



QUAND L'ETAT FAIT CONCURRENCE AU SECTEUR PRIVÉ

AGEFI - 20.12.2018

NOMBRE DE PME ACTIVES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES SONT CONFRONTÉES À LA CONCURRENCE DES ENTREPRISES (PARA-)ÉTATIQUES ET SE PLAIGNENT DE LA CONCURRENCE DÉLOYALE QUI EN DÉCOULE. LES DISCUSSIONS SUR CE SUJET LORS DE LA 9ÈME JOURNÉE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN NOVEMBRE AU CENTRE PATRONAL ET CO-ORGANISÉE AVEC L'ASSOCIATION SUISSE DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET LE CEDIDAC ONT MONTRÉ QUE LES MOYENS DE LUTTER CONTRE CES DISTORSIONS DE CONCURRENCE RESTENT TOUTEFOIS TRÈS LIMITÉS.

On recense moult interventions parlementaires au niveau fédéral au sujet des distorsions de la concurrence imputables aux entreprises publiques. Les exemples cités sont multiples: Admeira, Swisstopo, La Post, Swisscom, les hautes écoles et Universités ou encore le producteur et distributeur d'électricité bernois BKW qui a racheté plusieurs sociétés dans les services et techniques du bâtiment. Dans ces exemples, le risque de distorsion de concurrence ne provient pas tellement du risque de subventionnement croisé (qui est interdit entre l'activité de monopole et l'activité soumise à concurrence), mais du fait que l'acteur étatique est privilégié car il bénéficie de la sécurité financière (il existe aussi un risque qu'il ne calcule pas tous ses coûts) mais également des contacts privilégiés qu'il entretient avec ses administrés-clients.

Le Conseil fédéral a publié, le 8 décembre 2017, un rapport « Etat et concurrence - Impact des entreprises contrôlées par l'Etat sur les marchés concurrentiels » assez favorable à l'activité étatique dans le secteur privé. Le Conseil fédéral y reconnaît l'existence de certaines distorsions de concurrence, mais rejette toutefois l'idée d'interdire aux entreprises publiques d'exercer des activités en dehors de leur mandat de service universel. Il privilégie le concept dit de la neutralité concurrentielle, arguant que d'importants éléments de ce concept sont déjà mis en œuvre au niveau légal et institutionnel, respectant ainsi les lignes directrices de l'OCDE.

Les activités étatiques sont certes encadrées par la Constitution et, entre autres, par le droit de la concurrence (cartels, concurrence déloyale, marchés publics, surveillance des prix). Les moyens d'agir juridiquement sont toutefois limités pour les entreprises qui s'estimeraient lésées. Le Tribunal fédéral est très (trop) restrictif sur la notion de concurrence directe. Il considère ainsi que la Constitution n'empêche pas l'Etat d'être acteur économique comme les autres et n'impose pas de principe général de subsidiarité de l'Etat par rapport au secteur privé. La Loi sur les cartels n'est pas

d'une grande utilité non plus, dès lors que l'Etat ne se trouvera que très rarement en position dominante pour ses activités accessoires en concurrence avec le secteur privé.

L'Etat est un acteur important de l'économie. Politiquement, les autorités devraient mieux lutter contre les distorsions de la concurrence. Juridiquement, la voie d'une loi sur le contrôle des aides d'états - inconnue en droit suisse mais connue dans l'UE - paraîtrait, selon certains experts, adéquate pour s'attaquer au problème. La question est complexe mais mérite d'être creusée plus avant car les cas de concurrence entre secteur privé et Etat apparaissent à la fois importants et durables.