

The logo for the University of Lausanne (UNIL) is a stylized, white, cursive script of the word 'Unil' on a blue background.

UNIL | Université de Lausanne

Organisations publiques et concurrence : enjeux juridiques

Vincent Martenet

Professeur à l'Université de Lausanne et ancien président de la Commission de la concurrence

Plan

- I. Constitution féd. et activités économiques de l'Etat
- II. Notion d'entreprise selon la loi sur les cartels
- III. Prescriptions réservées selon la loi sur les cartels
- IV. Piliers du droit suisse de la concurrence
- V. Marchés publics
- VI. Aides d'Etat
- VII. Conclusion

I. Cst. et activités éco. de l'Etat / 1

- **Activités économiques de l'Etat**
 - ≠ Tâches étatiques
- Egalité de traitement entre concurrents économiques (art. 27 Cst.) et neutralité de l'Etat en matière de concurrence (art. 94 Cst.).
- Idée d'une certaine **subsidiarité** de l'Etat quant aux activités économiques → principe d'orientation seulement (comp. ATF 138 I 378, c. 8.4)

I. Cst. et activités éco. de l'Etat / 2

- Rapport du Conseil fédéral, *Etat et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'Etat sur les marchés concurrentiels*, 8.12.2017
 - « [L]’Etat peut corriger les sources d’inefficience du système économique (« **défaillances de marché** »). De plus, il peut poursuivre des objectifs qui lui semblent socialement ou économiquement plus ciblés que ceux qui résulteraient du marché. Ce faisant, il est néanmoins potentiellement lui-même source de défaillances (« **défaillances de l’Etat** »). Par conséquent, l’intervention étatique n’est justifiée que si elle se révèle nécessaire et uniquement si les conséquences négatives de celle-ci ne dépassent pas ses bénéfices. » (p. 3)

I. Cst. et activités éco. de l'Etat / 3

- Constitution fédérale interprétée sagement par le Tribunal fédéral
 - ATF 138 I 378, c. 6.2: Lorsqu'une entreprise étatique exerce une activité comprenant les mêmes droits et obligations qu'un entrepreneur privé et en concurrence avec celui-ci, elle ne constitue qu'un concurrent supplémentaire, de sorte qu'on n'est pas en présence d'une restriction de la liberté individuelle, aussi longtemps que la mesure étatique ne revient pas à quasiment évincer l'offre privée.
 - **Interdiction de tout subventionnement croisé** entre l'activité de monopole et l'activité soumise à concurrence (ATF 138 I 378, c. 9).

I. Cst. et activités éco. de l'Etat / 4

- Obligation de prendre *ex ante* des mesures actives pour **éviter des distorsions de la concurrence**
- Rôle du **droit de la concurrence**
 - Application de la loi sur les cartels (LCart)
 - Application de la loi sur la surveillance des prix (LSPr)
 - Application de la loi contre la concurrence déloyale (LCD)

II. Notion d'entreprise (LCart) / 1

- Application de la loi sur les cartels (LCart) aux « **entreprises** ».
- Entreprises de droit privé ou de droit public engagées dans le **processus économique** qui offrent ou acquièrent des biens ou des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique (art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart).
- Notion économique → peut également viser une entreprise publique, un organisme étatique ou une collectivité publique.
 - *Exemple:* Une commune est une entreprise lorsqu'elle remplit une activité de distributeur de gaz naturel.

II. Notion d'entreprise (LCart) / 2

- Un organisme, quelle que soit sa forme juridique, n'est pas une entreprise lorsque:
 - ses activités ne sont pas de nature économique, mais se rattachent à l'exercice de prérogatives de **puissance publique** et
 - l'activité spécifiquement contestée dans le cas d'espèce est un élément inséparable de la mission de puissance publique exercée par l'organisme (*exemple*: autorisations délivrées par la police du commerce).
- Interprétation large de la notion d'entreprise par la Commission de la concurrence (*exemple*: secteur de la santé).

III. Prescriptions réservées (LCart)

- Réserve des **prescriptions** qui, sur un marché, **excluent de la concurrence** certains biens ou services (art. 3 al. 1 LCart), notamment:
 - celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique;
 - celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.
- Interprétation restrictive de l'art. 3 al. 1 LCart.
- Organisations publiques telles que La Poste ou les services industriels d'un canton ou d'une commune partiellement protégées seulement par des prescriptions réservées.

IV. Piliers du droit suisse (LCart)

Accords
illicites

Abus de
position
dominante

Contrôle
des concen-
trations

V. Marchés publics

- Double effet du principe de la **neutralité** en matière de concurrence en cas d'offre émanant d'une entité étatique (ATF 143 II 425)
 - Obligation du **pouvoir adjudicateur** d'agir de manière neutre dans la procédure d'adjudication
 - Obligation pour le **soumissionnaire étatique** de se comporter de manière neutre
 - Interdiction du subventionnement croisé
 - Obligation pour le pouvoir adjudicateur de vérifier ce point → critère d'exclusion

VI. Aides d'Etat

- **Contrôle des aides d'Etat**
- Pièce manquante du droit (constitutionnel) suisse de la concurrence
- Compétence de la Confédération pour conclure des accords en la matière (art. 54 + 55 Cst.)
 - Compétence de la Confédération pour la législation de mise en œuvre relative aux aides d'Etat fédérales (cf. LF sur les subventions, LSu; art. 103 LF sur l'aviation, LA)
 - Compétence douteuse de la Confédération pour la législation de mise en œuvre relative aux aides d'Etat cantonales ou communales (cf. néanmoins art. 103 al. 1 lit. b LA)

VII. Conclusion

- Activités des organisations publiques encadrées par la **Constitution fédérale** et, entre autres, par le **droit de la concurrence** (cartels, concurrence déloyale, marchés publics, surveillance des prix).
- Devoir pour les autorités de mieux lutter contre les **distorsions étatiques** de la concurrence.