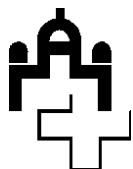


Ständerat

Conseil des États

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



20.3531	é	Mo. Caroni. Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques
20.3532	é	Mo. Rieder. Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques
17.518	n	Iv. pa. (Schilliger) Schneeberger. Pour une concurrence à armes égales

 Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 30 août 2021

Réunie le 30 août 2021, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États a procédé à l'examen préalable des motions visées en titre, qui ont été déposées par les conseillers aux États Andrea Caroni et Beat Rieder le 8 juin 2020 et qui lui ont été transmises par le Conseil des États le 24 septembre 2020. En outre, elle a procédé à l'examen préalable de l'initiative parlementaire déposée par le conseiller national Peter Schilliger le 14 décembre 2007.

Les deux motions chargent le Conseil fédéral de procéder aux modifications législatives nécessaires pour endiguer les distorsions de concurrence provoquées par les entreprises publiques ainsi que pour garantir que la bureaucratie soit moindre et que les compétences inhérentes au fédéralisme soient respectées.

L'initiative demande la création de dispositions légales qui permettent d'éviter que les entreprises dans lesquelles la Confédération, les cantons ou les communes détiennent une participation financière ou qui assument une tâche régalienne ne profitent de leur situation pour obtenir des avantages compétitifs qui soient de nature à fausser la concurrence sur le marché libre.

Proposition de la commission

La commission propose, par 7 voix contre 4 et 1 abstention, d'adopter les motions 20.3531 et 20.3532 et, par 6 voix contre 5 et 1 abstention, de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire.



Une minorité de la commission (Rechsteiner Paul, Levrat, Thorens Goumaz, Zanetti Roberto) proposer de rejeter les motions 20.3531 et 20.3532.

Une autre minorité (Wicki, Bischof, Ettlin Erich, Noser, Schmid Martin) propose de donner suite à l'initiative parlementaire.

Rapporteur : Schmid Martin

Pour la commission :
Le président

Christian Levrat

Contenu du rapport

- 1 Texte et développement
- 2 Avis du Conseil fédéral du 26 août 2020 sur les motions 20.3531 et 20.3532
- 3 Délibérations et décision du conseil prioritaire
- 4 Considérations de la commission



1 Texte et développement

1.1 Textes

[20.3531 et 20.3532]

Le Conseil fédéral est chargé de présenter les modifications législatives permettant d'endiguer les distorsions de concurrence provoquées par les entreprises publiques. Ce faisant, il fera en sorte que la bureaucratie soit moindre et que les compétences inhérentes au fédéralisme soient respectées.

[17.518]

Me fondant sur les articles 160 alinéa 1 de la Constitution et 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante:

Seront créées les dispositions légales qui permettront d'éviter que les entreprises dans lesquelles la Confédération, les cantons ou les communes détiennent une participation financière ou qui assument une tâche régalienne ne profitent de leur situation pour obtenir des avantages compétitifs qui soient de nature à fausser la concurrence sur le marché libre. Les entreprises en situation de monopole, notamment, par exemple dans le secteur de l'électricité, ne doivent pas pouvoir utiliser les informations dont elles disposent sur leurs clients ou les relations qu'elles entretiennent avec eux, ou encore le bénéfice qu'elles ont obtenu du secteur couvert par leur monopole, pour en retirer abusivement un avantage concurrentiel dans un autre secteur.

Il serait ainsi possible de modifier la loi sur le marché intérieur (LMI) comme suit:

Art. 2

...

Al. 8

Les cantons et les communes veillent à ce que les entreprises publiques au sein desquelles ils détiennent une participation, de même que les entreprises privées auxquelles ils octroient des concessions publiques pour des domaines d'activité déterminés, soient, dans le cadre de leurs activités commerciales, soumises aux mêmes conditions de concurrence que les entreprises privées. Constituent notamment une entrave à la concurrence et sont dès lors interdits les subventionnements croisés ainsi que toute autre forme d'utilisation de données ou de ressources qui serait susceptible de fausser la libre concurrence.

Art. 8bbis Mise en œuvre par la Commission de la concurrence

Al. 1

Les cantons et les communes exposent chaque année dans leur stratégie du propriétaire les raisons pour lesquelles il incombe à l'Etat d'exercer des activités commerciales et les mesures qu'ils ont prises en vertu de l'article 2 alinéa 8. Cette stratégie est soumise à la Commission de la concurrence et rendue publique.

Al. 2

Si les mesures prises par les cantons et les communes ne permettent pas de lutter efficacement contre les risques de distorsion de la concurrence, la Commission de la concurrence peut ordonner des mesures supplémentaires relatives au fonctionnement, à la comptabilité, au financement ou à l'organisation de l'entreprise, ou interdire certaines activités.

Art. 9a Droit de recours des organisations

Al. 1

Les organisations professionnelles ou économiques que leurs statuts habilitent à défendre les intérêts économiques de leurs membres peuvent recourir contre les décisions que la Commission de la concurrence a prises en vertu de l'article 8bbis.

Al. 2

La Commission de la concurrence communique par écrit aux organisations les décisions qu'elle a prises en vertu de l'article 8bbis.



1.2 Développements

[20.3531 et 20.3532]

Les agents économiques privés se retrouvent souvent en concurrence avec des entreprises qui appartiennent à l'État ou qui sont titulaires d'une concession monopolistique délivrée par l'État. Dans le cadre de cette concurrence, les entreprises publiques disposent souvent d'avantages, étant donné qu'elles sont proches de l'État. Il s'agit d'avantages en matière de financement, d'imposition, de réglementation, de subventionnements croisés, de coordination et d'utilisation de données. Les distorsions de concurrence qui en résultent pénalisent les entreprises privées et mettent à mal la concurrence, et par conséquent l'économie nationale.

En l'occurrence, d'après la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral, ni la législation suisse - la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.), la loi sur les cartels et la loi fédérale sur le marché intérieur (art. 2, al. 7, LMI) - ni le droit économique international ne protègent efficacement les agents économiques privés contre ces distorsions de concurrence, comme le relève d'ailleurs aussi le Conseil fédéral dans un rapport consacré à ce sujet, daté du 8 décembre 2017 et établi en réponse au postulat du groupe libéral-radical 12.4172.

Une solution possible - mais pas obligatoire - pourrait consister à compléter la LMI par le principe selon lequel les entreprises publiques n'ont pas le droit de provoquer des distorsions de concurrence, devant soit s'abstenir de causer des distorsions de concurrence figurant dans des catégories à définir (voir plus haut), soit compenser les distorsions qu'elles auraient provoquées, et selon lequel la COMCO doit obtenir les instruments lui permettant d'assurer la surveillance en la matière.

La solution qui sera proposée devra dans tous les cas faire en sorte que la bureaucratie soit moindre et que les compétences inhérentes au fédéralisme soient respectées.

[17.518]

La Confédération, les cantons et les communes sont aujourd'hui actifs dans de nombreux domaines de la vie économique via une participation à des entreprises qui peut prendre des formes aussi diverses que nombreuses. À l'origine, les entreprises concernées avaient pour point commun de servir l'intérêt général et d'être dépourvues de but lucratif.

La privatisation d'entreprises autrefois publiques s'est traduite par le transfert de nombreuses activités à des entreprises de droit privé dont la finalité est de réaliser des bénéfices. Ces entreprises dépendent des collectivités publiques et jouissent souvent d'une situation de monopole qui les soustrait à la concurrence.

On constate de plus en plus ces dernières années que ces entreprises, dont la politique commerciale est largement déterminée par les pouvoirs publics ou qui se sont vu conférer un monopole pour certaines activités, quel que soit au demeurant leur statut juridique particulier, sont amenées pour des raisons de rentabilité à pénétrer progressivement des secteurs économiques où elles se trouvent en concurrence directe avec des opérateurs privés.

A priori, il n'y a rien à y redire, mais une concurrence libre et non faussée suppose qu'entreprises qui bénéficient des deniers publics et entreprises privées soient soumises à des conditions égales dans les secteurs concernés. Il importe notamment que les entreprises publiques ou concessionnaires n'utilisent pas pour procéder à des subventionnements croisés les moyens financiers, données et autres ressources qu'elles ont tirés de leur activité monopolistique, car ce serait là une pratique de concurrence déloyale.

Il est généralement admis que si une entreprise publique veut exercer une activité économique privée, elle doit le faire sans fausser la concurrence, ce qui signifie qu'elle doit être soumise aux



mêmes conditions de concurrence qu'une entreprise privée (art. 94 Cst.). Selon le Tribunal fédéral, tel n'est notamment pas le cas lorsqu'une entreprise publique procède systématiquement à un subventionnement croisé entre activité monopolistique et activité privée (ATF 138 I 378). La réglementation que je propose vise à garantir que tous les acteurs pourront lutter à armes à égales sur le marché libre.

L'article 3 alinéa 1 de la loi sur les cartels dispose que sont réservées les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. La loi s'applique ainsi d'ores et déjà aux entreprises exerçant une activité commerciale qui n'entre pas dans le cadre de l'exécution d'une tâche publique. Dans la pratique, cependant, il est souvent impossible de mettre au jour d'éventuels subventionnements croisés entre activité monopolistique et secteur concurrentiel. Demander aux cantons et aux communes de rendre publique leur stratégie de propriétaire permettra à cet égard de mieux éclaircir la situation.

L'article 1 LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché suisse. Or, lorsqu'une entreprise publique fausse la concurrence en procédant à des subventionnements croisés ou en se servant abusivement pour ses activités commerciales de données ou de moyens tirés de son activité monopolistique, ses concurrents privés ne jouissent plus d'un tel accès libre et non discriminatoire. C'est pourquoi il semble opportun d'intégrer dans la LMI la réglementation que je propose.

La Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi fédérale sur le marché intérieur (art. 8 LMI). Ladite commission sera également chargée d'exécuter la réglementation que je propose, étant entendu qu'elle interviendra au cas où les mesures que les cantons ou les communes ont prises pour prévenir des distorsions de concurrence par les entreprises publiques ou concessionnaires se révéleraient insuffisantes. C'est pourquoi la Commission de la concurrence ne sera pas seulement informée des stratégies de propriétaire, mais sera également habilitée à ordonner des mesures supplémentaires concernant le fonctionnement, la comptabilité, le financement ou l'organisation de l'entreprise, ou encore à interdire certaines activités. Il sera par ailleurs accordé aux organisations professionnelles ou économiques le droit de recourir contre les décisions de la commission, afin de garantir que celle-ci n'outrepasse pas ses compétences.

2 Avis du Conseil fédéral du 26 août 2020 sur les motions 20.3531 et 20.3532

Le Conseil fédéral s'engage pour garantir des conditions concurrentielles équitables sur les marchés pour toutes les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées. Concernant les activités des entreprises étatiques, il est conscient que certaines distorsions de concurrence demeurent, malgré les mesures déjà prises en termes de gouvernance et sur le plan légal : de telles distorsions sont indissociables d'une activité entrepreneuriale de l'État (voir notamment rapport du 8 décembre 2017 « État et concurrence : impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels »). Dans sa réponse aux motions 19.3238 Caroni et 19.3236 Rieder, le Conseil fédéral estimait qu'il n'existait pas de nécessité de légiférer. Sa position n'a pas changé depuis. Le Conseil fédéral est disposé à examiner les différents domaines en étroite collaboration avec les cantons et à rédiger ensuite un rapport à l'intention du Parlement.

Le Conseil fédéral s'engage pour garantir des conditions concurrentielles équitables sur les marchés pour toutes les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées. Concernant les activités des entreprises étatiques, il est conscient que certaines distorsions de concurrence demeurent, malgré les mesures déjà prises en termes de gouvernance et sur le plan légal : de telles distorsions sont



indissociables d'une activité entrepreneuriale de l'État (voir notamment rapport du 8 décembre 2017 « État et concurrence : impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels »). Dans sa réponse aux motions 19.3238 Caroni et 19.3236 Rieder, le Conseil fédéral estimait qu'il n'existait pas de nécessité de légiférer. Sa position n'a pas changé depuis. Le Conseil fédéral est disposé à examiner les différents domaines en étroite collaboration avec les cantons et à rédiger ensuite un rapport à l'intention du Parlement.

Le Conseil fédéral propose de rejeter les motions.

3 Délibérations et décision du conseil prioritaire

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) s'est penchée pour la première fois sur l'initiative parlementaire le 25 février 2019 ; à cette occasion, elle a décidé, par 15 voix contre 10, d'y donner suite. Le 20 janvier 2020, son homologue du Conseil des États (CER-E) a approuvé cette décision, par 10 voix contre 2 et 1 abstention.

Le 17 août 2020, la CER-N a de nouveau examiné l'initiative et a maintenu sa décision d'y donner suite, par 12 voix contre 8 et 4 abstentions. Le 7 septembre 2020, le Conseil national a suivi la décision de sa commission, par 116 voix contre 65 et 3 abstentions.

4 Considérations de la commission

Il est clair pour la commission que la liberté économique des entreprises publiques doit être maintenue ; d'ailleurs, ni les motions ni l'initiative parlementaire ne visent à l'empêcher. Toutefois, la majorité de la commission précise que la neutralité concurrentielle est tout aussi importante. Elle considère, au vu des nombreux problèmes survenus dans ce domaine – le dernier en date étant celui de la reprise de la firme Livesystem par la Poste – qu'il est nécessaire de prendre des mesures ; il s'agit notamment, pour elle, de se pencher sur les stratégies du propriétaire des entreprises proches de l'État.

La minorité de la commission estime, quant à elle, que la situation n'a pas changé depuis le rejet des motions 19.3238 et 19.3236 par le Conseil des États en juin 2019. Renvoyant à l'avis du Conseil fédéral, qui prévoit d'examiner les différents domaines en collaboration avec les cantons et de remettre ensuite un rapport au Parlement, elle apporte son soutien à cette démarche, estimant qu'elle est pertinente.

Quant à l'initiative parlementaire, la majorité de la commission la rejette, considérant qu'elle pourrait violer les compétences inhérentes au fédéralisme, car elle vise en premier lieu les cantons et les communes. En outre, la majorité considère que ce sujet complexe mérite, au vu du grand nombre d'acteurs impliqués (cantons, communes, entreprises des différents secteurs), d'être traité dans le cadre d'un mandat au Conseil fédéral et non d'une initiative ; or, donner un mandat au Conseil fédéral et modifier la législation dans le même temps n'aurait aucun sens. Une minorité propose de donner suite à l'initiative afin de permettre à la CER-N de poursuivre ses débats sur la question et d'élaborer un projet.