682 à 688.

486 A IV.5, I. 751 à 755.

487 A IV.5, I. 689 à 696.

488 A IV.5, I. 697 à 702.

489 A IV.5, I. 703 à 705.

490 A IV.5, I. 709 à 713, 544 à 551, 149 à 152 et 743 à 747.

491 A IV.5, I. 724 à 739.

492 A IV.5, I. 764 à 766.

60 (prix moyen) indiqué dans le fichier Excel de CHF 25.- était le prix envisagé pour la prise en charge des ordures ménagères par le CTM. 493 En outre, un actionnaire du CTM paierait CHF 15.- la tonne de verre déposée alors qu'une entreprise externe devrait déboursier CHF 30.-. 494 Pour le dépôt d'une tonne de papier/carton, l'actionnaire gagnerait CHF 50.- alors qu'une entreprise non-actionnaire pourrait simplement la déposer gratuitement. 495 [...] a également rajouté que le prix moyen était un benchmark par rapport aux prix qui se pratiquent et que tous les actionnaires avaient participé à l'élaboration du fichier Excel en y amenant ses tonnages et puis en se mettant d'accord sur le prix moyen par rapport aux expériences de chacun. 496 273. A la demande de savoir si le CTM était ouvert à d'autres membres, [...] a répondu qu'il n'était pas prévu pour l'instant que d'autres entreprises rejoignent le CTM et que dans le secteur, personne d'autre ne pourrait être intéressé. Toutefois, les statuts du CTM prévoiraient qu'il est possible de vendre des actions, mais cela ne serait pas à l'ordre du jour. 497 Par secteur, [...] a déclaré entendre le secteur de Riddes jusqu'à Evionnaz, car à partir d'une certaine distance, l'intérêt diminue. 498 Ce secteur correspondrait à une partie de la zone d'activité de la SATOM. 499 En outre, aucun partenariat entre le CTM et d'autres entreprises tierces (autres que les actionnaires) ne serait prévu, car le CTM serait en plein démarrage et en perte. 500 274. Concernant l'attribution des mandats de transport du CTM vers l'exutoire, [...] a répondu que le CTM n'effectuait pas lui-même les transports de déchets vers leurs exutoires mais que c'était [...], le responsable du site, qui demanderait le transport soit à TMR, soit à Favre Martigny, car Retripa en fait très peu. 501 En outre, [...] désignerait le transporteur selon le volume apporté, grâce à une règle de trois, les tonnages à transporter étant proportionnels à ceux amenés. 502 [...] a ajouté que le volume apporté était nécessairement calculé pour chaque entreprise et chaque type de déchet à des fins de facturation. 503 Il ne serait par ailleurs pas exclu que le CTM sous-traite des transports vers l'exutoire à une entreprise non-actionnaire. 504

B.6.1.2.3 Renseignements de l'entreprise Retripa 275. Lors de l'audition du 21 mars 2023, [...] a déclaré être provisoirement responsable de l'exploitation tandis que [...] siégeait au Conseil d'administration et se trouvait donc dans le comité qui se réunit pour prendre les décisions stratégiques du CTM. 505 Le directeur administratif financier, [...] serait également le secrétaire du Conseil d'administration du CTM et le seul employé sur le site du CTM viendrait du site de Retripa Saillon. 506 276. D'après Retripa, l'idée de constituer le CTM est apparue en 2017 dans un contexte où TMR souhaitait dédier une partie d'une nouvelle halle à la massification et au pré-tri des déchets. Retripa avait précisément un centre de pré-tri de déchets à Saillon, lequel était plus

493 A IV.5, I. 780 à 786.

494 A IV.5, I. 787 à 790.

495 A IV.5, I. 794 à 802.

496 A IV.5, I. 850 à 855.

497 A IV.5, I. 807 à 811.

498 A IV.5, I. 812 à 814.

499 A IV.5, I. 815 à 817.

500 A IV.5, I. 818 à 823.

501 A IV.5, I. 827 à 837.

502 A IV.5, I. 838 à 840.

503 A IV.5, I. 844 à 849.

504 A IV.5, I. 841 à 843.

505 A IV.6, I. 633 à 643.

506 A IV.6, I. 645 à 649.

61 éloigné du centre de production des déchets et des clients. Par conséquent, Retripa voulait se rapprocher de TMR pour créer un centre de pré-tri aux Vorziers. 507 Le but était de transférer les activités du site de Saillon aux Vorziers pour être plus proche des clients et pour bénéficier de l'autoroute. Ce rapprochement permet d'avoir plus de matière à recycler et donc d'augmenter la valorisation et la massification, car avant de passer par le CTM, l'artisan jetait tout à l'inerte voire dans les fours de la SATOM sans pré-tri. 508 Quant au CTM, il bénéficierait du volume des clients de Retripa qui est maintenant apporté au CTM. 509 En outre, Retripa apporterait également ses machines sur le site des Vorziers (une chargeuse à pneus et un manitou – soit un chariot télescopique) ainsi que le savoir-faire, soit la connaissance des gens gérant des centres de tri, ayant donc l'habitude de gérer des déchets et sachant comment utiliser les outils idoines. 510 277. D'après [...], Favre Martigny a rejoint le projet du CTM en dernier autour de 2018. L'intérêt principal d'intégrer Favre Martigny résiderait dans le fait que le site des Vorziers n'avait pas de place pour le verre et les ordures ménagères et que Favre Martigny disposait précisément d'un quai de transfert pour les ordures ménagères et le verre. Par ailleurs, Favre Martigny disposait de camions pour aller aux différents exutoires tandis que TMR n'en aurait disposé que d'un seul. L'intérêt de Favre Martigny de participer au CTM aurait été mu par la possibilité d'effectuer plus de transports. 511 278. En ce qui concerne l'estimation du

nombre de rencontres pour discuter du CTM, [...] a répondu que beaucoup de rencontres techniques avec TMR avaient été organisées pour le site des Vorziers avec ou sans Favre Martigny. L'étude d'impact environnemental aurait été très lourde et il avait fallu discuter des deux sites (Vorziers et Quai Favre). En outre, les réunions se seraient limitées au CTM, même si les représentants des trois entreprises se croisaient aussi à l'ATRED. 512 279. A la question de savoir si la création du CTM était motivée par le risque de voir arriver de nouveaux concurrents dans le domaine de la voirie en Valais, [...] a répondu que le CTM n'avait rien à voir avec la voirie et qu'il existait déjà de nombreux centres de tri ; un de plus ou de moins ne changerait rien. 513 Concernant l'indépendance du CTM, il a rajouté que le but était de développer le CTM comme entreprise indépendante avec du personnel qui gère la partie exploitation mais pas forcément la partie comptable, qui est plutôt légère. 514 En outre, [...] a indiqué que l'activité du centre de pré-tri de Saillon diminue au profit de l'exploitation du CTM, notamment car le site de pré-tri de Saillon était petit ne permettant ainsi pas de faire du volume. Saillon demeurerait cependant un centre logistique pour les camions de Retripa. 515 Finalement, [...] a relevé qu'il existait d'autres sociétés semblables au CTM, comme Tri SA dans le Chablais, détenue par 6 ou 7 actionnaires, parmi lesquels des transporteurs, ou Sotridec ou encore Valorsa, qui seraient toutefois plutôt en mains publiques. 516 280. Sur présentation du document Excel « CTM – RECAP – TOUS », [...] a déclaré qu'il s'agissait des estimations que chacun était capable d'apporter en vue de déterminer la viabilité du projet et que ces estimations avaient été partagées entre tous. Il a ajouté que les estimations de Retripa tenaient compte des volumes du site de Saillon ainsi que des potentiels

507 A IV.6, I. 650 à 657.

508 A IV.6, I. 690 à 695.

509 A IV.6, I. 696 à 698.

510 A IV.6, I. 699 à 706.

511 A IV.6, I. 658 à 672.

512 A IV.6, I. 673 à 683.

513 A IV.6, I. 707 à 715.

514 A IV.6, I. 716 à 726.

515 A IV.6, I. 732 à 737.

516 A IV.6, I. 738 à 743.

62 nouveaux clients ; les volumes des sites de Massongex et de Vétroz n'y étaient pas inclus. 517 Les estimations des tonnages par déchets comporteraient tout ce qui est ramassé, soit les déchets des communes et des industries. Echanger des données sur les tonnages avec ses concurrents ne serait pas un problème car il s'agirait de volumes bruts sans indication de leur provenance exacte, soit du client. En outre, selon [...], les entreprises doivent nécessairement déclarer les volumes de déchets reçus sur chaque site, de telle sorte que les communes peuvent voir leurs propres données et que le canton a accès à tout. 518 281. Sur présentation des listes de prix du CTM, [...] a confirmé qu'un actionnaire du CTM déboursait seulement CHF 15.- pour déposer une tonne de verre alors qu'une entreprise externe devait payer CHF 30.-. En outre, un actionnaire gagnerait CHF 50.- en déposant une tonne de papier au CTM alors qu'une entreprise externe pourrait seulement la déposer

gratuitement. 519 Par ailleurs, il n'existerait pas de différence de prix pour la reprise du papier et/ou du carton entre les sites du CTM et de Retripa Massongex. Les transporteurs économiseraient du trajet selon d'où ils viennent. Le gain se ferait sur le temps d'utilisation du camion et sur la massification des petites bennes, ce qui suivrait un but écologique. 520 A la question de savoir si une entreprise externe pouvait être compétitive par rapport à un actionnaire du CTM au vu de la différence de tarif, [...] a déclaré que cela était le cas et [...] a complété en ajoutant qu'il ne s'agissait que d'une partie des coûts, car il y a également les coûts de transport jusqu'au CTM et que de toute façon les entreprises externes faisaient des économies en passant par le CTM (notamment sur le temps de trajet et d'attente à la SATOM). 521 A la question plus précise de savoir comment un transporteur concurrent et non membre du CTM pourrait être compétitif compte tenu d'une différence de CHF 50.- pour la tonne papier et/ou carton par rapport à un actionnaire du CTM, [...] a expliqué que les communes négocieraient directement avec le CTM ou leur transporteur pour la reprise du papier. Pour un appel d'offres donné, le prix de reprise au CTM serait le même pour tout le monde, peu importe qu'il soit ou non actionnaire du CTM. 522 282. Actuellement, il ne serait pas prévu que d'autres entreprises rejoignent l'actionnariat du CTM car personne ne serait venu le demander et aucun partenariat ne serait prévu même si des discussions avaient eu lieu avec la SATOM pour faciliter le système de pesage. 523 A la question de savoir qui exécutait les mandats de transport vers l'exutoire, [...] a déclaré que le CTM les sous-traitait à Favre Martigny ou à TMR. D'autres transporteurs pourraient entrer en jeu s'ils étaient moins chers. Il ne serait pas prévu actuellement que le CTM prenne en charge les transports. A prix égal, l'actionnaire aurait toutefois la priorité pour le transport. 524

B.6.2 Appréciation des preuves

B.6.2.1 CTM – Introduction

283. TMR, Favre Martigny et Retripa ont décidé de créer un centre commun de transfert et de tri des déchets à la suite de discussions et de rencontres initiées dès mai 2017. Il s'en est suivi un long processus de discussion et de négociation pour former cette entreprise et pour obtenir notamment toutes les autorisations en la matière. En août 2020, l'entreprise a été constituée par-devant notaire. L'activité a débuté à proprement parler en mai 2022. Chacun

517 A IV.6, I. 746 à 767.

518 A IV.6, I. 768 à 786.

519 A IV.6, I. 788 à 805.

520 A IV.6, I. 812 à 821.

521 A IV.6, I. 822 à 827.

522 A IV.6, I. 828 à 832.

523 A IV.6, I. 836 à 847.

524 A IV.6, I. 849 à 870.

63 des actionnaires détient un tiers de l'entreprise et il était prévu que le CTM réunisse le site de TMR (à savoir le « site des Vorziers ») et le site de Favre Martigny – TMR et Favre Martigny ne pouvant dès lors plus les utiliser à leurs propres fins – tout en y combinant le savoir-faire de Retripa dans la gestion des déchets et de certains équipements. 525 Le projet

ne s'est jamais complètement réalisé et le site de Favre Martigny – le Quai Favre – n'a pas été intégré au CTM lorsque l'activité a débuté. Par ailleurs, la signature de la convention d'actionnaires est demeurée en suspens. Il y a cependant lieu de relever que toutes les dispositions avaient été prises pour que la réalisation du CTM soit immédiatement complétée (à savoir l'intégration du Quai Favre). Au vu de l'activité du CTM et de ses résultats, les actionnaires et le conseil d'administration ont décidé, le 18 octobre 2023, de dissoudre le CTM. 526 284. Le CTM était théoriquement ouvert à d'autres actionnaires, toutefois, la convention d'actionnaires interdisait aux actionnaires de céder leurs titres durant une période de dix ans sans l'accord écrit des autres actionnaires. 527 Par ailleurs, la convention d'actionnaires prévoyait d'obliger ces derniers à apporter les déchets collectés au CTM, respectivement aux deux infrastructures, pour autant que le transit via le CTM apportait une plus-value en termes de logistique, et ce pour les déchets situés dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice. 528 Le CTM serait devenu par conséquent, pour un nombre important de déchets, un site incontournable pour ses actionnaires. 285. La création du CTM – telle que prévue par la convention d'actionnaires – reposait donc essentiellement sur deux infrastructures. La première infrastructure était le Quai Favre. Il s'agit d'un quai de transfert spécialisé, en particulier pour les ordures ménagères, le papier, le carton et le verre. Ces déchets sont en général les déchets les plus importants pour les collectivités publiques, et donc les déchets les plus courants dans les appels d'offres publiques. 529 286. La deuxième infrastructure mise à disposition par les actionnaires du CTM était le site des Vorziers, détenu par TMR. 530 Cette infrastructure n'existait pas avant la création du CTM. TMR disposait à cet endroit d'une surface importante désormais dédiée à la création d'un centre de tri. 531 287. Une fois que les déchets étaient massifiés et optimisés sur les sites du CTM, les transports vers l'exutoire étaient sous-traités. 532

B.6.2.2 But poursuivi par les actionnaires 288. Les actionnaires du CTM souhaitaient avant tout optimiser et massifier (voir N 65 s. ci-dessus) les déchets afin de réduire leurs coûts en liant le site des Vorziers et le Quai Favre tout en y combinant les machines et le savoir-faire de Retripa pour la gestion des déchets. 289. Le Quai Favre, préexistant, pratiquait déjà l'optimisation et la massification des déchets, en particulier des ordures ménagères, du papier, du carton et du verre, ceux-ci comptant parmi les principaux déchets récoltés pour le compte des collectivités publiques, et était ouvert aux entreprises tierces. A l'inverse, le site des Vorziers est un nouveau site de tri (contrairement au Quai Favre qui est un quai de transfert) résultant notamment du transfert d'une partie des activités du site de Saillon de Retripa. Ce site apportait une valeur ajoutée notable par rapport

525 A IV.4, I 825 ss, A IV.5, I. 622 ss, A IV.6, I. 650 ss.

526 A I.95.

527 A III.A.57, point 4.1.2.

528 A III.A.57, annexe 3.2.1.

529 A III.A.57, annexe 3.3.1.

530 A III.A.57, annexe 3.4.1.

531 Il s'agit d'un centre de tri ou de pré-tri n'excluant ainsi pas que la matière soit encore triée dans une

étape ultérieure. 532 A III.A.57, annexe 3.2.1 ; A I.28, p. 26, réponse aux questions 73-74.

64 à la situation précédente car il permettait de regrouper une quantité de déchets plus importante pour précisément procéder au tri. 533 290. D'autres motivations ont également poussé les entreprises à se regrouper. Dans un e-mail saisi, [...] a écrit en date du 27 août 2020 à [...] qu'il avait certes calculé des prix « entreprise » tenant compte de la concurrence et du transport, mais qu'il fallait se laisser un peu de marge. 534 Il était entendu par-là que les actionnaires devaient se laisser une marge sur les prix des transferts des déchets. Par ailleurs, Favre Martigny avait également mentionné une autre motivation à la création du CTM : celle de se prémunir contre une entrée sur le marché par un nouveau concurrent, Transvoirie. A l'époque, lorsque les discussions avaient été initiées entre les actionnaires, il existait un risque de voir cette société pénétrer le marché valaisan, et les actionnaires souhaitaient optimiser leurs coûts pour résister à cette éventuelle entrée. 535 TMR a confirmé ce dernier point. 536

B.6.2.3 Organisation du CTM 291. Selon la convention d'actionnaires, il était prévu de louer les deux sites, soit le site des Vorziers et le Quai Favre, au CTM pour une durée de dix ans, 537 tout comme il était prévu que les prestations fournies par les actionnaires soient facturées à un tarif donné au CTM. 538 Même si l'intention du CTM consistait à engager du personnel à terme, il n'était pas exclu que le personnel des actionnaires ait fourni des prestations au CTM, comme mentionné aux points 3.3, 3.4 et 3.5 de ladite convention énonçant les engagements des trois actionnaires. En outre, les engagements communs des actionnaires stipulaient de collecter ou faire collecter des déchets auprès des collectivités, des déchetteries ou de l'industrie, publiques ou privées pour les déposer au CTM. 539 Le périmètre du CTM était clairement défini comme étant les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice. 540 Les engagements des membres pour louer leurs sites, leur personnel et pour y faire transiter leurs déchets montrent que le CTM avait besoin des actionnaires pour fonctionner. Par ailleurs, la convention prévoyait que Retripa ait pris en charge les services de secrétariat et de facturation, s'occupant donc de la comptabilité, et qu'elle ait mis à disposition du CTM des équipements (tels que pelles, bennes ou encore compacteurs). 541 292. Le CTM est né par conséquent de la cession d'éléments centraux (sites, machines et personnel) pour l'activité future des actionnaires. Il aurait été par exemple beaucoup plus difficile pour Favre Martigny de fonctionner sans l'utilisation de son quai de transfert. Il existait ainsi un lien de dépendance économique mutuelle entre le CTM et les actionnaires. En outre, le fait qu'un actionnaire gère le secrétariat, la facturation et la comptabilité démontre la dépendance du CTM envers ses actionnaires (en tout cas en ce qui concerne Retripa) tant pour sa gestion que pour son fonctionnement quotidien. A cela s'ajoutait que les liens personnels entre les personnes impliquées dans le projet du CTM pour les différents actionnaires étaient relativement forts et s'inscrivaient dans la durée. 542 Ils étaient même cordiaux et dépassaient le cadre purement professionnel, comme en témoignent les nombreux échanges ou encore le ton des messages envoyés entre les différentes personnes

533 A IV.A.6, l. 734 ss.

534 A III.A.50.

535 A IV.A.4, l 808 s.

536 A IV.A.6, l. 682 ss.

537 A III.A.57, annexe 3.3.1 et 3.4.1.

538 A III.A.57, annexe 3.3.4.

539 A III.A.57, article 3.2.1.

540 A III.A.57, annexe 3.2.1.

541 A III.A.57, annexe 3.5.1.

542 Voir par exemple les nombreux rendez-vous et e-mails échangés entre eux, dans les documents

électroniques séquestrés auprès de l'entreprise Favre Martigny (A III.A).

65 impliquées. 543 Il sied par ailleurs de relever que la transmission d'informations entre le CTM et ses actionnaires, ou entre des employés affectés au CTM et leurs entreprises respectives, n'a pas été réglementée. Par exemple, aucun système de « Chinese wall » n'a été mis en place ou même prévu, ce qui était d'autant plus problématique que [...], qui était chargé de l'exploitation du CTM 544, était lui-même responsable (avec [...] et [...]) du calcul des offres pour les marchés publics pour le compte de Retripa. 545 293. Finalement, comme mentionné ci-dessus (voir N 287), le CTM demeurait dans l'incapacité d'effectuer des transports et devait recourir à des transporteurs. Dans ce contexte, le CTM aurait eu recours à des transporteurs externes uniquement si les actionnaires ne voulaient ou ne pouvaient pas prendre en charge le mandat de transport. 546

B.6.2.4 Valeur ajoutée du CTM dans le cycle du déchet

294. Le graphique ci-dessous illustre à gauche un transport direct à l'exutoire et à droite un transfert via un des sites du CTM :

295. Les actionnaires ont échangé des estimations concernant les tonnages par type de déchet qui transitent par le CTM, afin de déterminer si l'entreprise était viable, et ont décidé sur cette base des prix du CTM. 547 Elles ont donc déterminé de concert des prix de transferts pour tous les déchets transitant par le CTM, ces prix couvrant l'intégralité des prestations du CTM, du dépôt des déchets à leur transport vers l'exutoire. Par ailleurs, les informations échangées sur le nombre de tonnes par type de déchet et par entreprise constituent des informations confidentielles. Même si une partie des informations pourrait être reconstruite avec peine à partir des statistiques publiques de certains déchets, il est toutefois impossible d'effectuer de telles estimations pour des déchets qui contiennent potentiellement des apports d'entreprises privées (soit pratiquement tous les types de déchets, hormis les ordures ménagères). Finalement, les informations échangées se rapportaient à des informations

543 A titre d'exemples : A III.A.137, A III.A.138, A III.A.140, A III.A.98, A III.A.100, A III.A.121, A III.A.116,

A III.A.91, A III.A.92, A III.A.129, A III.A.141, A III.A.130, A III.A.131, A III.A.178, A III.A.514, A III.A.180, A III.A.183, A III.A.185, A III.A.184, A III.A.186, A III.A.191 et A III.A.192. 544 A IV.6, l. 636.

545 A IV.6, l. 102 à 104.

546 A IV.4, l. 864 à 870 et A IV.5, l. 827 à 840.

547 A III.A.40.

66 futures et elles avaient par conséquent un caractère sensible, d'autant qu'elles n'étaient pas reconstituables dans leur ensemble.

296. Le document Excel « RECAP – TOUS », échangé dans le but de déterminer les prix des transferts des déchets, permettait d'évaluer la valeur ajoutée du CTM en comparant les prix d'entrée et de sortie, c'est-à-dire le prix payé par l'actionnaire lors du dépôt du déchet au CTM et son prix à la sortie du CTM. 548 Par exemple, les ordures ménagères (OM) avaient un prix d'entrée de CHF 25.- et un prix de sortie de CHF 0.-, ce qui impliquait que la valeur ajoutée du CTM s'élevait à CHF 25.-. Pour le verre, il est prévu un prix d'entrée de CHF 15.- et un prix de sortie négatif de CHF 2.- ce qui impliquait une valeur ajoutée de CHF 17.- pour le verre. Le prix d'entrée pour le papier et le carton était de CHF 0.- tandis qu'il était négatif, à moins CHF 25.- à la sortie, impliquant une valeur ajoutée de CHF 25.-.

297. Dans le cadre de l'enquête, l'entreprise Favre Martigny a indiqué des estimations à la tonne pour le transport des ordures ménagères, du papier et carton ainsi que du verre pour différentes communes. 549 Le tableau ci-dessous reporte les estimations par tonnes pour les ordures ménagères, lesquelles peuvent varier fortement selon différents facteurs comme notamment la distance et la complexité de la collecte impliquant que la valeur ajoutée du CTM varie pour chaque marché.

Proportion de la valeur ajoutée Communes Prix OM par tonne du CTM pour CHF 25.-

[...], 2020-2021 CHF [...] [10-20 %]

Martigny-Combe, 2012-2019 CHF [...] [10-20 %]

Martigny-Combe, 2021 CHF [...] [15-25 %]

Martigny, dès 2021 CHF [...] [15-25 %]

Fully, 2013-2021 CHF [...] [15-25 %]

Isérables, 2016-2021 CHF [...] [10-20 %]

Evionnaz, dès 2019 CHF [...] [10-20 %]

298. Le tableau ci-dessus indique par conséquent que la valeur ajoutée du CTM (estimée et prévue à CHF 25.- la tonne d'ordures ménagères) variait entre 10 % et 25 %, et correspondait plus ou moins entre un sixième et un cinquième de la valeur des offres déposées pour les marchés publics. 299. Des analyses similaires pour le verre indiquent que la valeur ajoutée du CTM s'élevait entre 5-10 % à 30-40 % en retenant une valeur ajoutée de CHF 17.-, correspondant plus ou moins d'un dixième à un tiers de la valeur des offres déposées pour les marchés publics. 550 Si une valeur ajoutée de CHF 25.- était retenue pour le papier et le carton, 551 des analyses similaires indiquent que la valeur ajoutée du CTM aurait varié entre 5-10 % et 10-20 %. Il est à noter que les tarifs pour le papier et le carton diffèrent significativement en 2022 par rapport

548 A III.A.40.

549 A I.42, annexes 2, 3 et 4.

550 A I.42, annexe 3.

551 A I.42, annexe 4.

67 aux prévisions de 2019. En effet, l'actionnaire a perçu CHF 50 de la part du CTM pour tout dépôt d'une tonne de papier en 2022. Par conséquent, que l'on considère une valeur

ajoutée de CHF 25.- ou de CHF 50.-, les pourcentages dans le tableau ci-dessus peuvent fortement varier. 300. En conclusion, la valeur ajoutée estimée du CTM sur l'ensemble du cycle du déchet était plus ou moins comprise entre 10 à 20 % de la valeur finale des offres déposées dans les marchés publics, cela en considérant les ordures ménagères, le papier, le carton et le verre. La fixation des prix de transfert entre actionnaires se répercutait en partie sur la détermination des tarifs lors des soumissions publiques.

B.6.2.5 Effets potentiels des prix du CTM sur le marché 301. Le premier effet concernait une possible discrimination de concurrents non-actionnaires et opérant dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice. En effet, le CTM prévoyait trois types de tarifs : des tarifs « Internes » applicables à ses actionnaires, des tarifs « Entreprises » et des tarifs « Privés ». Un transporteur concurrent non-actionnaire se voyait appliquer les tarifs « Entreprises ». 552 En ce qui concerne par exemple le papier, un actionnaire du CTM gagnait CHF 50.- pour le dépôt d'une tonne de papier et/ou carton au CTM, alors qu'une entreprise externe, soit un transporteur concurrent aux actionnaires, pouvait déposer la tonne de papier et/ou carton sans rien gagner. Cette différence de prix de CHF 50.- aurait pu jouer un rôle important lors du dépôt des offres dans les marchés publics (différence potentielle d'environ 10-30 % par tonne de papier ou carton pour les offres de Favre Martigny). Une différence de prix semblable existait également pour le verre (un actionnaire aurait payé CHF 15.- par tonne déposée contre CHF 30.- pour un tiers, ce qui aurait impliqué une différence de 5-35 % sur la valeur des offres). Une telle différence était donc de nature à infléchir notablement les chances de tout concurrent transporteur non-actionnaire lors du dépôt des offres pour les marchés publics dans les districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice. 302. Le deuxième effet concernait une potentielle augmentation du prix du transfert de certains déchets. Les documents préparatoires du CTM prévoyaient fin 2019 un coût de CHF 25.- par tonne d'ordures ménagères. 553 La même année, Favre Martigny a déposé une offre auprès de la commune de Martigny-Combe pour le transport des ordures ménagères (en passant par son propre quai de transfert) à un prix de CHF 21.-, tandis que TMR avait déposé un tarif de CHF 25.-, sans posséder de quai de transfert pour les ordures ménagères. 554 Il est également relevé que le prix coûtant du transfert d'une tonne d'ordures par le quai de Favre Martigny est inférieur à CHF 21.- et s'élève à [...] 555, soit bien en deçà des prix prévus pour le CTM (20-30 % supérieur au prix coûtant et 19 % supérieur au tarif déposé par Favre Martigny auprès de la commune de Martigny-Combe). Cette potentielle augmentation de prix aurait affecté les ordures ménagères de l'ensemble des actionnaires y transitant, en particulier à partir des districts de Martigny, d'Entremont et en partie de Saint-Maurice.

552 A IV.6, l. 788 à 832 et les annexes C.1 à C.3.

553 A III.A.40.

554 A V.A.31, p. 2.

555 A III.A.37.

68 C Considérants

C.1 Champ d'application

C.1.1 Champ d'application personnel 303. La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 al. 1 LCart). Cette notion comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des

services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). La loi sur les cartels suit ainsi une approche économique : les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique. 556

304. L'indépendance économique est, selon la pratique, une condition constitutive de la notion d'entreprise de l'art. 2 al. 1bis LCart. 557 Cela signifie que les entités qui ne prennent pas part de manière autonome au processus économique ne doivent pas être qualifiées d'entreprises au sens de la LCart. 558 Cela est notamment important dans les relations de groupe 559 : en présence d'un groupe, ce ne sont pas les différentes sociétés du groupe qui doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart, mais c'est le groupe dans son ensemble qui est considéré comme une entreprise. 560 Il découle ainsi de ce qui précède qu'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart doit premièrement prendre part au processus économique, et deuxièmement le faire de façon autonome. 305. Concernant cette seconde condition, celle de l'autonomie, elle n'est pas remplie lorsqu'une entité est contrôlée par un tiers, et que cette entité ne peut pas suivre sa propre stratégie commerciale, mais plutôt celle dictée par le tiers qui la contrôle. 561 En droit des cartels, la notion de contrôle se retrouve à l'art. 1 OCCE 562, selon lequel une entreprise en contrôle une autre lorsqu'elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette dernière. 306. En l'espèce, Favre et Studer, Favre Martigny, Retripa et TMR sont manifestement des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart. En ce qui concerne le CTM, il est relevé qu'il offrait lui-même des prestations d'optimisation et de massification (voir not. N 283 ss) et que, bien qu'il dépendait de ses actionnaires, dont des représentants étaient chargés tant de sa direction quotidienne que de sa haute direction (N 291 ss), aucun de ses actionnaires ne le contrôlait : chaque actionnaire disposait d'un tiers des actions du CTM 563 ainsi que d'un siège au conseil

556 TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ; DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 82), art. 2

N 7 (et les références citées). 557 Voir p. ex. TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.3, DCC; voir aussi ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3e édition 2023, N 298. 558 ATF 148 II 321 consid. 6.2, Flammarion ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ;

voir DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 82), art. 2 N 20 et les références citées. 559 Voir p. ex. ATF 139 I 107 consid. 10.4.1, Publigroupe ; ATF 148 II 321 consid. 6.2 f., Flammarion ;

TAF, B-3882/2021 du 16.2.2023 consid. 9.3, Obligation de renseigner. 560 TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 48, DCC. Voir aussi TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 3 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), Publigroupe ; TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 7.1.1 et les références citées, Flügel und Klaviere ; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 4.1.3, Nikon ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ; de manière générale, voir PICHT in SIWR V/2 (n. 82), N A.33 ss. ; DIKE KG-HEIZMANN/MEYER (n. 82), art. 2 N 31 ; BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI (n. 81), art. 2 N 113 et les références citées ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS (n. 81), art. 2 LCart N 30 s. 561 DPC 2016/4, 955 s. N 309, Sport im Pay-TV.

562 Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4).

563 A III.A.57, annexe 1.3.

69 d'administration (avec signature collective à deux). 564 La convention d'actionnaire ne prévoyait en outre aucun droit de blocage ou autre privilège à l'un et/ou l'autre actionnaire. Ainsi, aucun actionnaire du CTM n'était en position d'imposer au CTM sa stratégie commerciale et, partant, aucun actionnaire du CTM ne contrôlait ce dernier. Il doit ainsi être retenu qu'avant sa dissolution, le CTM constituait une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart. 307. Partant et en résumé, les entités économiques suivantes (comprenant leurs sociétés affiliées) constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence : i) Favre et Studer SA ;

ii) Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny ; iii) RETRIPA VALAIS SA ; iv) TMR Transports de Martigny et Régions SA ; v) Centre de Transferts Martigny SA. La LCart s'applique ainsi sur le plan personnel à toutes ces entreprises.

C.1.2 Champ d'application matériel

308. Sur le plan matériel, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). 309. La question de savoir si, en l'espèce, il existe des accords illicites en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart fait l'objet de la présente décision. Comme le démontreront les explications correspondantes ci-dessous (N 316 ss), les comportements examinés en l'espèce relèvent du champ d'application matériel de la LCart.

C.1.3 Champ d'application territorial 310. Sur le plan territorial, la LCart est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (principe des effets ; art. 2 al. 2 LCart). Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur le champ d'application territorial de la loi sur les cartels, car celui-ci est manifestement donné.

C.1.4 Champ d'application temporel 311. La loi sur les cartels s'applique aux états de fait qui se sont produits alors qu'elle était en vigueur. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le champ d'application temporel de la loi sur les cartels, car celui-ci est manifestement donné.

C.2 Compétence de la Commission plénière de la COMCO 312. La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 1re phrase LCart et l'art. 10 RI-COMCO 565. Selon ces dispositions, la COMCO prend en plénière les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat.

564 <<https://vb.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-336.927.634>> (30.01.2024).

565 Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15 juin 2015 (Règlement interne COMCO,

RI-COMCO ; RS 251.1).

70 313. En l'espèce, il s'agit de décider, au moyen d'une décision finale, si des mesures et/ou des sanctions doivent être prises à l'encontre des entreprises mentionnées au N 307 ci-dessus en raison d'une infraction à la LCart. La COMCO elle-même est en principe

compétente pour prendre une telle décision (art. 10 al. 1 RI-COMCO). Etant donné qu'aucun autre organe de la COMCO n'est compétent en l'espèce (p. ex. selon l'art. 19 al. 1 3e phrase LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss RI-COMCO), c'est la compétence générale de décision qui est pertinente. En l'espèce, c'est donc la Commission qui est compétente.

C.3 Prescriptions réservées 314. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart). 315. Il n'existe aucune disposition qui ne permette pas la concurrence sur les marchés à apprécier en l'espèce. Les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart ne sont pas non plus invoquées par les parties.

C.4 Accord illicite en matière de concurrence

C.4.1 Introduction 316. L'art. 4 al. 1 LCart définit ce qu'il est compris par « accords en matière de concurrence » dans la LCart. Si une coopération ne remplit pas tous les éléments constitutifs de cette définition, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper ; la coopération est licite en droit des cartels, sous l'angle de l'infraction de l'accord. En revanche, si une coopération doit être qualifiée d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, son illicéité ou non est alors examinée selon l'art. 5 LCart. Le principe est fixé à l'art. 5 al. 1 LCart : un accord en matière de concurrence est illicite a) s'il affecte de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique ou b) s'il conduit à la suppression d'une concurrence efficace. Pour certains objets d'accords, la loi présume à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart que la concurrence efficace est supprimée, cette présomption étant réfutable. L'art. 5 al. 2 LCart traite des motifs d'efficacité justificatifs, qui doivent être examinés plus en détail dans le cas des accords en matière de concurrence qui affectent de manière notable la concurrence efficace.

C.4.2 Accord en matière de concurrence 317. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart). 318. Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1 LCart se définit donc par les éléments constitutifs suivants : a) au moins deux entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents (voir N 319 s.), b) une coordination de comportement au sens d'une action collective consciente et voulue (en tant que terme générique englobant l'accord 71 et les pratiques concertées ; N 321 ss) et c) l'objet ou l'effet d'une restriction à la concurrence (N 327 ss). 566

C.4.2.1 Entreprise de niveaux de marché identiques ou différents 319. Un accord en matière de concurrence suppose que deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes agissent de concert. Les conventions et pratiques concertées entre sociétés-filles appartenant à la même entreprise au sens de l'art. 2 LCart, ne sont pas couvertes. 567 320. On parle d'accords horizontaux lorsque deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes, situées au même niveau du marché, restreignent la concurrence par un comportement coordonné. 568 Des entreprises se trouvent au même niveau du marché

lorsqu'elles sont effectivement ou potentiellement en concurrence les unes avec les autres en raison de la substituabilité de leurs biens ou services. Il importe peu que les entreprises parties à l'accord se fassent effectivement concurrence (concurrence actuelle) ou qu'elles soient seulement en mesure de se faire concurrence (concurrence potentielle). 569

C.4.2.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue) 321. Les accords sous forme de conventions ainsi que les pratiques concertées sont des moyens de coordination du comportement. 570 Une pratique constitue un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart lorsqu'il s'agit d'une action collective consciente et voulue des entreprises concernées. 571 La coordination de comportement permet donc à la coopération pratique de se substituer à la concurrence, laquelle comporte des risques. 572 322. Une base contractuelle formelle de la coopération consciente et voulue n'est pas nécessaire ; ce sont plutôt les pratiques concertées, voire les accords contraignants, qui sont pertinents, les accords se distinguant des pratiques concertées par la présence ou l'absence d'une volonté de s'engager. 573 La forme juridique ou factuelle de la coopération et la possibilité de l'imposer sont sans importance. 574 Le seul élément déterminant est que deux ou plusieurs

566 Voir ATF 147 II 72 consid. 3.1, Hors-Liste-Medikamente II ; TF, 2C_43/2020 du 21.12.2021

consid. 7.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 25), Dargaud ; ATF 148 II 321 consid. 6.2, Flammarion, avec les références à l'ATF 144 II 246 consid. 6.4, Altimum. 567 Voir ATF 147 II 72 consid. 3.1, Hors-Liste-Medikamente II ; TF, 2C_43/2020 du 21.12.2021

consid. 7.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 25), Dargaud ; ATF 148 II 321 consid. 6.2, Flammarion, avec les références à l'ATF 144 II 246 consid. 6.4, Altimum. 568 DPC 2020/3a, 1105 N 1188, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2020/4a, 1814 N 418, Bauleistungen

Graubünden ; voir Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 543 s. 569 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.1.2, Leasing/CA Auto Finance Suisse SA ; TAF, B-

3618/2013 du 24.11.2016 consid. 298, Hallenstadion ; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.2.13, Baubeschläge/SFS unimarket ; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 4 I N 80 et 84 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 4 I LCart N 104. 570 Voir à ce sujet et sur la suite : ATF 147 II 72 consid. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II ; ATF 129 II 18

consid. 6.3, Buchpreisbindung. 571 Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 544 N. 224.1 ; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1, Altimum ;

ATF 129 II 18 consid. 6.3, Buchpreisbindung. 572 ATF 147 II 72 consid. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II ; ATF 129 II 18 consid. 6.3, Buchpreisbindung.

573 ATF 147 II 72 consid. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II.

574 TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.2, Gaba ; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.4,

Gebro ; BSK KG-REINERT (n. 81), art. 4 I N 48 et les références citées.

72 entreprises économiquement indépendantes coopèrent et renoncent ainsi consciemment et volontairement à déterminer individuellement leur propre position concurrentielle. 575 323. Il ressort de ce qui précède que les conventions constituent une action consciente et

voulue. Pour qu'il y ait une convention, il faut qu'il y ait un consensus entre les entreprises concernées sur le mode de coopération des entreprises. Au regard du droit des obligations, un tel consensus se réalise par des déclarations de volonté réciproques et concordantes des parties (art. 1 al. 1 CO). 576 Les déclarations correspondantes peuvent être expresses (écrites ou orales), implicites (art. 1 al. 2 CO) ou tacites (art. 6 CO). 577 La convention selon l'art. 4 al. 1 LCart va toutefois au-delà du contrat de droit des obligations, car les accords non contraignants sur le plan juridique sont également couverts par cette notion (ce que l'on appelle les gentlemen's agreements) : seule la volonté de s'engager est déterminante. 578 La question de savoir s'il existe des déclarations de volonté explicites ou implicites de la part des entreprises et si celles-ci ont conduit à un consensus effectif (également appelé consensus naturel) des entreprises est une question de fait. 579 324. L'art. 4 al. 1 LCart prévoit que les pratiques concertées sont également considérées comme des accords en matière de concurrence, même si les entreprises n'ont pas la volonté de s'engager de manière démontrable (voir N 322). Il s'agit là d'une forme de coordination de comportement entre entreprises qui n'est certes pas encore allée jusqu'à la conclusion d'un contrat au sens propre du terme, mais qui substitue sciemment une coopération pratique à la concurrence et aux risques qu'elle entraîne. 580 Dans cette mesure, les pratiques concertées constituent moins un état de fait subsidiaire qu'une notion autonome relevant du droit des cartels, qui englobe tous les moyens imaginables de coordination de comportement. 581 Une telle coopération effective, non fixée juridiquement, a pour objectif de réduire l'incertitude quant à l'attitude qu'adopteront les autres acteurs du marché. Elle permet aux entreprises d'anticiper plus facilement le comportement de leurs concurrents et d'y adapter leur propre comportement. La concertation se caractérise par une exploitation d'informations difficilement accessibles dans des conditions normales de marché mais devenues disponibles en raison d'un échange délibéré d'informations entre les acteurs du marché. Cette compréhension découle du postulat d'indépendance selon lequel chaque entreprise doit déterminer de manière autonome la politique qu'elle entend mener sur le marché commun. 582 325. Une pratique concertée présuppose les éléments suivants : a) une prise de contact directe ou indirecte entre les entreprises concernées (c'est-à-dire une concertation, en particulier un échange d'informations), b) un comportement (sur le marché) correspondant à la concertation (effet de la concertation) et c) un lien de causalité entre la concertation et le comportement (p. ex. prise en compte des informations échangées dans le comportement

575 Voir ATF 129 II 18 consid. 6.3, Buchpreisbindung ; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.7.1,

Baubeschläge/SFS unimarket ; STOFFEL in SIWR V/2 (n. 82), N B.9 ss et les références citées. 576 ATF 147 II 72 consid. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II ; ATF 144 II 246 consid. 6.4.1, Altimum.

577 ATF 147 II 72 consid. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II.

578 ATF 147 II 72 consid. 3.3, Hors-Liste-Medikamente II.

579 Parmi d'autres, TF, 4A_659/2017 du 18.5.2018 consid. 4.1 et les références citées. Cela s'applique

également en droit des cartels, comme le montre par exemple l'ATF 144 II 246 consid. 6.5, Altimum, sans le déclarer explicitement. Voir aussi TAF, B-552/2015 du 14.11.2017 consid. 4.4, Türprodukte ; TF, 5A_127/2013 du 1.7.2013 consid. 4.1 ; ATF 116 II 695

consid. 2 ; BSK KG-REINERT (n. 81), art. 4 I N 52 et les références citées. 580 ATF 129 II 18 consid. 6.3, Buchpreisbindung.

581 A ce sujet, ATF 147 II 72 consid. 3.4.1, 3.4.2.2, Hors-Liste-Medikamente II.

582 Voir ATF 147 II 72 consid. 3.2, Hors-Liste-Medikamente II ; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 4 I N 55 et les références citées.

73 concret sur le marché). 583 La question de savoir si ces trois conditions sont remplies est une question de fait. Il n'est en revanche pas nécessaire d'examiner à ce stade si le comportement sur le marché constaté conduit ou peut conduire à une restriction à la concurrence. 584 Selon la systématique de la loi, cela ne doit être examiné que lors de l'examen de la question de savoir si une restriction à la concurrence est visée ou entraînée (voir N 327 ss).

326. A noter que la concertation peut consister en un comportement informatif unilatéral d'une entreprise, dans la mesure où il peut être présumé que le ou les concurrent(s) concerné(s) adapteront en conséquence leur propre comportement sur le marché. 585

C.4.2.3 Restriction à la concurrence visée ou entraînée 327. En plus d'une action collective, un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart doit viser ou entraîner une restriction à la concurrence.

328. Il y a « restriction à la concurrence » lorsque, en comparant la situation concurrentielle avec accord et la situation concurrentielle hypothétique sans accord, « il y a un moins » ; autrement dit, lorsqu'une coordination de comportement limite la liberté d'action des participants à la concurrence en ce qui concerne certains paramètres de la concurrence (essentiellement : prix, quantité et qualité, service, conseil, publicité, conditions commerciales, marketing, recherche et développement) de telle sorte que les fonctions essentielles de la concurrence s'en trouvent réduites ou limitées. 586 La convention ou la pratique concertée doit donc porter sur un paramètre de la concurrence (tel que le prix, la quantité et la qualité, le service, le conseil, la publicité, les conditions commerciales, le marketing, la recherche et le développement ou les conditions de livraison). 587 Comme l'explique le Tribunal fédéral, la restriction au sens de l'art. 4 al. 1 LCart est encore neutre du point de vue du droit de la concurrence. 588 C'est l'examen selon l'art. 5 LCart qui permet de déterminer si la restriction à la concurrence est licite ou illicite. 589 329. L'art. 4 al. 1 LCart prévoit que les éléments constitutifs de l'infraction « viser » et « entraîner » sont alternatifs et non cumulatifs, comme le montre déjà le mot « ou » dans le texte de la loi. 590 En raison de ce caractère alternatif, il n'est pas nécessaire que l'accord déploie des effets concrets ; il suffit qu'il ait pour objet une telle restriction. 591 330. Une convention ou une pratique concertée a pour objet de restreindre la concurrence lorsque les participants ont pour programme d'éliminer ou d'affecter un ou plusieurs paramètres de la concurrence ou, en d'autres termes, lorsque la restriction à la concurrence est inhérente à la coordination de comportement. 592 Pour apprécier ce potentiel, plusieurs facteurs sont pertinents : il en va ainsi notamment du contenu de la coopération, des objectifs

583 Voir à ce sujet ATF 147 II 72 consid. 3.4, Hors-Liste-Medikamente II ; TAF, B-552/2015 du 14.11.2017 consid. 4.1, Türprodukte ; TAF, B-8404/2010 du 23.9.2014 consid. 5.3.1, Baubeschläge/SFS unimarket. 584 ATF 147 II 72 consid. 3.4.3, Hors-Liste-Medikamente II.

585 ATF 147 II 72 consid. 3.4.2.3, Hors-Liste-Medikamente II

586 ATF 147 II 72 consid. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II ; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016

consid. 303, Hallenstadion ; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 2.2.3, BMW ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.3, Gaba ; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.6, Gebro. 587 Parmi d'autres : DPC 2020/1, 202 N 834, KTB-Werke ; DPC 2018/4, 790 N 370, Hoch- und

Tiefbauleistungen Engadin III ; DPC 2018/2, 240 N 32, Gym80. 588 ATF 147 II 72 consid. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II.

589 ATF 147 II 72 consid. 3.5, Hors-Liste-Medikamente II.

590 ATF 147 II 72 consid. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II ; voir aussi entre autres TAF, B-3618/2013 du

24.11.2016 consid. 303, Hallenstadion ; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 2.2.3, BMW. 591 ATF 147 II 72 consid. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II; ATF 144 II 246 consid. 6.4.2, Altimum.

592 ATF 147 II 72 consid. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II.

74 qu'elle poursuit, du contexte économique et juridique et, dans ce cadre, de la nature des produits et services concernés ainsi que du fonctionnement et de la structure des marchés en cause. 593 Une intention subjective des parties à l'accord ou des effets réels ne sont pas nécessaires. Il suffit que le contenu de l'accord soit objectivement apte à provoquer une restriction à la concurrence en éliminant un paramètre de la concurrence. 594 331. Une convention ou une pratique concertée a pour effet de restreindre la concurrence lorsqu'elle entraîne une restriction à la concurrence, 595 c'est-à-dire lorsque son application est à l'origine de l'élimination ou de la limitation d'un ou de plusieurs paramètres de la concurrence. 596 C'est le cas lorsqu'elle modifie artificiellement la concurrence et que le marché s'est développé différemment de ce qu'il serait devenu sans elle, compte tenu de la coordination de comportement mise en place. 597 Sont pris en compte non seulement les effets passés et présents, mais il suffit également qu'un effet se produise dans un avenir proche avec une probabilité suffisante. La coordination de comportement doit être causale pour les effets réels ou potentiels. 598

C.4.3 Suppression de la concurrence efficace 332. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, la suppression de la concurrence efficace est présumée en présence des accords suivants, dans la mesure où ils sont passés entre des entreprises se trouvant effectivement ou potentiellement en concurrence entre elles : a. Les accords qui fixent directement ou indirectement des prix ; b. Les accords qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir ; c. Les accords qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

C.4.3.1 Accords horizontaux sur les prix, les territoires ou les partenaires commerciaux

C.4.3.1.1 Accords sur les prix, les territoires ou les partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et c 333. L'art. 5 al. 3 let. a LCart vise les accords portant sur la fixation directe ou indirecte des prix (accord sur les prix). La notion d'accord sur les prix est interprétée de manière large : elle comprend, en tant qu'objet de l'accord, outre le prix, tous les éléments ou composantes du prix. La présomption ne s'applique pas seulement à l'accord

sur les prix en tant que tel, mais aussi à la fixation commune de fourchettes de prix, de marges, de rabais, d'avantages,

593 Voir aussi CJE, ECLI:EU:C:2023:529, N 32 et les références citées, Super Bock; Lignes directrices

du 27. 4.2004 relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité), JO C 101, p. 97 ss, N 22. 594 ATF 147 II 72 consid. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013

consid. 3.2.3, Gaba ; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 3.2.6, Gebro. 595 Voir p. ex. DPC 2020/4a, 1813 N 408, Strassenbau Graubünden.

596 ATF 147 II 72 consid. 3.6, Hors-Liste-Medikamente II ; dans ce sens également, notamment: TAF,

B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 303, Hallenstadion. 597 A ce sujet et concernant ce qui suit : ATF 147 II 72 consid. 3.6 et les références citées, Hors-Liste-

Medikamente II. 598 ATF 147 II 72 consid. 3.6 et les références citées, Hors-Liste-Medikamente II ; voir ATF 129 II 18

consid. 5.1, Buchpreisbindung.

75 d'éléments de prix ou de calculs de prix. 599 En outre, l'accord doit être susceptible d'avoir un effet d'harmonisation des prix. 600 334. L'art. 5 al. 3 let. c LCart s'applique quant à lui aux accords de répartition des marchés par territoire ou par partenaire commercial. Il y a accord de répartition des marchés par partenaires commerciaux lorsque des entreprises concluent un accord visant à répartir entre eux les acheteurs des prestations qu'elles proposent ou leurs fournisseurs. 601 L'art. 5 al. 3 let. c LCart doit être interprété au sens large et ne concerne pas seulement les accords dans lesquels la répartition est fixée directement (p. ex. les clauses de protection de la clientèle entre entreprises concurrentes), mais aussi les accords qui répartissent indirectement les marchés en fonction des partenaires commerciaux. 602 La COMCO a ainsi décidé que l'art. 5 al. 3 let. c LCart s'applique également aux accords qui se limitent à fixer le mécanisme de répartition des partenaires commerciaux. 603

C.4.3.2 Renversement de la présomption légale de suppression de la concurrence 335. Si les conditions de l'art. 5 al. 3 LCart sont remplies, il est présumé de par la loi que l'accord en matière de concurrence supprime la concurrence efficace. Cette présomption peut être renversée en prouvant que, malgré l'accord en matière de concurrence, il subsiste une concurrence externe – actuelle et potentielle – effective (concurrence exercée par des entreprises non parties à l'accord) ou une concurrence interne (concurrence entre les entreprises parties à l'accord). 604 Pour pouvoir en juger, il convient tout d'abord de délimiter les marchés géographiques, de produits et éventuellement temporels pertinents.

C.4.3.2.1 Marché pertinent 336. Lors de la définition du marché pertinent selon le droit des cartels, il convient de déterminer – par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE – quels sont les produits ou services qui sont substituables pour les partenaires potentiels de l'échange du point de vue matériel, géographique et, le cas échéant, temporel. 605 337. En effectuant cette définition, il convient de tenir compte du sens et du but de la délimitation du marché. Ceux-ci résident moins dans la création d'une définition générale du marché pour un secteur économique que dans la possibilité de déterminer la position concrète des entreprises

concernées sur le marché et l'importance de la restriction à la concurrence

599 ATF 129 II 18 consid. 6.5.5, Buchpreisbindung ; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 6.2.1,

Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-7756/2015 du 16.8.2022 consid. 9.3.1, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013. 600 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023, consid. 6.2.1.9, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-807/2012 du

25.6.2018, consid. 10.2.3, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau/Erne. 601 Voir DPC 2020/4a, 1817 N 432, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1110 N 1219,

Bauleistungen See-Gaster ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 474. 602 DPC 2020/3a, 1110 N 1219, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 444 N 595 et 701, Hoch- und

Tiefbauleistungen Engadin I ; DPC 2017/3, 447 N 208, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal ; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 450; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 436 ss. 603 Voir DPC 2020/3a, 1110 N 1219, Bauleistungen See-Gaster; DPC 2019/2, 444 N 595, Hoch- und

Tiefbauleistungen Engadin I; DPC 2017/3, 421 N 208, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal. 604 ATF 129 II 18 consid. 8.1 et les références citées, Buchpreisbindung ; voir TAF, B-771/2012 du

25.6.2018 consid. 8.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere ; Message LCart 1994, FF 1995 I 472, 561. 605 ATF 139 I 72 consid. 9.1 et les références citées, Publigroupe ; ATF 129 II 497 consid. 6.3.1,

Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.1, Hallenstadion ; ATF 129 II 18 consid. 7.2 et 7.3.1, Buchpreisbindung.

76 examinée. 606 La détermination du marché pertinent est également importante notamment pour le montant d'une éventuelle sanction. Il s'ensuit que la délimitation du marché dépend de la restriction (éventuelle) à la concurrence qui est concrètement examinée. Cette circonstance peut à son tour avoir pour conséquence que le contenu de la délimitation du marché diverge selon le comportement examiné (accords, abus de position dominante, concentration d'entreprises), bien qu'il concerne le même secteur économique. 607 Le point de départ est toujours le comportement concrètement examiné. 608 a. Partenaires potentiels de l'échange

338. Pour les trois aspects de la délimitation du marché (matériel, local, temporel), le point de vue des partenaires potentiels de l'échange est important. 609 Les « partenaires potentiels de l'échange » sont les acheteurs concrets des prestations ou des biens qui font l'objet de l'éventuelle restriction à la concurrence examinée. 610 Si les autorités de la concurrence examinent par exemple le comportement d'une entreprise dominante sur le marché, c'est le point de vue des acheteurs du produit vendu par l'entreprise dominante qui est déterminant pour la délimitation du marché. 611 En revanche, lorsque les effets d'un accord de concurrence sont examinés, les personnes physiques ou morales qui achètent ou fournissent les biens ou services visés par l'accord doivent être considérées comme les partenaires potentiels de l'échange. 612 b. Marché des produits pertinent 339. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils

sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE, applicable par analogie en l'espèce). 613 340. L'élément déterminant est donc de savoir si, dans un cas concret, des produits ou des services sont en concurrence du point de vue des partenaires potentiels de l'échange. Cela est le cas si les personnes concernées les considèrent comme substituables en ce qui concerne leurs caractéristiques et l'utilisation prévue, c'est-à-dire s'ils sont interchangeables d'un point de vue matériel. L'interchangeabilité fonctionnelle (concept de marché des besoins) des biens et des services du point de vue des partenaires potentiels de l'échange ainsi que

606 DPC 2017/3, 448 N 215 ss, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal ; DPC 2020/3a, 1111 N 1229,

Bauleistungen See-Gaster ; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 61 ss ; BSK KG- REINERT/WÄLCHLI (n. 81), art. 4 II N 94 ; voir p. ex. OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, p. 11. 607 TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 274 et les références citées (entre autres à la pratique

européenne), ADSL II (et les références citées – également entre autres à la pratique européenne) ; voir aussi p. ex. DPC 2020/4a, 1818 N 440, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1111 s. N 1229, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 445 N 600, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 608 Voir TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2.1, 5.3.3 et 7.2.3, Hallenstadion ; TAF, B-4596/2019

du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, 5.4.3.8, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 5.3.1.3.2, ASCOPA. 609 ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; ATF 141 II 66 consid. 3.2, Hors-Liste-Medikamente I.

610 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-7633/2009 du

14.9.2015 consid. 270, ADSL II ; p. ex. aussi DPC 2020/4a, 1818 N 441, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 445 s. N 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 611 TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, ADSL II.

612 DPC 2020/4a, 1818 N 441, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, Bauleistungen

See-Gaster; DPC 2019/2, 445 s. N 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 613 ATF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2 et les références citées, Hallenstadion ; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 52, Hallenstadion ; TAF, B- 7633/2009 du 14.9.2015 consid. 269, ADSL II.

77 d'autres méthodes permettant de déterminer la substituabilité des biens et des services du point de vue de la demande sont déterminantes. Le point de vue subjectif des personnes concernées par la restriction concrète de la concurrence est déterminant. La substituabilité s'évalue donc sur la base d'un point de vue concret, éventuellement observable empiriquement. 614 Il convient de partir de l'objet de l'enquête concrète. 615 c. Marché géographique pertinent 341. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE). 616

C.4.3.2.2 Concurrence externe 342. Il s'agit de déterminer ci-après dans quelle mesure les entreprises participant à l'accord en matière de concurrence sont disciplinées dans leur comportement par la concurrence externe actuelle ou potentielle de telle sorte que la concurrence efficace ne soit pas éliminée. a. Concurrence actuelle

343. Il y a concurrence externe suffisante lorsque des entreprises tierces qui ne participent pas à l'accord sont en mesure d'influencer les forces concurrentielles sur le marché en cause dans une mesure telle que la concurrence effective n'est pas éliminée. 617 Pour ce faire, l'intensité de la concurrence externe effective doit être évaluée sur la base des structures concrètes du marché. Le poids des entreprises tierces sur le marché en cause par rapport aux participants à l'accord est notamment déterminant à cet égard. 618 b. Concurrence potentielle 344. S'il n'existe pas de concurrence externe effective suffisante pendant la période concernée pour renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace, il convient d'examiner si et dans quelle mesure les parties à l'accord sont ou étaient confrontées à une concurrence potentielle. Concrètement, il s'agit de savoir si des concurrents potentiels pouvaient ou auraient pu pénétrer sur le marché en cause. Si tel est le cas, il convient d'évaluer si cette concurrence potentielle est ou était suffisante pour renverser – malgré l'accord en matière de concurrence – la présomption de suppression de la concurrence efficace. L'évaluation des barrières à l'entrée sur le marché est au premier plan. Sur les marchés caractérisés par des barrières à l'entrée élevées, la concurrence potentielle est typiquement faible, voire inexistante. Ces barrières à l'entrée peuvent notamment consister en des obstacles juridiques, des investissements non amortissables, des coûts de transport élevés ou des surcapacités sur le marché concerné. 619

614 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.7, Leasing/CA Auto Finance.

615 Voir de manière générale : ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; ATF 129 II 18 consid. 7.3.1,

Buchpreisbindung ; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B- 3618/2013 du 24.11.2016 consid. 53, Hallenstadion ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, ADSL II ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9, Gaba. 616 ATF 139 I 72 consid. 9.2.1 et les références citées, Publigroupe ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020

consid. 5.4.1, Hallenstadion ; ATF 129 II 18 consid. 7.2, Buchpreisbindung ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 302, ADSL II ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9.2, Gaba. 617 Voir DPC2016/3, 674 N 165, Flügel und Klaviere ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5

N 238 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 487.

618 Voir DPC 2016/3, 674 ss N 166 ss, Flügel und Klaviere ; DPC 2013/2, 185 ss N 216 ss, Spedition.

619 DPC 2020/4a, 1821 N 461, Strassenbau Graubünden ; DPC 2017/3, 450 N 233, Hoch- und

Tiefbauleistungen Münstertal ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 508 s.

78 C.4.3.2.3 Concurrence interne 345. Dans la mesure où la concurrence externe ne suffit pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace, il reste à examiner si ladite présomption peut être renversée en raison de la concurrence qui subsiste entre les

parties à l'accord (concurrence interne). Une telle concurrence peut exister de deux manières : soit parce que les parties à l'accord ne respectent pas l'accord (concurrence interne au sens strict), soit parce que, malgré l'accord, la concurrence reste suffisante en ce qui concerne les paramètres de concurrence non convenus, mais déterminants sur le marché concret (concurrence résiduelle). 620

C.4.4 Affectation notable de la concurrence 346. Les accords qui ne suppriment pas la concurrence efficace sont illicites, lorsqu'ils affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart). 347. Dans son arrêt Gaba et concernant les accords « durs » visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, le Tribunal fédéral a retenu que le critère de la notabilité constituait une clause bagatelle et qu'une mesure minimale suffisait déjà pour admettre la notabilité. 621 Il a retenu que les accords durs doivent en principe être considérés comme une affectation notable à la concurrence. Une analyse sur la base de critères quantitatifs n'est pas nécessaire pour de tels accords. En outre, ni les effets concrets ni la mise en œuvre ne sont nécessaires. Il suffit au contraire que les accords durs puissent potentiellement affecter la concurrence : en effet, c'est déjà la conclusion d'un accord dur, et non sa mise en œuvre, qui crée un climat nuisible à la concurrence, nuisible au fonctionnement de la concurrence sur le plan économique ou social. 622 En d'autres termes, les accords en matière de concurrence qui tombent sous le coup de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart sont en principe déjà des restrictions notables à la concurrence en raison de leur objet, un élément quantitatif n'étant généralement pas nécessaire à cet effet. 623 Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises. 624 348. S'il n'y a pas d'accord selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, l'accord ne doit être considéré comme une atteinte considérable à la concurrence que si l'appréciation globale sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs montre qu'il ne s'agit pas d'un cas bagatelle. 625 Ces critères se

620 Cf. ATF 129 II 18 consid. 8.3.4, Buchpreisbindung ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5

N 237 ; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 109 ; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 161. 621 Sur l'ensemble : ATF 143 II 297 consid. 5.1, 5.2 et 5.6, Gaba ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 7.3.1, Hallenstadion, selon lequel une appréciation globale et différenciée des accords en matière de concurrence n'est pas l'objet de l'art. 5 al. 1 LCart. 622 ATF 143 II 297 consid. 5.4.2, Gaba, confirmé dans l'ATF 144 II 194 consid. 4.3.2, BMW.

623 ATF 143 II 297 consid. 5.2.5, Gaba, confirmé dans l'ATF 144 II 194 consid. 4.3.1, BMW ; ATF 144 II

246 consid. 10.1 s., Altimum ; TF, 2C_44/2020 du 3.3.2022 consid. 11.2 (consid. non publié à l'ATF 148 II 321), Flammarion. 624 ATF 144 II 194 consid. 4.3, BMW ; ATF 144 II 246 consid. 10.3, Altimum ; TF, 2C_39/2020 du

3.8.2022 consid. 8.3 (consid. non publié à l'ATF 148 II 521), Diffulivre ; ATF 147 II 72 consid. 6.5, Hors- Liste-Medikamente II ; TF, 2C_101/2016 du 18.5.2018 consid. 10.1, Altimum ; TF, 2C_1016/2014 du 9.10.2017 consid. 3.1 et 3.3, Baubeschläge/Siegenia-Aubi AG ; TF, 2C_1017/2014 du 9.10.2017 consid. 3.1 et 3.3, Baubeschläge/KOCH Group AG. 625 Par ex. DPC 2020/4a, 1827 N 513, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2018/4, 835 N 142, Hoch- und

Tiefbauleistungen Engadin VII ; voir aussi TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 6.3.2, ASCOPA; RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 201; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 173 et les références citées.

79 comportent comme un « système mobile » 626 ou comme deux vases communicants : plus l'un des éléments est important, moins l'autre l'est. 627 L'examen global se fait au cas par cas. Une atteinte qualitativement grave peut être importante malgré des effets quantitativement minimes. Inversement, une atteinte dont les effets sont quantitativement importants peut affecter la concurrence de manière significative, même si elle n'est pas qualitativement grave. 628 349. En ce qui concerne l'élément qualitatif, il convient d'apprécier l'importance du paramètre concurrentiel affecté par l'accord – et ce sur le marché concrètement concerné – ainsi que l'ampleur de l'atteinte à ce paramètre concurrentiel. 629 En ce qui concerne l'élément quantitatif, il s'agit en règle générale de déterminer l'ampleur de l'atteinte portée par l'accord au marché en cause, c'est-à-dire le « poids » de l'accord et des entreprises qui y sont parties sur le marché concerné (p. ex. parts de marché, chiffres d'affaires, etc.). 630 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il suffit que les parties à l'accord détiennent ensemble une part de marché non négligeable. 631 350. Pour déterminer dans quelle mesure l'accord affecte la concurrence d'un point de vue quantitatif, il convient de prendre en compte la concurrence actuelle et potentielle des entreprises tierces qui ne participent pas à l'accord (concurrence externe), ainsi que la concurrence interne qui subsiste entre les parties à l'accord (voir à ce sujet les explications sous N 342 ss ci-dessus).

C.4.5 Justification par des motifs d'efficacité 351. Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart : a. lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources, et b. lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace. 352. Premièrement, il convient d'examiner si l'accord en question répond à l'un des motifs d'efficacité légaux susmentionnés. Deuxièmement, l'accord en question doit être nécessaire à

626 ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter du 29.6.2015, N 16 et 59. 627 ATF 143 II 297 consid. 5.2.2, Gaba, confirmé dans TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 7.3.1,

Hallenstadion. 628 DPC 2020/3a, 1117 N 1271 ss, Bauleistungen See-Gaster. Voir aussi art. 14 lit. b de la

Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 12.12.2022, <www.weko.admin.ch/fr> Législation et documentation > Communications / Notes explicatives (22.01.24). 629 DPC 2022/1, 224 N 1580, Abreden im Bereich Luftfracht ; DPC 2020/4a, 1827 N 514, Bauleistungen

Graubünden ; DPC 2020/3a, 1117 N 1272, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2016/3, 739 N 131, Saiteninstrumente ; DPC 2015/2, 179 N 112, Interchange Fees II ; DPC 2013/2, 194 N 258, Spedition ; DPC 2012/1, 105 N 175, Hallenstadion ; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022

E. 6.4.2.3, ASCOPA ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 187; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 82), art. 5 N 176. 630 TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 369, Hallenstadion ; TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015

consid. 9.2.4, BMW ; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 6.5.1, ASCOPA ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 230; CR

Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 137. 631 ATF 129 II 18 consid. 5.2.1, Buchpreisbindung ; voir aussi à ce sujet TAF, B-141/2012 du 12.12.2022

consid. 6.5.1.1, ASCOPA.

80 la mise en œuvre du motif d'efficacité. Troisièmement, il convient d'examiner s'il n'existe aucune possibilité de supprimer une concurrence efficace.

C.4.5.1 Motifs justificatifs 353. L'énumération des motifs justificatifs de l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive, les motifs énumérés devant être compris au sens large. 632 Pour que l'existence d'une justification soit admise, il suffit que l'un d'entre eux soit donné. 633 La prise en compte d'autres motifs non économiques est interdite aux autorités de la concurrence. 634 Les éventuels intérêts publics prépondérants qui pourraient plaider en faveur d'une autorisation exceptionnelle d'un accord en soi illicite au regard du droit des cartels doivent être évalués par le Conseil fédéral (art. 8 LCart). L'examen des motifs justificatifs d'efficacité économique se fait toujours au cas par cas. 635 354. Il convient d'ajouter qu'il n'existe pas déjà des motifs d'efficacité économique lorsqu'un comportement restreignant la concurrence est efficace du point de vue de l'économie d'entreprise des entreprises concernées ; il faut plutôt que l'accord puisse être considéré comme efficace du point de vue de l'économie globale ou des partenaires potentiels de l'échange. 636

C.4.5.2 Nécessité de l'accord 355. L'atteinte à la concurrence doit être nécessaire pour accroître l'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. 637 L'accord est nécessaire si, premièrement, il permet d'atteindre l'objectif d'efficacité (aptitude), deuxièmement, s'il n'existe pas de moyen moins dommageable permettant d'atteindre le même objectif (nécessité) et, troisièmement, s'il n'affecte pas la concurrence de manière excessive par rapport à l'objectif d'efficacité visé (adéquation). 638

C.4.5.3 Possibilité de supprimer la concurrence efficace 356. La notion de suppression de la concurrence efficace doit être comprise comme à l'art. 5 al. 1 LCart. Toutefois, contrairement à ce dernier, l'art. 5 al. 2 let. b LCart n'exige pas qu'il y ait suppression ; il suffit ici que la possibilité d'une telle suppression soit ouverte. 639 Il suffit donc que l'accord sur la concurrence donne aux parties à l'accord la possibilité d'éliminer la

632 Voir à ce sujet ATF 129 II 18 consid. 10.3, Buchpreisbindung ; ATF 144 II 246 consid. 13.2, Altimum ;

DPC 2020/3a, 1122 N 1306, Bauleistungen See-Gaster. 633 ATF 143 II 297 consid. 7.1, Gaba ; ATF 144 II 246 consid. 13.2, Altimum ; ATF 129 II 18, 45

consid. 10.3, Buchpreisbindung. 634 Dans ce sens, ATF 147 II 72 consid. 7.2, Hors-Liste-Medikamente II, selon lequel la notion

d'efficacité doit être comprise dans un esprit économique. 635 TAF, B-3332/2012 du 13.11.2015 consid. 10.1, BMW ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 13,

Gaba ; TAF, B-463/2010 du 19.12.2013 consid. 12, Gebro. 636 ATF 143 II 297 consid. 7.1, Gaba.

637 ATF 144 II 246 consid. 13.5.3, Altimum ; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 81), art. 5 N 332.

638 Voir sur l'ensemble ATF 143 II 297 consid. 7.1, Gaba ; ATF 147 II 72 consid. 7.2, Hors-Liste-

Medikamente II ; sur la nécessité, également ATF 129 II 18 consid. 10.4, Buchpreisbindung. 639 Voir aussi Message LCart 1994 FF 1995 I 472, 557 s., selon lequel l'art. 5 al. 2 let. b, LCart ne doit

pas seulement tenir compte de l'état actuel des conditions de concurrence, mais aussi de l'évolution future découlant de l'accord de concurrence. Dans ce sens également DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 5 N 328. Contre cette différence, ATF 144 II 246 consid. 13.1, Altimum, et CR Concurrence- AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 341, en considérant que la condition prévue à l'art. 5 al. 2 let. b LCart est remplie sans autre examen si la présomption a été supprimé.

81 concurrence efficace à l'avenir. 640 La question de savoir si cette possibilité existe se détermine d'un point de vue objectif et dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret.

C.5 Accord illicite en matière de concurrence : [...] ([...]) 357. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la soumission de [...] (voir N 122 ss).

C.5.1 Accord en matière de concurrence

C.5.1.1 Entreprises de niveaux de marché identiques ou différents 358. Dans le cas d'espèce, les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer sont actives sur les mêmes échelons de marché. Elles sont en concurrence notamment pour la collecte et le transport des déchets vu qu'elles étaient concurrentes pour l'appel d'offres de [...]. Cette condition est ainsi donnée.

C.5.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue) 359. Il a été prouvé que Favre Martigny et Favre et Studer ont coordonné leur comportement pour l'appel d'offres de la commune de [...] (N 167 ss). Concrètement, il y a eu trois échanges entre les parties à l'accord, dont deux par téléphone. Les contacts par téléphone ne peuvent par nature pas se produire de manière fortuite ; au contraire, ils démontrent que Favre Martigny a recherché le contact avec Favre et Studer afin de discuter de l'appel d'offres. Favre et Studer savait également très bien ce que Favre Martigny souhaitait, à savoir avoir le moins de concurrents dangereux à l'ouverture des offres (N 180). Les intentions des deux parties étaient donc réciproquement connues et Favre Martigny a agi afin de convaincre Favre et Studer de ne pas déposer d'offre. Finalement, à la suite des démarches de Favre Martigny, Favre et Studer a renoncé à déposer son offre pour la commune de [...] se conformant ainsi à ce que Favre Martigny souhaitait, respectivement, ce qu'elle avait clairement exprimé lors de leurs échanges. Favre Martigny et Favre et Studer se sont donc entendues sur le comportement que Favre et Studer devait adopter, à savoir renoncer au dépôt de son offre dans le cadre de la soumission de [...], de telle sorte qu'il existe une coordination de comportement entre ces entreprises. Cette condition est ainsi donnée.

C.5.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entraînée 360. La coordination portait sur le comportement que Favre et Studer devait adopter lors de l'appel d'offres de [...], à savoir ne pas déposer une offre. Par conséquent, le non-dépôt d'une offre calculée, signée et datée – quand bien même celle-ci était supérieure à l'offre ayant remportée l'appel d'offres concerné, comme en l'espèce – correspond à une suppression d'offre et donc à la suppression d'une alternative crédible limitant d'emblée le choix de l'adjudicateur. Inviter un plus grand nombre d'entreprises aurait dû permettre à la commune d'avoir de nouvelles options (N 157) et de bénéficier de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le fait de supprimer une offre crédible et sérieuse affecte nécessairement la concurrence, peu importe que cette offre soit ou non la plus avantageuse économiquement. Ici également, cette condition est donc donnée.

640A ce sujet : CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (n. 81), art. 5 I LCart N 337; DIKE KG- BANGERTER/ZIRLICK (n. 82), art. 5 N 328.

82 C.5.1.4 Conclusion intermédiaire 361. Vu ce qui précède, il existe bien un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre les parties.

C.5.2 Suppression de la concurrence efficace

C.5.2.1 Accord horizontal de répartition des marchés ou des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart 362. L'objet de l'accord en matière de concurrence entre Favre Martigny et Favre et Studer est le non-dépôt de l'offre de Favre et Studer dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...]. Le fait que Favre et Studer renonce au dernier moment à déposer son offre alors que l'entreprise l'avait établie et signée, et que cette offre était donc prête à être remise, constitue une suppression d'offre. La suppression d'une offre sérieuse avantage par conséquent l'attribution du mandat à l'entreprise qui bénéficie de cette suppression. L'accord en matière de concurrence entre les parties était de nature à affecter l'attribution du mandat, ce qui constitue une répartition en fonction des partenaires commerciaux, visé par l'art. 5 al. 3 let. c LCart. De tels accords sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace. Dans ce qui suit, il est examiné si la présomption de la suppression de la concurrence efficace peut être renversée.

C.5.2.2 Renversement de la présomption légale de suppression de la concurrence 363. Afin d'examiner si la présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché pertinent.

C.5.2.2.1 Marché pertinent a. Partenaire de l'échange 364. Dans le cas d'espèce, le partenaire de l'échange est la commune de [...], qui a sollicité des prestations pour collecter [...] en procédant à un appel d'offres. La commune de [...] a invité [...] entreprises sises dans le Bas-Valais et le Valais central, lesquelles sont, selon leurs activités, capables d'effectuer les prestations désirées par la commune de [...]. b. Marché de produit pertinent 365. En l'espèce, l'accord en matière de concurrence porte sur l'appel d'offres de la commune de [...] pour [...]. Par conséquent, il est retenu que le marché pertinent des produits englobe la fourniture de l'ensemble de ces services demandés lors de cet appel d'offres. c. Marché géographique pertinent

366. Dans le cas d'espèce, la commune de [...] a invité [...] entreprises spécialisées dans le transport de déchets ; [...] entreprises implantées dans le Bas-Valais y ont répondu tandis que les [...] entreprises restantes situées dans le Valais central n'ont pas déposé d'offres. 641 Favre et Studer avait la volonté incontestable de déposer une offre, elle y a toutefois

renoncé à la suite des échanges avec Favre Martigny, l'entreprise ayant remporté le marché (N 122 s.). Deux entreprises du Valais central se sont excusées auprès de la commune de [...] ; l'une a invoqué un changement de responsable en cours et l'autre une impossibilité technique et administrative de répondre à l'appel d'offres (N 172). Aucune des trois entreprises n'a invoqué l'impossibilité de répondre à l'appel d'offres au vu des distances à parcourir, alors qu'il est notoire dans la profession que l'élimination des ordures ménagères doit se faire dans l'usine

641 A I.1, N 2 ss.

83 d'incinération avec laquelle la commune a conclu un contrat. En outre, les documents de l'appel d'offres précisent sans ambiguïté que les ordures ménagères de la commune de [...] doivent être éliminées auprès de la SATOM, alors que les exutoires pour tous les autres déchets sont laissés au libre choix du soumissionnaire. 642 367. En l'espèce, Favre Martigny a répété durant toute la procédure qu'il n'était pas efficace économiquement parlant d'opérer hors giron de la SATOM, c'est-à-dire en dehors du territoire de la SATOM à cause des surcoûts de transport engendrés, soit des kilomètres non productifs (N 170). Toutefois, il ne convient pas dans le cas d'espèce de limiter le marché géographique au territoire de la SATOM pour les arguments suivants : - [...], entrepreneur expérimenté, voulait clairement déposer une offre pour la commune de [...] notamment car son entreprise souhaite développer ses parts de marché (N 177) ; il a en outre déclaré lui-même que [...] était une région limitrophe dans laquelle son entreprise était active ; - [...] a en outre déclaré que pour attaquer un gros marché, il serait prêt à délocaliser un camion (N 171). Rien ne justifie qu'il n'en serait pas aussi de même pour d'autres transporteurs – comme Favre et Studer – et le marché de [...] était intéressant car le contrat durait [...] ans (N 119) ; - Favre Martigny opère précisément hors de sa zone d'activité lorsqu'elle transporte les ordures ménagères de la commune [...] à la station d'incinération UTO pour les communes du Valais central ; 643 la commune [...] est précisément comme celle de [...] située [...] (N 106) ; - Favre et Studer n'a jamais invoqué la distance de parcours jusqu'à la SATOM pour expliquer à la commune de [...] pourquoi elle avait finalement décidé de ne pas déposer son offre ; - Aucune des deux entreprises du Valais central excusées auprès de la commune de [...] n'a invoqué la distance de parcours jusqu'à la SATOM comme principale raison pour ne pas déposer d'offre ; - L'exutoire était uniquement déterminé pour l'une des six prestations que le soumissionnaire devait fournir à la commune de [...], soit les ordures ménagères ; cinq des autres prestations n'avaient soit pas d'exutoire, soit un exutoire laissé au libre choix du soumissionnaire (N 170) ; il est cependant relevé que la prestation pour la collecte et le transport des ordures ménagères constituait le poste le plus important pour l'appel d'offres. 368. Même si la distance joue un rôle certain dans le calcul d'une offre et donc dans les coûts finaux du soumissionnaire, la délimitation du marché géographique ne saurait être arbitrairement limitée au prétexte que la distance générerait des coûts additionnels. Le fait que la commune de [...] invite [...] entreprises du Valais central et le fait qu'une d'entre elles avait établi deux offres et avait la ferme volonté de répondre à cette invitation démontre que le marché géographique ne peut être limité au Bas-Valais seulement. Par conséquent, il est retenu en l'espèce que le marché géographique est délimité par les régions du Bas-Valais et du Valais central. d. Conclusion intermédiaire 369. Le marché pertinent d'espèce est délimité par l'appel d'offres de la commune de [...] pour les régions du Bas-Valais et du Valais central.

642 A.V.20, Avenant N 1 du 13 juin 2019, p. 2 ss.

643 A.V.28, p. 4.

84 C.5.2.2.2 Concurrence externe 370. Dans ce qui suit, il est examiné dans quelle mesure la concurrence actuelle et potentielle discipline le comportement des participants à l'accord en matière de concurrence. a. Concurrence externe actuelle et potentielle 371. [...] entreprises autres que Favre Martigny et non contactées par cette dernière ont déposé une offre à la suite de l'invitation de la commune de [...]. Il s'agit de [...], concurrents externes à l'accord en matière de concurrence. Afin d'analyser la force de la concurrence externe, il est nécessaire de passer en revue ces entreprises. 372. L'offre [...] était supérieure de [45-60] % à l'offre de Favre Martigny [...] et comportait des irrégularités singulières. Ainsi, [...] a exactement indiqué le même prix unitaire de CHF 1'497.05 pour quatre positions très différentes. Une telle offre ne peut être considérée comme une offre sérieuse. En outre, la commune de [...] n'a pas pu trouver d'autres explications à une telle singularité si ce n'est que le soumissionnaire ne souhaitait pas investir trop de temps lors de l'établissement de son offre (N 163). Par conséquent, le potentiel de concurrence provenant d'une offre élevée et bâclée doit être considéré comme faible voire nulle. 373. Avec une offre de [25-40] % plus élevée que l'offre de Favre Martigny, TMR a avoué être passée à côté du marché selon ses propres termes (N 233). Par ailleurs, il y a lieu de relever que TMR ne dispose que d'un camion poubelle alors que Favre Martigny en dispose d'un nombre plus important. Selon les prévisions établies pour le CTM, Favre Martigny devait apporter au CTM au moins trois à quatre fois plus de tonnes d'ordures ménagères que TMR. 644 En outre, Favre Martigny disposait d'un quai de transfert pour les ordures ménagères mais aussi pour le verre et le papier lors de l'appel d'offres de [...], alors que TMR en était dépourvue. TMR a également relevé que le marché de [...] était complexe au vu des nombreux points de collecte et que, même en essayant de suivre Favre Martigny, TMR n'a pas réussi à déposer une offre crédible (N 156). A l'inverse, Favre Martigny connaissait déjà très bien le marché, puisqu'elle était déjà en charge de ces tâches (N 124). Dans ces conditions, la concurrence externe émanant de TMR demeurait faible. 374. L'offre de Retripa Valais est supérieure de [5-20] % à l'offre de Favre Martigny. Même si Retripa a elle-même déclaré qu'elle n'était pas intéressée par le marché et qu'elle a soumissionné uniquement sur insistance de la commune afin de leur proposer d'autres solutions (N 157), Retripa représentait toute de même une certaine pression concurrentielle pour Favre Martigny. 375. Par ailleurs, la concurrence potentielle est limitée aux entreprises invitées par la commune à déposer une offre, ce à quoi s'ajoute que parmi les trois entreprises qui n'ont pas répondu à l'appel d'offres, deux entreprises ont expressément décliné l'invitation, et elles ne peuvent donc même pas être considérées comme des concurrentes potentielles.

C.5.2.2.3 Concurrence interne 376. Comme indiqué (N 359), Favre et Studer a renoncé à déposer une offre en faveur de Favre Martigny, laquelle a remporté l'appel d'offres de la commune de [...]. Toutefois, Favre et Studer a accepté tacitement la demande de Favre Martigny. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que Favre Martigny a été informée de la décision de Favre et Studer de ne pas déposer son offre. Par conséquent, Favre Martigny a dû agir, respectivement calculer son offre en gardant en tête que Favre et Studer aurait pu soumissionner. Il est donc retenu qu'il existait un résidu de concurrence interne, respectivement une certaine pression concurrentielle potentielle de la part de Favre et Studer.

644 A III.A.40.

85 C.5.2.2.4 Conclusion intermédiaire 377. En considérant conjointement le potentiel de concurrence interne et externe, la présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée. Il est toutefois nécessaire d'examiner ci-après si l'accord en matière de concurrence a notablement affecté la concurrence efficace.

C.5.3 Affectation notable de la concurrence

C.5.3.1 Critères qualitatifs 378. En ce qui concerne les critères qualitatifs, il est constaté que Favre Martigny et Favre et Studer se sont coordonnées sur le comportement à adopter lors de la soumission de [...], à savoir sur la suppression de l'offre de Favre et Studer. Une telle suppression d'offres était inmanquablement de nature à favoriser l'attribution du mandat à Favre Martigny tout en réduisant le choix d'alternatives pour l'adjudicateur. Or, la commune de [...] cherchait précisément à obtenir plusieurs offres pour – comme l'a relevé Retripa – avoir de nouvelles idées (N 158). En ce sens, un comportement visant à supprimer une alternative – dangereuse pour un soumissionnaire mais souhaitée par l'adjudicateur – constitue une entente sur un paramètre concurrentiel fondamental dans l'attribution du contrat. De manière générale, les cartels de soumission, qui constituent des accords durs, engendrent selon la jurisprudence du Tribunal fédéral une atteinte notable à la concurrence efficace, indépendamment des critères quantitatifs (voir N 347).

C.5.3.2 Critères quantitatifs 379. Comme rappelé au paragraphe précédent, une analyse des critères quantitatifs n'est en principe pas nécessaire pour les accords durs au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, comme en l'espèce. Au vu du peu d'offres sérieuses reçues par la commune de [...] (voir N 123), le présent cas impliquant le retrait d'une offre n'est manifestement pas un cas bagatelle.

C.5.3.3 Appréciation globale 380. Au vu de ce qui précède, l'accord de répartition des territoires entre les entreprises Favre Martigny et Favre et Studer constitue une affectation notable à la concurrence.

C.5.4 Conclusion intermédiaire 381. L'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart a affecté notablement la concurrence. Sous réserve de motifs d'efficacité économique, cet accord est illicite.

C.5.5 Justification pour des motifs d'efficacité économique

382. Il n'existe aucun motif d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) pouvant justifier l'accord en matière de concurrence dans le cas d'espèce. En effet, il ne peut exister de tel motif d'efficacité lorsqu'une offre, respectivement qu'une alternative crédible est supprimée alors que l'adjudicateur souhaitait précisément disposer de plusieurs offres. En outre, de tels motifs n'ont pas été avancés par les parties.

C.5.6 Résultat

383. Dans le cas d'espèce, Favre Martigny et Favre et Studer ont conclu un accord en matière de concurrence, lequel favorisait Favre Martigny pour l'attribution du mandat, ce qui constitue une répartition en fonction des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart.

86 La présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée. Toutefois, l'accord en matière de concurrence affecte notablement la concurrence sans que des motifs d'efficacité économique le justifient. L'accord en matière de concurrence est par conséquent illicite.

C.6 Accord illicite en matière de concurrence : Fully (2013) 384. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss, s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la soumission de Fully (N 183 ss). A titre préliminaire, il est relevé que le marché public concerné, octroyé pour une durée de 5 ans (soit jusqu'au 31 décembre 2018), 645 échappe à la prescription (art. 49a al. 3 let. b LCart).

C.6.1 Accord en matière de concurrence

C.6.1.1 Entreprises de niveaux de marché identiques ou différents 385. Dans le cas d'espèce, les entreprises impliquées, soit Retripa, TMR ainsi que les entreprises mentionnées dans l'e-mail du 4 septembre 2013 (N 186) sont des entreprises qui sont au moins des concurrentes potentielles sur le marché de la collecte et du transport de déchets. TMR et Retripa sont des concurrentes directes sur le marché de la collecte et du transport de déchets. Cette condition est ainsi donnée.

C.6.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue) 386. Retripa a appelé des potentielles concurrentes pour sonder leurs intérêts. Appeler quelqu'un par téléphone ne peut être une action fortuite. Il s'agit d'une action souhaitée de la part de la personne qui compose un numéro pour joindre la personne désirée, laquelle peut lui fournir la réponse sur l'intérêt d'une entreprise ou non à un appel d'offres. De plus, l'e-mail du 4 septembre 2013 de Retripa à Favre Martigny est également clair sur le fait que l'action de Retripa était consciente et voulue (N 186) lorsque Retripa écrit qu'elle « continue à creuser », c'est-à-dire à s'informer sur les actions des papables sur le marché. 646 Par ailleurs, dès le moment où la contrepartie répond à l'appel, elle est également consciente qu'elle discute d'un marché en cours de préparation. Ainsi, les entreprises contactées par Retripa ont consciemment fait part de leur absence d'intérêt (à tout le moins) pour la sous-traitance des transports, ce dont Retripa a pu inférer l'absence d'intérêt pour le marché à titre principal. Or, cette dernière information, soit qu'un concurrent n'est pas intéressé par un marché, est à même d'influencer potentiellement le comportement de Retripa en lien avec ce marché. La condition de la coordination de comportement est ainsi donnée.

C.6.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entraînée 387. Acquérir une information particulière comme la non-participation ou le désintérêt d'une entreprise à déposer une offre pour une soumission peut être de nature à influencer le comportement de l'entreprise qui a obtenu, quel qu'en soit le moyen, cette information. Or, Retripa a coordonné son comportement non pas qu'avec une entreprise mais avec plusieurs entreprises potentiellement concurrentes, lesquelles auraient pu déposer une offre pour la soumission de Fully en 2013. Ainsi, la somme des intérêts annoncés individuellement (mais tous reçus par Retripa) par les entreprises contactées constitue une information clairement plus sensible que l'intérêt individuel d'un seul concurrent potentiel. Connaître les intérêts de tous les papables potentiels est par conséquent de nature à influencer objectivement la concurrence sur le marché, respectivement le comportement de l'entreprise détentrice de cette information (soit la somme des échanges d'intérêts). Dans le cas d'espèce, en contactant

645 A V.A.21.

646 A III.A.94.

87 différentes entreprises après avoir conclu une sous-traitance avec l'entreprise Favre Martigny, Retripa a acquis plusieurs informations qui indiquaient que Retripa serait selon

toute vraisemblance la seule entreprise à déposer une offre pour la soumission de Fully, ce qu'elle a effectivement été. Acquérir une telle information est de nature à influencer objectivement le comportement de Retripa et donc l'expression de la concurrence sur le marché en question. Cette condition est ainsi également donnée.

C.6.1.4 Conclusion intermédiaire 388. Retripa a ainsi interpellé chacune des entreprises mentionnées – soit TMR, Fleutry SA, P & L Perraudin Transports SA, Samuel Rossier Transports SA et Primfer SA – afin de déduire les intérêts de ses (potentielles) concurrentes. Acquérir séparément l'information de tous les intérêts des (potentielles) concurrentes à déposer ou non une offre pour ladite soumission est indéniablement de nature à influencer le comportement, sur le marché concerné, de l'entreprise qui procède à cette acquisition. Partant, vu que la connaissance de l'intérêt de chaque (potentielle) concurrente et donc au final de l'ensemble des intérêts des (potentielles) concurrentes est de nature à influencer la concurrence, cet échange individuel d'informations ainsi que la coordination dans son ensemble constituent des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. C'est toutefois Retripa qui est au centre de cette acquisition d'intérêts, vu que c'est cette dernière qui est en mesure de tirer des conclusions de la somme des informations acquises, respectivement d'en profiter. 389. Un tel accord en matière de concurrence ne tombe sous aucune des hypothèses de l'art. 5 al. 3 LCart et doit donc être analysé selon l'art. 5 al. 1 LCart. Il est par conséquent nécessaire d'examiner si cet accord affecte notablement la concurrence efficace sur le marché pertinent.

C.6.2 Affectation notable de la concurrence

C.6.2.1 Marché pertinent a. Partenaire de l'échange 390. Dans le cas d'espèce, le partenaire de l'échange est la commune de Fully qui a sollicité des prestations pour la gestion de sa déchetterie communale et pour la collecte du papier et du carton ainsi que du verre. L'appel d'offres était ouvert et toutes les entreprises actives dans le domaine de la gestion de déchetterie et de la collecte de déchet pouvaient y répondre. a. Marché de produit pertinent 391. En l'espèce, l'accord en matière de concurrence porte sur l'appel d'offres de la commune de Fully pour la gestion de la déchetterie communale et pour l'enlèvement du papier et du carton ainsi que du verre. Par conséquent, il est retenu que le marché pertinent des produits englobe la fourniture de l'ensemble de ces services demandés lors de cet appel d'offres. b. Marché géographique pertinent

392. En l'espèce, Fully se trouve dans la région du coude du Rhône, voisine à Martigny. Elle se trouve ainsi au centre de Bas-Valais ; il ne s'agit donc pas d'une commune limitrophe au Valais central [...]. Par ailleurs, Retripa a contacté différentes entreprises pour sonder leurs intérêts, lesquelles sont principalement actives dans la région du Bas-Valais, plus précisément dans la région du coude du Rhône. Par conséquent, il y a lieu de définir le marché géographique comme étant la région formée par le Bas-Valais.

88 c. Conclusion intermédiaire 393. Au vu de ce qui précède, le marché pertinent d'espèce est délimité par l'appel d'offres de la commune de Fully (comprenant ainsi la gestion de la déchetterie communale et l'enlèvement du papier et du carton ainsi que du verre) pour la région du Bas-Valais.

C.6.2.2 Critères quantitatifs 394. Vu que l'accord en matière de concurrence sur la coordination des échanges d'intérêts ne constitue pas un accord dit dur, il y a lieu d'analyser les critères quantitatifs d'un tel accord pour déterminer si l'atteinte est notable. a.

Concurrence externe actuelle et potentielle 395. Aucune autre offre n'a été déposée. Par

conséquent, la concurrence actuelle était inexistante. Quant à la concurrence potentielle, elle était également clairement limitée, si pas inexistante, dans le sens où Retripa avait déjà contacté la majeure partie des entreprises actives sur le marché pertinent. b. Concurrence interne 396. Les entreprises qui ont mentionné à Retripa leur absence d'intérêt n'ont finalement pas déposé d'offres. Le potentiel de concurrence interne était donc très faible, étant entendu qu'il restait une petite incertitude pour Retripa quant au fait que ces entreprises ne déposent effectivement pas d'offre.

C.6.2.3 Critères qualitatifs 397. Au vu de la très faible concurrence actuelle et potentielle, il y a lieu de retenir qu'un seul coup de téléphone peut influencer fortement l'expression de la concurrence sur des marchés oligopolistiques. A plus forte raison lorsqu'une entreprise agrège les intérêts de la plupart, si ce n'est de la totalité des entreprises potentiellement concurrentes, l'atteinte peut être qualitativement grave car le potentiel de discipline émanant de concurrentes désintéressées à l'appel d'offres est très faible.

C.6.2.4 Appréciation globale 398. S'il n'a pas éliminé la concurrence efficace, l'accord en matière de concurrence a affecté notablement la concurrence en considérant tant les aspects qualitatifs que quantitatifs.

C.6.3 Justification pour des motifs d'efficacité économique 399. En l'espèce, il n'existe aucun motif d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart) qui pourrait justifier l'accord en matière de concurrence. En particulier, dès lors que Retripa s'était engagée envers Favre Martigny à lui sous-traiter la collecte du papier/carton, il n'y avait aucune nécessité pour Retripa de sonder les intérêts d'autres entreprises, même en ce qui concerne la seule sous-traitance de cette collecte.

C.6.4 Résultat 400. Vu ce qui précède, un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart bénéficiant à Retripa seule doit être retenu, Retripa ayant agrégé les intérêts de la plupart de ses (potentielles) concurrentes pour la soumission de Fully. Cet accord a affecté notablement la concurrence efficace sur le marché pertinent au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il soit justifié par des motifs d'efficacité économique. Par conséquent, l'accord en matière de concurrence est illicite.

89 C.7 Accord illicite en matière de concurrence : Martigny-Combe (2019) 401. Comme il l'a été établi sous N 237 s. ci-dessus, les discussions entre les entreprises Favre Martigny, TMR et Retripa n'ont pas abouti sur une concordance de volonté suite au refus de Favre Martigny, de telle sorte que les entreprises Favre Martigny et TMR ont librement fixé le prix de leurs offres respectives dans le cadre du marché public de Martigny-Combe, y compris en ce qui concerne les prestations de transfert. 402. En l'absence de consensus, il n'existe pas dans ce contexte d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, et, a fortiori, d'accord illicite en matière de concurrence au sens de l'art. 5 LCart.

C.8 Accord illicite en matière de concurrence : CTM 403. Dans les paragraphes qui suivent, il sera analysé à l'aune des principes exposés sous N 316 ss s'il y a eu un accord illicite en matière de concurrence dans le cadre de la création du CTM (voir N 241 ss).

C.8.1 Accord en matière de concurrence

C.8.1.1 Entreprise de niveaux de marché identiques ou différents 404. Dans le cas d'espèce, les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR sont actives sur les mêmes échelons de marché. Elles sont notamment en concurrence pour la collecte et le transport des déchets. Cette condition est ainsi donnée.

C.8.1.2 Coordination de comportement (action collective consciente et voulue) 405. Les parties ont établi une coopération pour le transfert de tous types de déchet dans la région de Martigny en constituant une entreprise dénommée CTM. Afin de former le CTM, les parties ont participé à des réunions communes dès 2017 (N 283). Ces discussions se sont matérialisées par la rédaction d'une convention d'actionnaires en 2019, laquelle était aboutie vu qu'il ne manquait plus que les signatures des actionnaires, ainsi que par la mise en activité du CTM (sans toutefois y inclure le Quai Favre ; N 283). Dans ce contexte, il n'existe aucun doute sur le fait que les parties ont toutes agi de manière consciente et voulue à l'établissement de cette coopération entre entreprises, matérialisée par la convention d'actionnaires. Cette condition est donc également donnée.

C.8.1.3 Restriction à la concurrence visée ou entraînée 406. A titre liminaire, il est relevé que la création d'une entreprise commune n'est pas illicite en soi selon le droit des cartels, a fortiori lorsque de telles structures entraînent des effets pro- concurrentiels, par exemple en visant une exploitation plus rationnelle des ressources. Toutefois, dans le contexte de la création du CTM, les parties ont dû échanger des informations sensibles, notamment sur les tonnages pour chaque type de déchet qui transiteraient dans la région d'activité du CTM en établissant une prévision sur trois ans (N 295). Elles ont ainsi échangé des informations sensibles et futures sur leurs parts de marchés pour la collecte et le transport de tous types de déchets dans la région d'activité du CTM. Dans le cadre de ces discussions sur la création du CTM, il est inévitable que des échanges aient eu lieu également sur la stratégie des entreprises concernant notamment les développements futurs de chacune des entreprises en lien avec la création du CTM. 407. Par ailleurs et dans le cadre de ces discussions, les entreprises ont discuté et fixé des prix moyens pour chaque type de déchets afin d'établir un budget provisionnel. Ces prix moyens n'ont pas été appliqués car ils servaient avant tout à établir des budgets prévisionnels pour le CTM : ils étaient « fictifs » et servaient principalement à déterminer la viabilité de leur projet. Toutefois, le fait de s'échanger des informations sur les prix de transferts permet aux

90 participants d'inférer la stratégie des autres entreprises en gagnant des informations plus précises sur le marché. Connaître en plus de détails la stratégie de concurrents, même seulement concernant les transferts de déchets, offre la possibilité à une entreprise de s'adapter et de modifier sa stratégie. Acquérir ce genre d'informations sur les parts de marché et la stratégie de transfert est objectivement de nature à influencer la concurrence sur le marché. Par la suite, les actionnaires ont fixé de concert des listes de prix pour les prestations par type de clients (interne, entreprise externe et personne privée) en se basant sur les prix moyens discutés au préalable. Cela n'a toutefois été fait que pour le site des Vorziers seulement. 408. Vu ce qui précède, cette condition est donc également donnée.

C.8.1.4 Conclusion intermédiaire 409. Dans le cadre de la planification, puis de la mise en activité du CTM, il existe un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR. Cette coopération a d'abord pris la forme d'un échange d'informations sensibles concernant d'une part les volumes de ces trois entreprises pour tous types de déchets dans la zone d'activité et d'autre part leur stratégie pour le transfert de déchets. Ces informations sensibles sont propres à influencer la stratégie des entreprises dans le futur. 410. Une fois le projet entériné, les actionnaires du CTM ont créé le CTM et l'ont géré conjointement, fixant notamment des prix pour les prestations du site des Vorziers.

C.8.2 Qualification selon l'art. 5 al. 1 ou al. 3 let. a LCart 411. Comme vu ci-dessus, l'accord entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR se compose d'une coopération globale portant sur plusieurs aspects, tous en vue de la création de l'exploitation du CTM. Il serait artificiel de diviser cette coopération en deux accords, le premier couvrant l'échange d'informations préalables à la création du CTM, le second la fixation des prix du site des Vorziers lors du démarrage de ses activités. 412. Parmi les aspects de la coopération figure notamment la fixation de prix du CTM pour les prestations du site des Vorziers. Toutefois, la fixation directe ou indirecte des prix ne fait pas l'objet de l'accord entre Favre Martigny, Retripa et TMR ; c'est au contraire la création et l'exploitation du CTM qui en est l'objet, la fixation des prix des prestations du site des Vorziers étant simplement l'une des composantes de la coopération globale entre les actionnaires du CTM, inhérente à la mise en route des activités de ce dernier. Compte tenu toutefois des accords amiables conclus avec les entreprises concernées et la dissolution du CTM, il est renoncé à examiner davantage la question de savoir si la fixation des tarifs du site des Vorziers pourrait constituer un accord distinct sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart.

C.8.3 Affectation notable de la concurrence

C.8.3.1 Marché pertinent a. Partenaires de l'échange 413. Le marché pertinent est défini selon les partenaires potentiels de l'échange, lesquels sont divisés en deux groupes : d'une part, les communes et les privés et, d'autre part, les acteurs privés. b. Marché pertinent de produit 414. Les communes ou autres entités publiques (comme les hôpitaux) tout comme les acteurs privés sont les partenaires de l'échange des actionnaires du CTM en tant que transporteurs. Ces partenaires de l'échange demandent l'enlèvement d'une série de déchets, ce que prestent

91 selon différentes modalités les transporteurs et notamment les transporteurs actionnaires du CTM. Dans cette configuration, le CTM n'intervenait – lorsqu'il intervenait – que sur une partie du cycle du déchet (voir les explications aux N 95 ss et le schéma au N 294). Toutefois, les prix de transfert définis par le CTM (plus précisément par ses actionnaires) se répercutaient sur les partenaires de l'échange finaux. Il y a donc lieu de définir ici un marché pertinent de produits pour la collecte et le transport des déchets pour y examiner les effets de l'accord en matière de concurrence. c. Marché pertinent géographique

415. Le marché pertinent est défini par l'activité très locale du CTM, laquelle se limitait, comme la convention d'actionnaires le prévoit, aux districts d'Entremont, de Martigny et d'une partie du district de Saint-Maurice (N 284). Au-delà de cette zone, le transfert de déchets par le CTM devenait rapidement déraisonnable et la convention n'obligeait plus les actionnaires à y transiter, ce qui ne voulait toutefois pas dire que les actionnaires ne pouvaient pas y transiter. Il y avait un intérêt à passer par le CTM dès le moment où le CTM pouvait offrir une plus-value logistique, ce qui se produisait principalement dans la zone définie par la convention. d. Conclusion intermédiaire 416. Il ressort par conséquent qu'il existe un marché pertinent pour la collecte et le transport de déchets déterminé par la zone d'activité du CTM, soit les districts d'Entremont, de Martigny et une partie du district de Saint-Maurice.

C.8.3.2 Affectation notable de la concurrence – critères qualitatifs 417. Il est en premier lieu relevé que des entreprises collaborant sur un segment de marché comme le transfert des déchets n'ont pas d'intérêt à se nuire réciproquement, sans toutefois que cela veuille dire

qu'elles s'entendent. Cette forme de « cessez-le-feu » durable est de nature à amoindrir la concurrence, respectivement à en limiter son expression. Ceci vaut non seulement sur le marché pertinent, mais aussi dans les zones d'activité dans lesquelles les entreprises se retrouvent en concurrence au-delà du marché pertinent. 418. A cela s'ajoute que l'échange d'informations entre Favre Martigny, TMR et Retripa a permis de véhiculer des informations sensibles entre elles, aucune procédure (telle que la mise en place de chinese walls) n'ayant été mise en place pour éviter que ces informations ne soient utilisées à d'autres fins que la mise en place du CTM. Cela amoindrit potentiellement la concurrence interne sur le marché de la collecte et du transport des déchets pour la zone d'activité du CTM.

C.8.3.3 Affectation notable de la concurrence – critères quantitatifs a. Concurrence actuelle 419. Sur le marché de la collecte et du transport de déchets dans la région délimitée par la zone d'activité du CTM, la concurrence actuelle aux trois actionnaires est faible. Les procès-verbaux d'ouverture des offres reçus de quelques communes indiquent que très peu d'entreprises sont actives sur le marché pertinent (N 103 ss), en particulier dans le segment de la voirie. L'entreprise P & L Perraudin Transport SA possède cependant un camion à compression et elle est active dans le segment de la voirie notamment pour la collecte et le transport des ordures ménagères de la commune de Saillon depuis 2019 (N 203). Toutefois, cela ne change en rien au fait que Favre Martigny, TMR et Retripa sont les acteurs les plus importants sur le marché pertinent et qu'ils possèdent conjointement dans la zone d'activité définie par le marché pertinent géographique la plus grande flotte de camions à compression et de camions pour le transfert de déchets.

92 b. Concurrence potentielle 420. Favre Martigny, Retripa et TMR ont mentionné l'existence de l'entreprise Transvoirie qui aurait pu ou voulu à un moment donné pénétrer le marché valaisan (N 290). Toutefois, bien que cette crainte existât, l'entreprise Transvoirie n'est pas encore entrée sur le marché pertinent, notamment sur le segment de la voirie et même si quelques bennes de Transvoirie ont été repérées. Par conséquent, il n'y a pas lieu de retenir qu'il s'agissait d'une concurrente potentielle. Par ailleurs, l'entreprise Samuel Rossier Transports SA aurait également pu s'avérer une concurrente aux trois parties. Cependant, cette dernière s'est cantonnée à être active uniquement dans la région bagnarde, non comprise dans le marché pertinent. Par exemple, lorsqu'elle a été invitée à déposer une offre pour la commune de Martigny-Combe en 2019 (N 104), elle n'a pas déposé d'offre, pas plus qu'elle n'a déposé des offres lors de la soumission de Martigny (N 108). Par conséquent, la possibilité d'une concurrence potentielle émanant de Samuel Rossier Transports SA était relativement faible sur le marché pertinent. 421. A noter enfin que, depuis la reprise de P & L Perraudin Transports SA par Samuel Rossier Transports SA (semble-t-il au printemps 2022 ; N 77), le nombre de concurrents dans la région a encore baissé. c. Concurrence interne 422. L'accord en matière de concurrence pour le CTM affecte une fraction de 10 à 20 % de l'ensemble du cycle du déchet (N 297 ss). Par conséquent, les actionnaires du CTM demeurent donc en concurrence sur une partie essentielle du cycle du déchet. Cela ne suffit toutefois pas à compenser la faible concurrence actuelle et potentielle, en particulier en considérant l'absence de procédures visant à éviter que des informations ne soient utilisées à d'autres fins que la mise en place du CTM (telle que la mise en place de chinese wall).

C.8.3.4 Conclusion intermédiaire 423. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'accord entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR concernant la mise en place

et l'exploitation du CTM n'a pas éliminé la concurrence efficace, mais affecte la concurrence de façon notable et il est donc illicite, à moins d'être justifié pour des motifs d'efficacité économique (N 424).

C.8.4 Justification pour des motifs d'efficacité économique 424. Sous les points qui suivent, il y a lieu d'examiner si les accords, lesquels affectent notablement la concurrence sur le marché pertinent, peuvent être justifiés pour des motifs d'efficacité économique.

C.8.4.1 Justification par des motifs d'efficacité 425. En créant le CTM, les actionnaires du CTM suivaient le but d'améliorer le processus de pré-tri et de tri des déchets (N 288). Il s'agit là d'une exploitation plus rationnelle des ressources, notamment du carburant nécessaire au transport des déchets vers les exutoires. Il y a un donc un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 let. a LCart.

C.8.4.2 Nécessité de l'accord 426. Afin d'analyser les motifs d'efficacité économique, il y a lieu de distinguer entre le site des Vorziers et le Quai Favre. En effet, la collaboration entre TMR et Retripa sur le site des Vorziers apparaît comme nécessaire pour améliorer le processus de pré-tri et de tri des déchets et donc exploiter plus rationnellement les ressources en créant ce nouveau site. 427. A l'inverse, la participation de Favre Martigny et du Quai Favre dans le CTM ne semble pas comporter des motifs d'efficacité économique – même s'il peut être discuté de la nécessité

93 d'assurer au CTM les volumes importants transportés par Favre Martigny en incluant cette dernière au projet – vu que le Quai Favre n'apporte que très peu de possibilités de réaliser des gains (supplémentaires) d'efficacité en permettant ainsi d'améliorer les processus productifs et la gestion des ressources. En effet, le Quai Favre pratiquait déjà l'optimisation et la massification des déchets et il était ouvert notamment à TMR, qui l'a utilisé pour y faire transiter du verre et des ordures ménagères. Par conséquent, l'ajout du Quai Favre dans le CTM n'était pas nécessaire. En outre, il est à nouveau relevé que la politique de prix envisagée en 2019 aurait augmenté les prix de transfert des ordures ménagères de 19 %. Cette augmentation ne résulte d'aucune amélioration du processus de production et aurait concerné l'ensemble des ordures ménagères sur le marché pertinent. Partant, l'accord ne peut être justifié pour des motifs d'efficacité économique. 428. A cela s'ajoute que l'échange d'informations dans le cadre de la création du CTM n'a, comme il l'a été relevé (N 292 et 418), pas été encadré de manière à assurer que les informations sensibles ne puissent être réutilisées à d'autres fins. En particulier, les personnes impliquées dans ce projet étaient en général également chargées des appels d'offres pour leurs entreprises respectives (N 292). 429. Faute de nécessité, l'accord en matière de concurrence n'est ainsi pas justifié.

C.8.5 Résultat 430. L'accord en matière de concurrence passé entre les entreprises Favre Martigny, Retripa et TMR et portant sur la mise en place et l'exploitation du CTM est notable sur le marché pertinent, sans être justifié par des motifs d'efficacité économique. Cet accord est donc illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

94 D Mesures 431. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable. Les mesures en ce sens sont tant des injonctions visant à éliminer des restrictions illicites à la concurrence sur la base de l'art. 30 al. 1 LCart (N 432 ss) que des sanctions administratives pécuniaires selon l'art. 49a LCart (voir N 444 ss). La possibilité de sanctionner directement certains comportements n'exclut pas l'adoption simultanée de mesures. 647

D.1 Mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart et approbation des accords amiables 432. En présence d'une restriction illicite à la concurrence, la COMCO peut ordonner des mesures selon l'art. 30 al. 1 LCart afin de la supprimer. Les mesures ordonnées servent à réaliser le but de la LCart, à savoir empêcher les conséquences économiques ou sociales néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence. 648 433. L'art. 30 al. 1 LCart ne prévoit pas de limitation du contenu des mesures possibles : il n'y a pas de *numerus clausus* de mesures envisageables. 649 La loi laisse au contraire un large pouvoir d'appréciation à la COMCO pour prendre les mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif de la LCart dans un cas particulier. 650 Elle peut imposer aux parties concernées les obligations de faire (obligation), de tolérer (tolérance) ou de s'abstenir (interdiction) dans un cas concret et les assortir de sanctions en cas de violation. 651 Lors de la définition des mesures concrètes, le principe de proportionnalité 652 (art. 5 al. 2 Cst. 653) ainsi que le principe de précision de la base légale 654 doivent être respectés. 434. Au lieu d'ordonner (unilatéralement) des mesures pour éliminer des restrictions illicites à la concurrence, la COMCO peut approuver un accord amiable conformément à l'art. 29 LCart. Le contenu de l'accord amiable porte, selon l'art. 29 al. 1 LCart, sur la manière d'éliminer la restriction illicite à la concurrence. Son but est d'éliminer le comportement anticoncurrentiel pour l'avenir et d'élaborer une alternative conforme au droit des cartels. Un règlement amiable du litige pour un comportement passé est exclu, car le droit de sanctionner de l'Etat ne peut pas faire l'objet de négociations. Le comportement illicite mis en œuvre jusqu'à la conclusion de l'accord amiable est donc soumis à la menace de sanctions directes jusqu'au moment de sa suppression, la durée et le moment de la cessation de la restriction illicite à la concurrence ou un comportement coopératif des parties devant être pris en compte dans le calcul de la sanction. 655

647 TF, 2C_782/2021 du 14.9.2022 consid. 4, en particulier consid. 4.3 et 4.4, *Implenia*.

648 ATF 148 II 475 consid. 4.4, *Implenia*.

649 ATF 148 II 475 consid. 4.3.2, *Implenia* ; TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.1 et les

références citées, *Implenia*. 650 TAF, B-5161/2019 du 9.8.2021 consid. 4.2.4, *Implenia*.

651 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 59.

652 ATF 148 II 475 consid. 5, *Implenia* ; ATF 148 II 321 consid. 12.7, *Flammarion* ; BSK KG-

ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 30 N 59 s. 653 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

654 ATF 148 II 475 consid. 6.3, *Implenia*.

655 ATF 145 II 259 consid. 2.5.2 ; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 6.2, 7.2 ss (consid. non publiés

à l'ATF 139 I 72), *Publigroupe* ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 7.4.2 et 7.4.5.3, *Publigroupe* ainsi que DPC 2007/2, 190 N 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* ; voir aussi CARLA BEURET, *Die einvernehmliche Regelung im schweizerischen Kartellrecht*, Thèse 2016, 63 s.

95 435. Il ressort des considérants qui précèdent que toutes les parties à la procédure ont participé au minimum à un accord illicite en matière de concurrence dans le domaine de la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets dans le canton du Valais (voir N 383, 400 et 430 ss). Elles doivent être tenues de se comporter de manière à empêcher de futures restrictions à la concurrence comparables.

436. Concrètement : Il convient d'interdire à toutes les parties à la procédure (à l'exclusion du CTM) : - en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, d'échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché. Il convient d'interdire à Favre Martigny et Favre et Studer : - de solliciter de concurrents ou de proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets. Il convient toutefois d'exclure des interdictions listées ci-dessus : - l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance. 437. Dans le cas d'espèce, le Secrétariat a ainsi conclu des accords amiables avec quatre parties (N 46), mais non avec le CTM, ses trois actionnaires ayant décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise avant la clôture de l'enquête (N 45 et 283). 438. L'accord amiable conclu le 29 novembre 2023 avec Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny est le suivant : 1. Favre Martigny s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets. 2. Favre Martigny s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché. 3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance. 439. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec TMR Transports de Martigny et Régions SA est le suivant :

1. TMR s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les intérêts concernant des clients et/ou des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché. 2. L'obligation qui précède ne s'applique pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance.

440. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec RETRIPA VALAIS SA est le suivant :

96 1. Retripa s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les intérêts concernant des clients et/ou des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché. 2. L'obligation qui précède ne s'applique pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance. 441. L'accord amiable conclu le 7 novembre 2023 avec Favre et Studer SA est le suivant : 1.

Favre et Studer s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

2. Favre et Studer s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché. 3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou de relations de sous-traitance. 442. Les accords susmentionnés décrivent de manière suffisamment précise, complète et claire les engagements que les parties ont pris pour se comporter à l'avenir de manière conforme au droit des cartels. Les restrictions illicites à la concurrence qui existaient jusqu'à présent sont éliminées sur la base des accords conclus, et la situation juridique est suffisamment claire pour les entreprises concernées. La COMCO approuve les accords amiables au sens de l'art. 29 al. 2 LCart. 443. Il convient de souligner que les violations ou les infractions aux mesures ordonnées en l'espèce et aux présents accords amiables sont passibles d'une sanction administrative, respectivement pénale conformément aux art. 50 et 54 LCart. Cette possibilité de sanction découle de la loi elle-même, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de mentionner une menace de sanction dans le dispositif, qui ne serait que déclarative et non constitutive. 656

D.2 Sanction

D.2.1 En général 444. En vertu de leur ratio legis, les sanctions administratives prévues aux art. 49a ss LCart – et en particulier les sanctions directes introduites par la révision de 2003 en cas d'infractions particulièrement dommageables au droit des cartels – doivent garantir l'application efficace des prescriptions en matière de concurrence et empêcher les infractions à la concurrence grâce à leur effet préventif. 657 Les sanctions directes ne peuvent être prononcées que conjointement avec une décision finale constatant l'illicéité de la restriction à la concurrence en question. 658

656 Voir TAF, B-2157/2006 du 3.10.2007 consid. 4.2.2, Flughafen Zürich AG, Unique ; REKO/WEF du

9.6.2005, DPC 2005/3, 555 consid. 6.2.6, Telekurs Multipay. 657 Message du 7.11.2021 relatif à la révision de la loi sur les cartels (ci-après : Message LCart 2002),

FF 2002 1911, en particulier 1912, 1922 ss et 1929. 658 Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1922.

97 445. En raison de son aspect punissable, la procédure en matière de cartels est une procédure administrative à caractère pénal, mais pas une procédure purement pénale. Les garanties correspondantes des art. 6 et 7 CEDH 659 et des art. 30 et 32 Cst. sont donc en principe applicables à l'ensemble de la procédure ; il convient de se prononcer sur leur portée lors de l'examen des différentes garanties. 660 446. Il est précisé qu'en l'espèce, seule l'entreprise Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny fera l'objet d'une sanction, les autres pratiques n'étant pas sanctionnables au sens de l'art. 49a LCart. Quant à l'entreprise Favre et Studer SA, elle est exemptée de toute sanction en raison de son autodénonciation (N 48 s. et 128 ss).

D.2.2 Conditions

D.2.2.1 Eléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart 447. L'imposition d'une sanction aux parties à la procédure présuppose qu'elles ont rempli les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart. Selon cette disposition, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 LCart est passible d'une sanction. Il en résulte les éléments constitutifs objectifs suivants : - il doit s'agir d'une pratique illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart (N 448) ; - la pratique illicite doit avoir été commise par des entreprises au sens de la loi sur les cartels (N 449 s.).

D.2.2.1.1 Pratiques illicites au sens de l'art. 49a al. 1 LCart 448. Un des comportements exposés ci-dessus (voir N 383) constitue un accord sur les partenaires commerciaux qui affecte notablement la concurrence et viole ainsi l'art. 5 al. 3 let. c LCart en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart. Le fait que les accords illicites aient conduit ou non à la suppression d'une concurrence efficace ou à une atteinte considérable à la concurrence n'est pas déterminant pour la question de savoir si une sanction peut être prononcée. 661 Il s'agit donc d'une pratique illicite au sens de l'art. 49a al. 1 LCart.

D.2.2.1.2 Entreprises 449. Les restrictions illicites à la concurrence auxquelles se réfère l'art. 49a al. 1 LCart doivent être commises par une « entreprise ». Pour la notion d'entreprise, il est fait référence à l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart. 662 450. En l'espèce, toutes les parties qui ont participé à un ou plusieurs des accords illicites en matière de concurrence constatés étaient, au moment des faits, des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 et 1bis LCart.

659 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

(CEDH ; RS 0.101). 660 ATF 148 II 182 consid. 3.3.3 et les références citées, Hors-Liste-Medikamente II/Galexix ; ATF 146 II

217 consid. 8.1 et les références citées, ADSL II ; ATF 143 II 297 consid. 9, Gaba ; ATF 139 I 72 consid. 2.2.2, Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 6.4.1, 9.1, DCC. 661 ATF 144 II 194 consid. 4.3 ss et 6.1 ss, BMW ; ATF 143 II 297 consid. 9.4.1 ss, Gaba ; ATF 147 II

72 consid. 8.3.1, Hors-Liste-Medikamente II. 662 ATF 146 II 217 consid. 8.5.1, ADSL II ; confirmé dans TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.2,

DCC ; ainsi que TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.1, Publigroupe (consid. non publié à l'ATF 139 I 72).

98 D.2.2.2 Imputabilité 451. Selon la jurisprudence, l'imputabilité constitue l'élément subjectif de l'art. 49a al. 1 LCart. 663 Selon cette jurisprudence, le critère déterminant pour établir l'imputabilité est au moins un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation, dont l'existence ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées. En particulier, l'infraction au droit des cartels ne doit pas pouvoir être attribuée à une personne physique déterminée. 664 452. Si une infraction au droit des cartels est prouvée, il existe en règle générale aussi un manque de diligence objectif ou une faute d'organisation. Ce n'est que dans de rares cas que l'imputabilité pourrait manquer, par exemple lorsque l'infraction au droit des cartels commise par un collaborateur sans statut d'organe n'était pas connue au sein de l'entreprise et n'aurait pas pu l'être même si l'organisation avait été adéquate, et que l'entreprise a pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre d'elle pour empêcher l'infraction au droit des cartels. 665 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a notamment un manque de diligence objectif ou une

faute d'organisation lorsqu'une entreprise adopte ou poursuit un comportement, alors qu'elle est consciente ou aurait dû être consciente que ce comportement pourrait être contraire au droit des cartels. 666 453. En l'espèce, les personnes physiques qui ont agi pour les entreprises en cause et conclu les accords anticoncurrentiels l'ont fait en connaissance de cause, et ont au moins accepté leurs effets d'élimination ou de restriction à la concurrence ; elles ont donc agi au moins par dol éventuel à cet égard. Il convient ensuite de constater que les personnes physiques qui ont agi étaient soit autorisées à signer pour les entreprises concernées, soit faisaient au moins partie des cadres moyens ou supérieurs ou de la direction de l'entreprise. Leur intention (éventuelle) concernant les actes qu'elles ont accomplis est donc sans autre imputable aux entreprises concernées. 454. D'autres raisons qui s'opposeraient à ce que les comportements anticoncurrentiels en question puissent être reprochés aux entreprises ne sont pas perceptibles et ne sont pas non plus avancées par les parties. Ainsi, la loi sur les cartels et ses normes fondamentales peuvent être considérées comme connues des entreprises en question. 667 Les entreprises doivent faire tout ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles pour s'assurer que les dispositions du droit des cartels sont respectées. En l'espèce, il n'apparaît pas que les parties ont pris des mesures organisationnelles appropriées et efficaces pour empêcher les accords de concurrence concernés.

663 Voir not. ATF 147 II 72 consid. 8.4.1 s., Hors-Liste-Medikamente II ; ATF 146 II 217 consid. 8.5.2,

ADSL II ; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, Gaba ; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.2.2, Publigroupe (consid. non publié à l'ATF 139 I 72) ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3, DCC ; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.3, Sport im Pay-TV. 664 ATF 147 II 72 consid. 8.4.2 et les références citées, Hors-Liste-Medikamente II ; 146 II 217 consid. 8.5.2 et les références citées, ADSL II ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 9.3.1, DCC ; TF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly. 665 TAF, B-831/2011 consid. 1492, DCC ; DPC 2021/4, 847 N 80, Pöschl Tabakprodukte ; DPC 2020/4,

1886 N 177, Netzzugang EGZ und ewl. 666 ATF 146 II 217 consid. 8.5.2, ADSL II ; ATF 143 II 297 consid. 9.6.2, Gaba ; TF, 2C_484/2010 du

29.6.2012 consid. 12.2.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), Publigroupe ; TAF, 2C_145/2018 du 7.10.2021 consid. 8.3.2, Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly. 667 DPC 2011/1, 190 N 558 et les références citées, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion

(DCC) ; voir aussi art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (loi sur les publications officielles, LPubl ; RS 170.512).

99 D.2.2.3 Sanctionnabilité sur le plan temporel 455. Conformément à l'art. 49a al. 3 let. b LCart, aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête. Pour l'examen de ce délai de cinq ans, il convient de prendre en compte, au cas par cas, toute la durée de l'infraction concrète à la concurrence. 456. En ce qui concerne l'appel d'offres de [...], celui-ci a eu lieu en [...] et c'est également cette année-là que l'accord entre les entreprises Favre et Studer et Favre Martigny a eu lieu. La présente enquête a été ouverte le 28 avril 2021 (le 31 janvier 2023, elle a été étendue contre Retripa, TMR et le CTM). Partant, rien ne s'oppose à ce que

l'infraction au droit des cartels portant sur l'appel d'offres de [...] soit sanctionnée du point de vue temporel.

D.2.3 Calcul de la sanction 457. La conséquence juridique d'une infraction au sens de l'art. 49a al. 1 LCart est l'imposition à l'entreprise fautive d'un montant pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce montant représente donc la sanction la plus élevée possible. La sanction concrète est calculée en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite, en tenant compte de manière appropriée du bénéfice présumé que l'entreprise a ainsi réalisé. Les critères concrets de calcul et donc les détails du calcul de la sanction sont précisés dans l'OS LCart 668 (voir art. 1 let. a OS LCart). 458. La fixation concrète du montant de la sanction relève en principe du pouvoir d'appréciation de la COMCO, qui est encadré par le principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart). 669 La sanction doit être « douloureuse », mais ne doit pas conduire une entreprise à la faillite, car cela ne servirait finalement pas la concurrence. Dans cette mesure, le montant de la sanction doit être raisonnablement proportionnel aux capacités de l'entreprise. Toutefois, le préjudice financier doit être si important qu'il ne vaut pas la peine de participer à une infraction. 670 459. La COMCO détermine le montant effectif de la sanction en fonction des circonstances concrètes de chaque cas, sachant que la sanction doit être fixée individuellement pour chaque entreprise participant à une infraction, dans les limites fixées par la loi. 671 460. Selon les critères de l'OS LCart, il faut d'abord partir d'un montant de base (art. 3 OS LCart), qui doit être adapté dans un deuxième temps à la durée de l'infraction (art. 4 OS LCart), avant de tenir compte, dans un troisième temps, des circonstances aggravantes et atténuantes (art. 6 s. OS LCart). La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart ; art. 7 OS LCart). En présence d'une autodénonciation, il peut être entièrement renoncé à une sanction, ou celle-ci peut être réduite (art. 8 ss OS LCart).

461. Comme déjà indiqué précédemment, seul l'accord de soumission concernant l'appel d'offres de [...] est concerné par une sanction dans le cas d'espèce.

668 Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart ; RS 251.5).

669 ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.3, ADSL II ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, DCC ; ATF

147 II 72 consid. 8.5.2, Hors-Liste-Medikamente II. 670 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.1, DCC ; ATF 146 II 217 consid. 9.1, ADSL II ; ATF 144 II

194 consid. 4.3 ss et 6.1 ss, BMW ; ATF 143 II 297 consid. 9.7.2, Gaba ; 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.2 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), Publigroupe. 671 ATF 146 II 217 consid. 9.1, ADSL II ; ATF 144 II 194 consid. 6.2, BMW ; ATF 143 II 297

consid. 9.7.1, Gaba ; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.1 (consid. non publié à l'ATF 139 I 72), Publigroupe.

100 D.2.3.1 Montant de base 462. Selon l'OS LCart, le montant de base représente, selon la gravité et le type de l'infraction, jusqu'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). Conformément au but de l'art. 3 OS LCart, le chiffre d'affaires déterminant est celui réalisé au cours des trois exercices précédant l'abandon du comportement

anticoncurrentiel. 672 La prise en compte de cette durée d'infraction à la LCart a notamment pour but d'absorber autant que possible la rente cartellaire obtenue. a. Limite supérieure du montant de base 463. La limite supérieure du montant de base s'élève, conformément à l'art. 3 OS LCart, à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices précédant la cessation de la restriction illicite à la concurrence. 673 464. Le chiffre d'affaires selon l'art. 49a al. 1 LCart est déterminé sur la base des comptes annuels des entreprises. Dans le cas de groupes, c'est le chiffre d'affaires respectif du groupe qui est déterminant et qui résulte en principe des comptes consolidés. 674 Pour la détermination du chiffre d'affaires, les art. 4 ss OCCE s'appliquent par analogie, dans la mesure où ils sont adaptés au cas concret. 675 465. C'est le chiffre d'affaires réalisé sur le « marché pertinent » qui est déterminant, car le comportement anticoncurrentiel n'a d'effet que sur ce marché. Pour le calcul de la sanction, il n'est donc pas nécessaire en l'occurrence de déterminer à nouveau le marché déterminant, mais il peut être renvoyé ci-dessus (N 364 ss), étant précisé en l'espèce que l'accord illicite est intervenu dans le cadre de la procédure d'appel d'offres de la commune de [...], de telle sorte que c'est la valeur totale de ce marché qui constitue le chiffre d'affaires pertinent. 466. Compte tenu de ce qui précède, la limite supérieure du montant de base dans le cas présent est le suivant : la valeur annuelle du marché mis en soumission à [...] s'élève à CHF 231'993.65.- 676 pour une durée de dix ans, de telle sorte que le chiffre d'affaires que réaliserait l'entreprise Favre Martigny sur les 10 années du marché public en question s'élèverait théoriquement à CHF 2'319'936.-. 677 Or, en tenant compte des chiffres d'affaires concrets pour le marché de [...] de 2020 à 2022, 678 on obtient un chiffre d'affaires sur 10 ans légèrement plus bas, soit CHF 2'114'180.-. Il en résulte ainsi une limite supérieure de CHF 211'418.- pour le montant de base. b. Prise en compte du type et de la gravité des infractions 467. Conformément à l'art. 3 OS LCart, le montant de base calculé sur la base du chiffre d'affaires doit être fixé selon la gravité et le type de l'infraction. Il convient donc d'examiner ci- après la gravité de la présente infraction à la LCart.

672 ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.6, ADSL II ; TAF, B-7920/2015 du 16.8.2022 consid. 11.2.5, VPVW

Stammtische/Projekt Repo 2013 ; TAF, B-581/2012 du 16.9.2016 consid. 9.2.3, Nikon. 673 TAF, B-823/2016 du 2.4.2020 consid. 6.1.2, Flügel und Klaviere ; LAUTERBURG in : SIWR V/2 (n. 82),

N I.24. 674 ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.1, ADSL II.

675 ATF 146 II 217 consid. 9.2.2.4, ADSL II.

676 Voir A V.A.20, tableau synthétique des adjudications en p. 2 du document pdf.

677 DPC 2017/1, 103 N 68, Eflare ; TAF, B-645/2018 du 14.8.2023 consid. 15.2.

678 A I.97 et A I.98.

101 468. En principe, la gravité de l'infraction doit être évaluée au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. 679 Les entreprises participant à l'accord sanctionné ici ont eu un comportement illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est la « gravité objective, c'est-à-dire indépendamment de la faute » qui est déterminante, c'est-à-dire le potentiel de risque abstrait ; il faut en outre tenir compte, entre autres, du degré d'atteinte à la concurrence, de l'efficacité de l'infraction

ainsi que du nombre de participants. 680 469. Il n'est possible de tirer des conclusions générales sur la qualification d'accords concrets comme étant graves que dans une mesure très limitée, car cela dépend toujours des circonstances concrètes du cas d'espèce. Il ne fait aucun doute que les accords selon l'art. 5 al. 3 LCart qui éliminent la concurrence – en tant que cartels horizontaux durs – constituent en règle générale des infractions graves au droit des cartels. Entre autres, les accords horizontaux qui éliminent la concurrence par les prix doivent en principe être classés dans le tiers supérieur du cadre des sanctions possibles, c'est-à-dire entre 7 et 10 %, en raison de leur grand potentiel de nuisance. Les accords qui affectent considérablement la concurrence et qui ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique ont tendance à être plus légèrement sanctionnés. En outre, il faut généralement partir du principe que les restrictions à la concurrence qui remplissent simultanément plusieurs éléments constitutifs au sens de l'art. 5 LCart sont à considérer comme plus graves que celles qui ne remplissent qu'un seul élément constitutif. 681 470. En l'espèce, l'accord retenu concernant la soumission de [...] tombe certes sous l'art. 5 al. 3 LCart. Il est également rappelé que l'entreprise Favre Martigny a bien obtenu l'adjudication du marché public en question pour une durée de 10 ans. Toutefois, l'accord en matière de concurrence n'a pas supprimé la concurrence efficace, d'une part parce que plusieurs entreprises concurrentes ont pu déposer une offre (N 371 ss), d'autre part parce qu'il existait également une concurrence interne entre les participants à l'accord (N 376), ce qui justifie une sanction plus légère que les 7 à 10 % évoqués ci-dessus. Partant et en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, un pourcentage de 6 % du montant de base est retenu en l'espèce.

D.2.3.2 Durée de l'infraction 471. Conformément à l'art. 4 OS LCart, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 % si la pratique anticoncurrentielle a duré d'un à cinq ans. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire. 472. Dans ce cadre, l'autorité fixe le montant du supplément de durée en tenant compte de la nature et du contenu de la restriction à la concurrence et de ses effets dans le temps. Dans sa pratique actuelle, la COMCO a appliqué un pourcentage de 10 % par année prise en compte pour une durée comprise entre un et cinq ans. 682 Le Tribunal fédéral a confirmé cette

679 ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2 s., ADSL II ; confirmé par le TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, DCC. 680 ATF 146 II 217 consid. 9.2.3.2, ADSL II ; ATF 144 II 194 consid. 6.4, BMW ; TF, 2C_596/2019 du

2.11.2022 consid. 10.2.3, DCC. Voir aussi PETER G. PICHT, in : Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (éd.), 2e éd. 2021, art. 3 OS LCart N 16. 681 TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.5.6.4, Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne ;

Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart ; ci-après : Notes OS LCart), p. 3. 682 DPC 2020/3a, 1133 s. N 1381 ss, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2020/3a, 1219 N 520 s.,

Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen ; DPC 2019/3b, 1006 ss N 2604 ss, Badezimmer ; DPC 2018/2, 358 N 103 ss, Gerätebenzin ; DPC 2018/1, 111 s. N 213 ss, Verzinkung.

102 pratique et, compte tenu d'un certain schématisme admissible et du principe de proportionnalité, a jugé conforme au droit fédéral une augmentation du montant de base de 10 % par année entamée, pour une durée de un à cinq ans. 683 473. En l'espèce, il a déjà été

tenu compte du fait que le marché public de [...] concerné a été conclu pour une durée de 10 ans. C'est ainsi qu'il a été tenu compte du fait que le chiffre d'affaires que réalisera l'entreprise Favre Martigny pour ce marché s'étalera sur 10 années (voir N 466). Partant, en majorant à nouveau le montant annuel capitalisé sur 10 ans pour tenir compte de la durée de l'infraction, il serait en réalité procédé à une seconde majoration du montant de base pour la même pratique anticoncurrentielle et sur le même laps de temps, ce qui n'est pas admissible. Partant, le montant de base ne saurait être majoré afin de tenir compte d'une certaine durée de l'infraction.

D.2.3.3 Circonstances aggravantes 474. Aucune circonstance aggravante au sens de l'art. 5 OS LCart n'est perceptible en l'espèce.

D.2.3.4 Circonstances atténuantes 475. Enfin, des circonstances atténuantes doivent être prises en compte conformément à l'art. 6 OS LCart. Il convient d'examiner en premier lieu les circonstances atténuantes mentionnées à l'art. 6 OS LCart. En outre, des circonstances atténuantes non mentionnées peuvent également être prises en considération. 684 476. Le comportement coopératif des parties à la procédure est en principe reconnu comme un motif d'atténuation non mentionné dans l'OS LCart. 685 Dans la pratique, il faut considérer comme un comportement coopératif aussi bien la volonté et la disposition à conclure un accord amiable que la reconnaissance des faits reprochés.

D.2.3.4.1 Coopération particulièrement bonne 477. Une coopération particulièrement bonne permet, conformément à la pratique et selon l'art. 6 al. 1 OS LCart, une réduction de la sanction de 20 %. Est considéré comme une coopération particulièrement bonne par exemple le fait de déposer volontairement des moyens de preuves ou le fait de reconnaître les faits. 686 478. En l'espèce, même si elle n'a pas déposé de programme de clémence, l'entreprise Favre Martigny a admis les faits dans leur quasi-intégralité et elle a par ailleurs spontanément fourni au Secrétariat des informations conséquentes, précises et documentées sur le marché, ce qui a facilité la tâche des autorités de la concurrence dans une importante mesure.

479. Vu ce qui précède, cette bonne coopération doit être prise en compte sur la base de l'art. 6 OS LCart avec une réduction de la sanction de 15 %.

683 ATF 146 II 217 consid. 9.3, ADSL II ; TF, 2C_484/2010 du 29.6.2012 consid. 12.3.4 (consid. non

publié à l'ATF 139 I 72), Publigroupe. 684 Les énumérations de l'art. 5 et de l'art. 6 OS LCart ne sont pas exhaustives ; OFK II-PICHT (n. 680),

art. 5 OS LCart N 2 ; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 66 et 83. 685 Voir notamment B-4596/2019 du 6.6.2023 consid. 9.6.3 ainsi que les références citées, Leasing –

CA Auto Finance. 686 Note du Secrétariat de la COMCO : Accords amiables du 28.2.2018, N 12, <www.comco.admin.ch

> Législation et documentation > Notes > (19.1.2024).

103 D.2.3.4.2 Conclusion d'un accord à l'amiable 480. La volonté et la disposition à conclure un accord à l'amiable sont considérées par les autorités de la concurrence comme un comportement coopératif lors de la détermination de la sanction. La coopération doit être prise en compte dans le cadre de l'art. 6 OS LCart. En ce qui concerne l'ampleur de la réduction en cas de conclusion d'un accord amiable, la volonté et la disposition à conclure

un tel accord peuvent en principe donner lieu à une réduction de la sanction pouvant aller jusqu'à 20 %, en fonction du moment et de l'état de la procédure. 687 481. En l'espèce, l'accord amiable a été signé par l'entreprise Favre Martigny alors que l'enquête et la totalité des mesures d'instruction étaient terminées, toutefois encore avant la notification de la proposition de décision (art. 30 al. 2 LCart). Grâce à la conclusion de l'accord amiable, il a ainsi été possible, dans un souci d'économie de procédure, non pas de renoncer à des mesures d'enquête supplémentaires, mais de réduire dans une certaine mesure la densité de la motivation de la décision. Dans ce contexte, il se justifie en l'espèce d'accorder une réduction de sanction supplémentaire de 10 % pour la conclusion de l'accord amiable.

D.2.3.4.3 Résultat 482. Vu ce qui précède et afin de tenir compte des circonstances atténuantes, une réduction de sanction de 25 % (15 % + 10 %) est octroyée à Favre Martigny pour bonne coopération ainsi que pour la conclusion de l'accord amiable.

D.2.3.5 Sanction maximale 483. La sanction ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart et art. 7 OS LCart). Sont déterminants à cet égard les trois derniers exercices clôturés avant le prononcé de la décision. 688 Le chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'art. 49a al. 1 LCart se calcule par analogie selon les critères de calcul du chiffre d'affaires lors de concentrations d'entreprises ; les art. 4 et 5 OCCE s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne constitue pas le point de départ du calcul concret de la sanction ; c'est plutôt à la fin - mais avant la prise en compte d'une éventuelle autodénonciation (voir art. 12 al. 2 OS LCart) - du calcul concret de la sanction effectué sur la base des autres critères mentionnés dans la LCart et l'OS LCart que l'on vérifie si le montant maximal n'est pas dépassé (art. 7 OS LCart) ; le cas échéant, une réduction correspondante doit être opérée. 484. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer le chiffre d'affaires total de l'entreprise Favre Martigny, car la sanction maximale au sens de l'art. 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart n'est manifestement pas dépassée.

D.2.3.6 Autodénonciation – remise totale 485. Si une entreprise collabore à la découverte et à l'élimination de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer totalement ou partiellement à la sanction de cette entreprise. Ce principe est énoncé à l'art. 49a al. 2 LCart, les modalités d'une exonération

687 COMCO, 6.12.2021, N 840 s., Belagswerke Bern, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html> (19.1.2024) ; DPC 2019/4, 1152 N 93, Stöckli Ski ; DPC 2019/4, 1171 N 109, Bucher Landtechnik ; DPC 2018/2, 371 N 77 s., RIMOWA ; DPC 2018/1, 112 N 218, Verzinkung ; DPC 2018/2, 358 N 107 s., Gerätebenzin ; BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 87 ; Note du Secrétariat de la COMCO : Accords amiables du 28.2.2018, N 11, <www.comco.admin.ch> Législation et documentation > Notes> (19.1.2024). 688 Message LCart 2002, FF 2002 1911, 1925 ; TAF, B-4003/2016 du 1.5.2022 consid. 11.4.3, Sport im Pay-TV ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 784 s., ADSL II ; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (n. 81), art. 49a N 12 s. ; LAUTERBURG in : SIWR V/2 (n. 82), N I.23.

104 totale étant définies aux art. 8 ss OS LCart et celles d'une exonération partielle aux art. 12 ss OS LCart.

486. En l'espèce, au cours de la perquisition de l'entreprise Favre et Studer, cette dernière a procédé à une autodénonciation par renvoi du formulaire de marqueur pour les autodénonciations, daté et signé du 28 avril 2021. 689 Par la suite, Favre et Studer a complété son autodénonciation, laquelle se limite uniquement à l'appel d'offres de [...], lors des auditions du 28 avril 2021 et du 7 juin 2022. 690 Elle est donc la première et la seule entreprise à s'être autodénoncée en ce qui concerne l'infraction au droit de la concurrence dans le cadre du marché public de [...]. 487. Par ses indications, l'entreprise Favre et Studer a contribué de manière substantielle à la preuve de l'infraction au droit de la concurrence. Les autres conditions pour la remise de la sanction sont également remplies. Favre et Studer a fourni spontanément aux autorités de la concurrence les informations et les moyens de preuve relevant de sa sphère d'influence en ce qui concerne l'accord en question et a coopéré sans restriction. Il convient donc d'exempter Favre et Studer de toute sanction. 488. Les autres entreprises visées par l'enquête en l'espèce n'ont pas déposé d'autodénonciation.

D.2.3.7 Examen de la proportionnalité 489. Le montant de la sanction fixé en l'espèce est financièrement supportable pour Favre Martigny. Rien n'indique que la compétitivité ou la viabilité de l'entreprise en serait menacée. Le montant de la sanction est ainsi conforme au principe de proportionnalité.

D.2.4 Résultat 490. Sur la base des considérations susmentionnées et en tenant compte de tous les éléments et de toutes les circonstances mentionnées, qui diminuent en l'occurrence la sanction, la COMCO considère qu'une sanction administrative d'un montant de CHF 95'138.- pour Favre Martigny est appropriée à l'infraction à l'art. 5 al. 3 let. a LCart, par laquelle les éléments constitutifs de l'art. 49a al. 1 LCart sont remplis.

689 Dossier 24-0163, A XI.A.1.

690 Dossier 24-0163, A XI.A.3 et A XI.A.7.

105 491. Le tableau ci-dessous résume le calcul de la sanction de Favre Martigny pour un montant de base de 6 % :

Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny

Chiffre d'affaires CHF 2'114'180.-

Montant de base CHF 126'851.- (facteur 6 %)

Circ. aggravantes -

Circ. atténuantes (-25 %) CHF 95'138.-

Proportionnalité -

Sanction finale CHF 95'138.-

D.3 Documents saisis et données électroniques dupliquées 492. Lors des deux perquisitions, des objets (en particulier divers documents papier) ont été saisis dans les sociétés perquisitionnées, et des données électroniques ont été copiées et dupliquées. Les documents papier pertinents pour l'enquête ont été copiés, les données électroniques ont été intégrées dans les dossiers officiels sous forme de rapports électroniques ou d'impressions papier. Une fois que la présente décision sera entrée en force à l'égard de toutes les parties, il est exclu qu'il faille encore recourir aux objets saisis et aux données électroniques copiées ou dupliquées. Par conséquent, après l'entrée en force de la décision à l'égard de toutes les parties, les objets saisis doivent être restitués à l'ayant droit et les données électroniques

copiées ou reproduites doivent être effacées.

E Frais 493. L'obligation de payer des émoluments, le montant des frais de procédure et à qui les frais incombent sont régis par l'art. 53a LCart ainsi que par l'OEmol-LCart 691. 494. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 31 LCart. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

495. Dans la présente procédure, des restrictions illicites de la concurrence ont été démontrées. Par conséquent, il convient d'admettre l'obligation de payer des émoluments, dans la mesure où les entreprises Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny, Favre et Studer SA, RETRIPA VALAIS SA et TMR Transports de Martigny et Régions SA ont enfreint la LCart. 496. Le montant des frais de procédure est déterminé selon les art. 4 s. OEmol-LCart. Selon l'art. 4 al. 2 OEmol-LCart, le tarif horaire est compris entre 100 et 400 francs l'heure. Celui-ci

691 Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance

sur les émoluments LCart, OEmol-LCart ; RS 251.2).

106 est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation. Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument (art. 4 al. 4 OEmol-LCart). 497. Sur la base de la classe de salaire des employés chargés du cas, un tarif horaire de CHF 130.- à CHF 290 se justifie. Le temps consacré s'élève en l'occurrence à 1'691 heures. Les taux horaires suivants s'appliquent : – 174 heures à CHF 130.-, soit CHF 22'620.- – 1'452 heures à CHF 200.-, soit CHF 290'400.- – 65 heures à CHF 290.-, soit CHF 18'850.-. 498. En conséquence, les frais totaux s'élèvent à CHF 331'870.-. 499. Si, comme en l'espèce, la découverte et l'examen de cartels font l'objet d'une procédure, toutes les parties impliquées sont en principe considérées ensemble et dans la même mesure comme étant à l'origine de la procédure administrative correspondante. C'est dans ce sens que s'inscrit la pratique actuelle des autorités de la concurrence, selon laquelle – en l'absence de circonstances particulières qui rendraient le résultat choquant – les coûts sont répartis par tête. Les considérations d'égalité mais aussi de praticabilité sont notamment au premier plan. 692 500. En l'espèce, il convient toutefois de noter que chaque entreprise concernée par la présente enquête est impliquée de façon différenciée dans chaque accord illicite traité dans la présente décision. Certaines sont impliquées dans plusieurs accords comme Favre Martigny et Retripa, alors que d'autres comme Favre et Studer ainsi que TMR sont impliquées dans un seul accord. Il est également relevé que le temps consacré par les autorités de la concurrence à l'examen des états de fait et leurs qualifications pour ce que concerne l'accord de [...] ainsi que l'accord du CTM a pris sensiblement plus de ressources qu'en ce qui concerne les accords portant sur Fully et Martigny-Combe. Le fait qu'en date du 18 octobre 2023, soit toute à la fin de l'enquête, les trois actionnaires du CTM aient décidé de dissoudre et de liquider l'entreprise ne change rien au fait qu'une partie importante des ressources a été nécessaire à la compréhension du fonctionnement de cet organisme, ainsi qu'à la qualification juridique des problématiques qui pouvaient en résulter sur le plan du droit des cartels. Il est également à noter que dans le cadre de l'accord de [...], l'entreprise Favre et Studer n'a

donné lieu à pratiquement aucune activité administrative de la part des autorités de la concurrence, de telle sorte qu'il apparaîtrait particulièrement disproportionné de répartir de façon égale les frais portant sur l'accord de [...] entre les deux entreprises.

Exceptionnellement dans le cas d'espèce, il y est donc renoncé. En ce qui concerne Martigny-Combe, l'existence d'un accord en lien avec cet appel d'offres a été exclue, raison pour laquelle les coûts y relatifs sont laissés à la charge de l'Etat. Finalement, de nombreux autres états de fait ont été examinés par les autorités de la concurrence dans le cadre de la présente enquête, sans que des activités illicites n'aient toutefois été décelées pour ce qui concerne ces faits. Partant, les 30 % restants des coûts de la présente enquête sont également laissés à la charge de l'Etat.

692 DPC 2009/3, 221 N 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

107 501. Vu ce qui précède, les frais seront répartis comme suit :

Pondération Favre Favre et RÉPARTITION DES FRAIS Retripa TMR par état de fait Martigny Studer

66.7 % 33.3 % [...] 25 % (2/3) (1/3)

33.3 % 33.3 % 33.3 % CTM 25 % (1/3) (1/3) (1/3)

Fully 10 % 100 %

Martigny-Combe 10 %

Laissés à la charge de l'Etat 30 %

502. Concrètement, les frais de procédure suivants doivent ainsi être mis à la charge des parties : - Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny : CHF 82'968.- ; - Favre et Studer SA : CHF 27'656.- ; - RETRIPA VALAIS SA : CHF 60'842.- ; - TMR Transports de Martigny et Régions SA : CHF 27'656.- ; 503. Le solde des frais est mis à charge de l'Etat.

F Résultat 504. En résumé, la COMCO parvient au résultat suivant en se basant sur les considérations qui précèdent : 505. En [...], une coordination des offres a eu lieu entre l'entreprise Favre Martigny et l'entreprise Favre et Studer dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de [...] (N 182). Cet accord en matière de concurrence est illicite (N 383). Cette coordination constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, qui porte sur une répartition en fonction des partenaires commerciaux au sens de l'art. 5 al. 3 let. c LCart en lien avec l'al. 1. Cet accord est illicite et passible d'une sanction. En tenant compte de tous les critères pertinents pour le calcul de la sanction, une sanction de CHF 95'138.- est mise à la charge de l'entreprise Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny. Une sanction de CHF 0.- est mise à la charge de l'entreprise Favre et Studer SA. 506. En 2013, après avoir discuté et sondé les intérêts de potentiels concurrents, l'entreprise Retripa a déposé son offre dans le cadre de l'appel d'offres de la commune de Fully en sachant que le risque de voir de potentiels concurrents sur le même marché était faible et a donc pu adapter son comportement en conséquence (N 219), ce qui constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Cet accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, mais n'est pas sanctionnable (N 400). 507. En ce qui concerne l'appel d'offres de la commune de Martigny-Combe, l'existence d'un accord en lien avec cet appel d'offres a été niée (N 240 et 401 s.).

108 508. En ce qui concerne le CTM, la coopération entre les entreprises Retripa, TMR et Favre Martigny constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1

LCart. Cet accord est illicite au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, mais n'est pas sanctionnable (N 430). 509. Vu l'issue de la procédure, les destinataires de l'enquête doivent supporter les frais de procédure (N 493 ss).

G Dispositif Sur la base des faits, des conclusions ainsi que des considérants qui précèdent, la COMCO décide (art. 30 al. 1 LCart) :

1. La COMCO approuve l'accord amiable du 29 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny dans sa teneur suivante :

1.1. Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

1.2. Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

1.3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

2. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et Favre et Studer SA dans sa teneur suivante :

2.1. Favre et Studer SA s'engage à ne pas solliciter de concurrents ni proposer à des concurrents des offres de soutien ou la renonciation au dépôt d'une offre en rapport avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets.

2.2. Favre et Studer SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

2.3. Les obligations qui précèdent ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

3. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et RETRIPA VALAIS SA dans sa teneur suivante :

3.1. RETRIPA VALAIS SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix

109 ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

3.2. L'obligation qui précède ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de

relations de sous-traitance.

4. La COMCO approuve l'accord amiable du 7 novembre 2023 passé entre le Secrétariat et TMR Transports de Martigny et Régions SA dans sa teneur suivante :

4.1. TMR Transports de Martigny et Régions SA s'engage, en relation avec la fourniture de prestations en matière de collecte, de transport, de stockage ou d'élimination de déchets, à ne pas échanger avec des concurrents sur les prix des offres, les éléments de prix ainsi que l'attribution et la répartition des clients et des territoires avant l'expiration du délai de soumission des offres ou, à défaut, avant l'attribution définitive du marché.

4.2. L'obligation qui précède ne s'appliquent pas à l'échange d'informations indispensables à la création ou à la mise en œuvre de consortiums ou à la création ou à la mise en œuvre de relations de sous-traitance.

5. La COMCO condamne les entreprises suivantes pour leur participation à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart au paiement des sanctions suivantes selon l'art. 49a al. 1 LCart : - Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny : CHF 95'138.- - Favre et Studer SA : CHF 0.- 6. Les frais de procédure sont répartis comme suit : - Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny : CHF 82'968.- ; - Favre et Studer SA : CHF 27'656.- ; - RETRIPA VALAIS SA : CHF 60'842.- ; - TMR Transports de Martigny et Régions SA : CHF 27'656.-. 7. Pour le surplus, la COMCO clôt l'enquête sans suite.

8. Dès l'entrée en vigueur de la présente décision à l'égard de toutes les parties, les éventuels éléments saisis sont restitués à la personne concernée et les données électroniques copiées ou reproduites par le Secrétariat sont effacées.

La décision doit être notifiée à :

- Favre SA Transports Internationaux TIR Martigny, Route du Levant 132, 1920 Martigny
1 représentée par Me Yannis Sakkas, Rue de la Poste 7, 1920 Martigny - Favre et Studer SA, Rue de la Mine 37, 3979 Grône - Centre de Transferts Martigny SA, Rue des Vorziers 20, 1920 Martigny - RETRIPA VALAIS SA, Route de Larret 28, 1870 Monthey - TMR Transports de Martigny et Régions SA, Avenue de la Gare 66, 1920 Martigny

110 Commission de la concurrence

Laura Melusine Baudenbacher Patrik Ducrey Présidente Directeur

Voies de droit : La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral, Case postale, 9023 Saint-Gall, par voie de recours, dans les 30 jours qui suivent la notification. Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en main du recourant.

111

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.