

Novembre 2020

Session d'hiver 2020 des Chambres fédérales - priorités de constructionromande

Table des matières

Conseil des Etats et Conseil national

1. 20.038 Train de mesures en faveur des médias (CTT) - projet 2 1

Conseil des Etats

2. 18.4282 Mo. Français. La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord 2

Conseil national

3. 18.4183 Mo. Nantermod. Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence 3
4. 18.4304 Mo. (Bauer) Feller. Enquêtes de la Comco. La présomption d'innocence doit prévaloir 4
5. 18.4250 Mo. (Müller Walter) Markwalder. Moderniser les mesures d'accompagnement 5

Conseil des Etats et Conseil national

1. 20.038 Train de mesures en faveur des médias (CTT) - projet 2

Les Chambres sont appelées à traiter **le projet 2 de l'objet 20.038 Train de mesures en faveur des médias**. Cet objet revêt une grande importance pour les entreprises, en particulier les PME.

La récente modification de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) avait simplifié dans une certaine mesure le mode de perception de la redevance de radio-télévision due par les entreprises. Elle était cependant porteuse d'un effet indésirable majeur : le régime de perception considère comme entreprise quiconque figure dans le registre des personnes assujetties au paiement de la TVA. Or, certaines structures entrent dans cette définition alors qu'il n'est pas logique de les astreindre au paiement de la redevance, à l'image des consortiums. Ceci donne en effet lieu à une forme de « double imposition » : l'entreprise s'acquitte une première fois de la redevance, puis une seconde fois en tant que partie à un consortium.

Dans le cadre du traitement de l'objet 20.038 le Conseil des Etats et la CTT-N proposent de modifier la loi en excluant les sociétés simples du paiement de la redevance, ce qui recouvre les consortiums :

Art. 70, al. 2 : « est réputée entreprise toute entité enregistrée auprès de l'AFC dans le registre des personnes assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et ayant son siège, son domicile ou un établissement stable sur le territoire suisse. ***N'est pas réputée entreprise la société simple au sens de l'art. 530 du code des obligations*** ».

En cette période économique difficile pour les entreprises, un allègement des charges superflues pesant sur elles serait bienvenu. Une adoption rapide du projet 2 permettrait à cette modification d'entrer en vigueur dans les meilleurs délais.

Position de constructionromande : adoption

2. 18.4282 Mo. Français. La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord

→ Argumentaires complets et documents de référence disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.dropbox.com/sh/1p3ef828ye102qo/AACvskjbl0WQxD2GQ2coAeL6a?dl=0>

La motion 18.4282 revêt une grande importance pour l'ensemble des entreprises, en particulier les PME. Son objectif est de revenir à une application de la loi sur les cartels (LCart) qui soit conforme à la fois au mandat constitutionnel et à la volonté parlementaire. Il en est attendu une meilleure sécurité juridique pour les entreprises et une amélioration de leur compétitivité, en particulier pour les PME.

2.1. Droit de la concurrence : mandat constitutionnel et loi sur les cartels

Le droit de la concurrence en Suisse découle de l'art. 96 de la Constitution fédérale :

Art. 96 Politique en matière de concurrence

¹ La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence.

La LCart concrétise ce mandat constitutionnel. L'objectif de la politique de la concurrence est de lutter contre les conséquences négatives des cartels et autres formes de limitation de la concurrence, et non pas la lutte contre les ententes elles-mêmes, dont certaines sont nécessaire à la vie économique (consortiums pour prestation complexe, etc.). Il s'agit d'un régime d'interdiction des abus (« Missbrauchsprinzip ») et non d'un régime d'interdiction par nature (« Verbotprinzip »). Pour être illicite, une pratique doit avoir un impact notable sur la concurrence ; si elle n'a pas d'effet notable, ou qu'elle améliore l'efficacité économique, elle doit être considérée comme licite.

La Suisse ne fait pas exception en la matière. Nombre de pays, y compris au sein de l'Union européenne, fonctionnent selon des logiques analogues (existence de clauses de minimis, prise en compte de la notabilité des accords entre PME dans le droit allemand (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB), etc.).

2.2. Pratique concrète

Depuis l'entrée en vigueur de la LCart, afin de juger de la notabilité de l'effet d'une pratique, l'autorité devait donc procéder à son évaluation en termes **d'effets tant qualitatifs (existence d'un accord) et quantitatifs (impact d'un accord)**. Cette pratique a fait ses preuves : des cartels néfastes sur lesquels la COMCO a enquêté ont pu être combattus efficacement (y compris dans le secteur de la construction) ; à l'inverse, des pratiques de collaboration entre entreprises sur lesquelles la COMCO a également enquêté ont été déclarées licites, l'analyse ayant démontré l'absence d'effet notable ou négatif sur la concurrence.

2.3. Une orientation confirmée par le Législateur

Le Parlement a expressément confirmé cette orientation lors de l'adoption de la LCart et lors des travaux entourant la dernière tentative en date de révision de la LCart en 2014. En effet, une des causes principales de l'échec de la révision au Parlement en 2014 était la modification de l'article 5 rendant illicites **par principe** certains types d'accords. Les craintes se sont cristallisées autour de l'impact potentiel les consortiums. Le Parlement a ainsi refusé que certains accords puissent être déclarés illicites par nature, en l'absence d'impact notable sur la concurrence.

2.4. Evolution récente

En 2017, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt qui consacre un renversement complet de la pratique et de l'appréciation de l'illicéité d'une pratique : l'ATF 2C_180/2014 « Gaba/Elmex ». Cet arrêt a été abondamment critiqué par nombre d'experts du droit de la concurrence. Il prend en effet le contrepied complet de la jurisprudence, de la doctrine et, surtout, de la volonté parlementaire.

Cet arrêt introduit **l'illicéité par nature** de certains accords en les déclarant automatiquement « notables » ; il s'agit justement de l'évolution proposée par le Conseil fédéral en 2012 et refusée par le Parlement. En conséquence, certaines formes de collaboration entre entreprises deviennent illicites indépendamment de la prise en compte de critères quantitatifs et sans faire l'objet d'une analyse d'impact. Il suffit que l'accord ait la seule **faculté potentielle** d'entraver le marché. Des pratiques jusqu'ici parfaitement licites sont dorénavant considérées comme illicites et sanctionnées en conséquence.

2.5. Conséquences pour les entreprises

Pour les entreprises, la situation est devenue très difficile car il est pour ainsi dire impossible de savoir si des pratiques jusqu'alors licites sont toujours possibles. Des entreprises peuvent-elles encore créer des consortiums, et si oui sous quelles conditions ? Peuvent-elles encore échanger des informations techniques ? Les associations professionnelles peuvent-elles encore publier des recommandations visant des « best practices » de branche ? Les PME peuvent-elles encore entreprendre des actions de promotion communes ?

La situation actuelle est d'autant moins tenable que même si une entreprise estime être dans son bon droit, elle hésitera néanmoins à collaborer avec ses partenaires par peur d'une sanction de la COMCO. Cette dernière n'a en effet plus besoin de démontrer l'impact négatif d'une pratique et les conséquences financières d'une décision négative de la COMCO sont très importantes.

2.6. Solution : une clarification de la LCart conforme à la jurisprudence et à la volonté du Parlement

La motion 18.4282 ne vise pas un affaiblissement de la loi sur les cartels. Bien plus, il s'agit de clarifier le cadre légal afin d'apporter une sécurité juridique aux entreprises et acteurs économiques. Il s'agit de revenir à une pratique :

- Conforme à la volonté du législateur ;
- Tenant compte des nécessités de la vie économique des entreprises ;
- Qui a fait ses preuves depuis l'entrée en vigueur de la LCart ;
- Qui a été confirmée par la jurisprudence à de réitérées reprises.

Position de constructionromande : suivre la position de la CER-CE : adoption

Conseil national

3. **18.4183 Mo. Nantermod. Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence**

Cette motion demande deux adaptations dans le droit de la concurrence :

1. Accorder aux parties le droit de consulter les dossiers au stade d'une enquête préalable de la Commission de la concurrence, sur le modèle de ce que prévoit la loi sur la procédure administrative.
2. Exempter de frais et autres émoluments les entreprises qui acceptent spontanément de modifier une pratique visée par une enquête préalable par le Secrétariat de la Commission de la concurrence, sur simple avis ou recommandation.

Actuellement, et contrairement à une procédure administrative standard, les parties visées par l'enquête préalable n'ont pas accès au dossier. Il leur est donc impossible de juger de la situation en toute connaissance de cause. Ensuite, la COMCO facture des frais parfois importants aux entreprises, même si celles-ci se plient spontanément à ses injonctions.

Dans son avis, le Conseil fédéral présente l'enquête préalable comme une « procédure informelle et rapide », facilitant les résolutions à l'amiable. Dans les faits, cette procédure est tout sauf anodine. La COMCO fera pression sur les entreprises pour qu'elles modifient une pratique, sous la menace de l'ouverture d'une enquête standard avec toutes les conséquences que cette dernière implique. Même si l'entreprise estime n'avoir rien à se reprocher, il lui paraîtra moins douloureux d'accepter les conclusions de la COMCO et de s'acquitter des frais et émoluments facturés afin d'éviter davantage de désagréments et une atteinte irrémédiable à sa réputation. Et il lui est d'autant plus difficile d'analyser sa situation et le bienfondé des allégations de la COMCO qu'elle n'a justement pas accès au dossier. Le rapport de force est donc déséquilibré et les risques de dérives importants.

Afin de remédier à ce déséquilibre, il est donc nécessaire que les entreprises puissent consulter le dossier si elles contestent les allégations à leur encontre. Le Conseil fédéral estime que la règle actuelle a également pour but de protéger l'anonymat des personnes dénonçant un comportement aux autorités de la concurrence. Cet argument ne tient pas. En effet, la procédure administrative standard permet déjà de protéger l'anonymat des personnes concernées et il n'y a aucune raison qu'il en soit autrement dans les enquêtes préalables en droit de la concurrence.

Enfin, s'agissant des frais et émoluments, si une entreprise accepte spontanément de modifier une pratique, épargnant à la COMCO le nécessité d'étayer ses allégations lors d'une enquête, il est justifié qu'elle soit exempte du paiement de ces frais. Il s'agit ainsi également d'éviter que la COMCO profite de sa position de force face aux entreprises pour facturer des frais sans avoir à fournir un travail de justification de sa position.

Position de constructionromande : adoption

4. **18.4304 Mo. (Bauer) Feller. Enquêtes de la Comco. La présomption d'innocence doit prévaloir**

Lors de l'ouverture d'une enquête, la loi sur les cartels (LCart) stipule :

Art. 28 Communication

¹ Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle.

² Cette communication mentionne l'objet et les parties concernées par l'enquête. Elle contient en outre un avis invitant les tiers concernés à s'annoncer dans un délai de 30 jours s'ils désirent participer à l'enquête.

La mention systématique de l'identité des entreprises concernées porte gravement préjudice à celles-ci, cela alors que la présomption d'innocence devrait prévaloir. Certes, la mention de l'identité des parties ne présage pas de leur culpabilité. Mais dans les faits, les dégâts de réputation pour l'entreprise concernée sont immédiats. La publicité de l'annonce et son traitement médiatique constituent des obstacles considérables à la conclusion de nouvelles relations d'affaires, basées par essence sur la bonne foi des parties.

L'éventuel intérêt public à la publication de l'identité des entreprises concernées ne saurait être suffisant pour justifier le risque de réputation encouru par les entreprises. Qui plus est, il convient de souligner que l'on parle ici du premier stade du processus d'enquête, soit l'annonce de l'ouverture de celle-ci, et non pas d'une affaire ayant déjà fait l'objet d'une enquête approfondie, voire d'un jugement de première instance.

Il est donc urgent de réviser cette pratique et de faire en sorte que l'identité des entreprises privées visées par l'enquête ne soit pas publiée avant qu'un jugement définitif n'ait été publié, ne serait-ce qu'en première instance. La présomption d'innocence doit prévaloir également lors de procédures liées au droit de la concurrence, comme cela est le cas dans toute procédure légale.

Enfin, l'analogie avec l'art. 74 du Code de procédure pénale (CPP), invoquée par le Conseil fédéral, n'est pas valable. En effet, le CPP prévoit que le ministère public et les tribunaux ainsi que, avec leur accord, la police, **peuvent** renseigner le public sur une procédure pendante, mais uniquement suivant une série de conditions restrictives. Au contraire, la LCart prévoit une communication automatique de l'identité des parties concernées. Enfin l'art. 74 CPP pose également que l'information du public doit respecter le principe de la présomption d'innocence du prévenu de même que les droits de la personnalité des personnes concernées. Aucun de ces garde-fous n'est prévu par la LCart.

La motion 18.4304 propose de rééquilibrer cette situation en supprimant simplement cette automatisme de communication de l'identité des parties concernées. Sa mise en œuvre permettrait d'éviter les atteintes irréversibles à la réputation des entreprises. Ceci est d'autant plus indispensable que l'entreprise visée peut par la suite être déclarée innocente des allégations à son encontre, alors que les dégâts d'image auront déjà déployé leurs effets.

Position de constructionromande : adoption

5. 18.4250 Mo. (Müller Walter) Markwalder. Moderniser les mesures d'accompagnement

Cette motion vise à raccourcir le délai d'annonce pour les travailleurs détachés, ainsi que la mise en place d'un système de certification des entreprises détachant des travailleurs. Ce faisant, la motion aurait pour effet direct d'affaiblir les mesures d'accompagnement à la libre-circulation des personnes, introduites en 2004 et qui ont largement fait leurs preuves à ce jour.

S'agissant du délai d'annonce de huit jours, son maintien revêt une importance centrale car il permet aux différents organes de contrôle du marché du travail, publics ou paritaires, d'examiner l'annonce et de préparer un contrôle si une analyse de risques le justifie. L'invocation des « nouveaux moyens techniques » par la motion et un faux prétexte. En effet, les outils informatiques d'usage sont d'ores et déjà largement utilisés ; le recours ou non à ceux-ci n'a aucun lien avec la thématique du délai d'annonce. Ce dernier ne vise qu'à procéder aux examens et contrôles nécessaires.

Les mesures d'accompagnement sont à la base du succès de l'accord de libre-circulation entre la Suisse et l'UE (ALCP). Elles permettent de contrer efficacement les risques de dumping salarial et de concurrence déloyale, ce qui est confirmé par les résultats des contrôles effectués par les organes publics et paritaires. Leur remise en cause saperait les bases de ce succès et ne se justifie par aucun impératif économique suisse ; il est d'ailleurs à relever que la motion n'invoque à son appui que les intérêts des pays membre de l'UE (!).

Enfin, il convient de relever que l'avenir des mesures d'accompagnement est également une pierre d'achoppement dans les négociations autour du projet d'Accord-cadre Suisse-UE. Dans ce contexte, l'acceptation de cette motion serait un aveu de faiblesse et contribuerait à réduire encore les chances d'adhésion populaire au projet.

Position de constructionromande : refus

Pour plus d'information :

Nicolas Rufener, directeur

022 339 90 00 - 078 754 48 57 - rufener@fmb-ge.ch

www.constructionromande.ch

constructionromande est une association intercantonale fondée en 2016 pour défendre les intérêts de l'industrie romande de la construction. Elle est affiliée à constructionsuisse dont elle diffuse les idées et les valeurs en Suisse romande.

constructionromande fédère une dizaine d'associations romandes de branche et d'associations interprofessionnelles cantonales du Gros œuvre, du Second œuvre, des métiers techniques du bâtiment, des mandataires et des fournisseurs de la construction. Elle constitue de ce fait un interlocuteur privilégié et représentatif auprès des politiciens et des médias pour toutes les questions se rapportant à l'industrie romande de la construction.