

Mai 2021 - Session d'été 2021 des Chambres fédérales - priorités de constructionromande

Table des matières

Conseil des Etats

1. Examen simultané : 17.3760 Mo. Conseil national (Feller). Conférer aux créanciers ordinaires une action directe en responsabilité contre les dirigeants d'une société qui leur causent un dommage et 16.4017 Mo. Conseil national (Bourgeois). Possibilité de refus de réinscription au registre du commerce..... 1

Conseil national

1. 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
2. 19.3566 Mo. Addor. Interdire aux producteurs et aux distributeurs d'énergie au bénéfice de concessions ou de monopoles ou en mains publiques d'intervenir sur le marché de l'installation..... 3
3. 21.3023 Mo. Conseil des Etats (CdF-CE). Ne pas priver la Confédération et l'économie de projets porteurs et rentables en stoppant les chantiers immobiliers des CFF..... 4

Conseil des Etats

1. **Examen simultané : 17.3760 Mo. Conseil national (Feller). Conférer aux créanciers ordinaires une action directe en responsabilité contre les dirigeants d'une société qui leur causent un dommage et 16.4017 Mo. Conseil national (Bourgeois). Possibilité de refus de réinscription au registre du commerce**

Le Conseil des Etats se prononce sur deux motions s'attaquant aux faillites à répétition : les Mo. 17.3760 et 16.4017, déjà adoptées par le Conseil national. constructionromande soutient ces efforts en vue de lutter contre des pratiques frauduleuses et nuisibles à l'activité économique.

Les faillites à répétition sont un fléau qui touche directement les entreprises de la construction, nuit à l'économie et fait porter un fardeau économique indu sur la collectivité. Ces pratiques sont orchestrées par des personnes qui créent des sociétés faiblement capitalisées, engagent des travailleurs à court terme, pratiquent du dumping salarial ou ne paient pas les salaires, ni les assurances sociales, ni parfois leurs fournitures ou leur loyer. Ces agissements sont le fait d'une faible minorité, mais ils peuvent perturber le marché de manière conséquente. Les principales victimes de ces abus sont les entreprises qui respectent les règles, les travailleurs, les clients, les autorités fiscales, les assurances sociales, le Fonds de garantie LPP et la Centrale de compensation.

La Mo. 17.3760 entend permettre aux entreprises et parties tierces victimes de telles pratiques de mieux se défendre. Elle permettrait en outre d'envoyer un signal clair aux entreprises peu scrupuleuses, contribuant à décourager de tels agissements. Les entreprises vertueuses, leurs travailleurs et l'économie en général ne pourront qu'en profiter.

La Mo. 16.4017 vise une modification légale au plan du droit civil ou du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite. Il s'agit d'interdire pendant une durée limitée, à tout administrateur ou gérant de société faisant l'objet d'une condamnation en responsabilité civile personnelle pour des faits imputables à une mauvaise gestion ou à une violation des devoirs en matière (par exemple d'assurance-vieillesse et survivants), d'être inscrit en tant que titulaire d'une entreprise individuelle, associé d'une société de personnes, administrateur d'une SA ou d'une coopérative ou gérant d'une société à responsabilité limitée. Cette évolution permettrait de lutter efficacement contre les « serial failers ». Ces personnes peu scrupuleuses créent une société, exécutent des prestations ou acquièrent des biens sans honorer leurs obligations (créances, salaires, cotisations sociales, etc.), puis en orchestrent volontairement la faillite après l'avoir vidée de sa substance. Les créanciers et les salariés de l'entreprise en sont pour leurs frais, et les personnes responsables peuvent ensuite recommencer ce stratagème en fondant une nouvelle société. Ces agissements portent atteinte aux intérêts de tous et sont de plus une source de concurrence déloyale majeure pour les entreprises honnêtes.

Position de constructionromande : suivre la position du Conseil national : adoption

1. **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**

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. Son adoption ouvrirait la voie à une meilleure sécurité juridique pour les entreprises et à une amélioration de leur compétitivité, en particulier pour les PME.

1.1. 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 nécessaires 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.).

1.2. 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.

1.3. 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 pour 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.

1.4. Evolution récente

En 2016, 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.

1.5. 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.

1.6. 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.

Le Conseil des Etats a adopté la motion en session d'hiver 2020 à une très large majorité de 34 voix en faveur, 3 oppositions et 2 abstentions. La CER-CN recommande elle aussi l'adoption de la motion.

Position de constructionromande : suivre la position du Conseil des Etats et de la CER-CN : adoption

2. **19.3566 Mo. Addor. Interdire aux producteurs et aux distributeurs d'énergie au bénéfice de concessions ou de monopoles ou en mains publiques d'intervenir sur le marché de l'installation**

La Mo. 19.3566 vise des modifications législatives pour interdire aux producteurs et aux distributeurs d'énergie au bénéfice de concessions ou de monopoles, ou dans lesquels des collectivités publiques détiennent des participations directes ou indirectes, d'intervenir sur le marché de l'installation.

Cette motion s'attaque à un enjeu important pour l'industrie de la construction, en particulier pour les métiers CVSE (chauffage, ventilation, sanitaire, électricité). Sur les marchés concernés, des entreprises dites « parapubliques », par exemple au bénéfice de monopoles pour la distribution de l'électricité, interviennent sur le marché libre, en offrant des prestations en concurrence avec les entreprises privées. Ces prestations concernent notamment les installations techniques (panneaux photovoltaïques, pompes à chaleur, etc.) ou encore les audits énergétiques des bâtiments. On voit également ces entreprises soumissionner dans le cadre des marchés publics, décrochant souvent des marchés importants relevant pourtant du marché libre. Ce faisant, ces entreprises outrepassent leur rôle et font acte de concurrence déloyale envers les entreprises privées.

Il convient de souligner que les entreprises « parapubliques » bénéficient d'une position privilégiée sur le marché. Les monopoles dont elles bénéficient leur ouvrent un accès direct aux consommateurs et leurs permettent d'exploiter des synergies opérationnelles dont ne peuvent profiter les entreprises privées. Il est aussi particulièrement choquant que ces entreprises puissent décrocher des marchés publics, en concurrence directe avec les entreprises privées, en jouant sur ces avantages concurrentiels.

Enfin, depuis quelques années, on assiste à des acquisitions d'entreprises privées par ces acteurs « paraétatiques », ce qui nuit à la saine concurrence et fait courir le risque d'une forme d'étatisation rampante de secteurs d'activités entiers.

Position de constructionromande : adoption

3. 21.3023 Mo. Conseil des Etats (CdF-CE). Ne pas priver la Confédération et l'économie de projets porteurs et rentables en stoppant les chantiers immobiliers des CFF

La motion 21.3023 fait suite à l'annonce par les CFF en janvier 2021 de la suspension de nombreux projets immobiliers. A l'appui de cette décision, les CFF ont invoqué une situation financière difficile et la nécessité de respecter le taux de couverture de la dette exigé par la Confédération. La réduction des investissements s'élevait à environ 700 millions de francs pour les années 2021 à 2025.

Au-delà de son impact négatif sur l'activité économique, cette décision aurait eu de graves répercussions dans de nombreux domaines. Les projets concernés doivent en effet contribuer à lutter contre la crise aigüe affectant le marché du logement en Suisse, qui plus est dans les régions urbaines du Plateau, et répondre au besoin en infrastructures. La décision des CFF a suscité de fortes réactions à travers le pays et les CFF ont annoncé à la fin du mois de février revenir partiellement sur leur décision. Certains projets peuvent donc être poursuivis comme prévu initialement.

Ceci étant, une trentaine d'autres projets sont encore en phase de réexamen et leur sort dépend des discussions futures entre les CFF et la Confédération. La poursuite de l'ensemble de ces projets selon leur calendrier initial doit être considérée comme une priorité. Au-delà d'une péjoration de la situation économique, le gel de ces investissements se traduirait par une aggravation à terme des tensions sur le marché du logement.

Les maîtres d'ouvrage publics doivent assumer leurs responsabilités dans la lutte contre les conséquences de la crise du coronavirus sur l'activité économique et l'emploi, dans une perspective anticyclique. Les entreprises de la construction ont confirmé à de réitérées reprises qu'elles étaient en mesure de répondre à la demande et de jouer leur rôle dans cette optique, mais à la condition que les investissements publics, notamment, ne soient pas revus à la baisse ou suspendus.

constructionromande appelle donc à l'adoption de la motion 21.3023. Les autorités fédérales doivent fermement s'engager pour la poursuite des projets concernés et, plus généralement, pour une politique d'investissement répondant aux besoins de la société et permettant d'amoinrir le choc économique de la crise actuelle.

Position de constructionromande : suivre la position du Conseil des Etats : adoption

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.