

B 2.	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève concernant le projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur

Publication d'une Recommandation de la Commission de la concurrence rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI)

611-0019: Recommandation à l'attention du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève

concernant

le projet de loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (LTVTC; PL 11709 et PL 11710)

1 Contexte

1. La Commission de la concurrence (COMCO) a été rendue attentive au projet de Loi sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (P-LTVTC)¹ que le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a remis à son parlement en date du 27 août 2015. En substance, le P-LTVTC introduit un nouveau paradigme réglementaire dans la mesure où il ne laisse subsister qu'une seule sorte de taxis (là où précédemment il y en avait deux), contingentée et bénéficiant d'un droit d'usage du domaine public, d'une part, et crée une catégorie nouvelle dite de « *véhicule de transport avec chauffeur* » ouverte à tous, d'autre part.

2. La COMCO et son Secrétariat sont chargés de veiller à l'exécution de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels; LCart; RS 251) ainsi qu'au respect de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) par la Confédération, les cantons et les communes.

1.1 Droit du marché intérieur

3. La LMI vise à créer un marché unique à l'échelle de la Suisse dans lequel les agents économiques puissent développer leur activité en étant le moins possible entravés par des obstacles cantonaux et communaux à l'accès au marché. Elle garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

4. Concrétisant l'art. 1 al. 1 LMI, l'art. 2 LMI définit les bases du principe du lieu de provenance, qui s'applique à l'activité économique par-delà les frontières intérieures

et permet de justifier la création d'un établissement. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI). Des restrictions pour les offreurs externes ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions, pour autant que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent pas, dans le cas concret, de garantir un niveau de protection des intérêts publics équivalent à celui du lieu de destination (réfutation de la présomption d'équivalence). En outre, chaque restriction doit s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux, être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondre au principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Au surplus, l'art. 3 al. 2 LMI établit un catalogue non exhaustif de restrictions qui ne répondent pas au principe de la proportionnalité et qui sont donc inadmissibles.

5. Il y a quatre ans, la COMCO a émis une « Recommandation du 27 février 2012 concernant l'accès au marché pour services de taxis provenant d'autres localités à l'exemple des réglementations des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne ainsi que des villes de Zurich et de Winterthur »² (ci-après « Recommandation ») dans laquelle la manière dont les principes de la LMI s'appliquent à l'activité des taxis a été exposée. Cette Recommandation garde toute sa signification.

1.2 Droit cartellaire

6. Selon son article premier, la LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir la concurrence. Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

¹ Disponible à l'adresse <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11709.pdf> ainsi que d'une loi modifiant ce même projet <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11710.pdf> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

² Publiée in DPC 2012/2 438 (en allemand).

7. Selon sa pratique³, le Secrétariat de la COMCO considère les centrales, les chauffeurs de taxi indépendants ou les entreprises de taxis parties à un contrat d'abonnement avec une centrale comme des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart. En 2012, dans son enquête préalable « Taxizentralen der Stadt Zürich », le Secrétariat avait analysé de possibles restrictions à la concurrence (contrats d'exclusivité) dans le domaine des taxis. Dans ce dernier cas, il avait considéré qu'il n'existait pas d'indices suffisants d'une restriction à la concurrence justifiant l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart, étant donné notamment la structure du marché (plusieurs centrales de taxis de même taille et grand nombre de taxis indépendants).

1.3 Compétence de la Commission de la concurrence

8. L'activité des chauffeurs – qu'ils circulent en tant que taxi ou véhicule de transport avec chauffeur (VTC) – est une activité économique non régalienne visant l'obtention d'un gain. En tant qu'activité économique, elle est soumise à la LCart et sa régulation doit tenir compte de la LMI.

9. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, la COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent cette loi. Elle peut leur adresser des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

10. L'art. 45 al. 1 LCart prévoit que la COMCO observe de façon suivie la situation de la concurrence. Elle peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace (art. 45 al. 2 LCart).

11. Ainsi, la COMCO prend position sur le projet soumis au parlement. D'ailleurs, l'art. 43 de la Loi genevoise sur les taxis et limousines du 21 janvier 2005 (LTaxis; H 1 30) intitulé « Respect de la concurrence » réserve expressément l'intervention de la COMCO si le département devait constater des distorsions de concurrence résultant notamment de la limitation du nombre de permis de service public ou d'un accord tarifaire entre les exploitants ou les centrales d'ordre de course (al. 1). L'alinéa 2 ajoute que le département prend les mesures nécessaires pour rétablir la concurrence.

2 Points problématiques du projet de Loi sur les taxis et les véhicules de transports avec chauffeur

12. A la lumière des principes énoncés ci-dessus, la COMCO va exposer ci-dessous différents points du P-LTVTC qui, malgré des éléments conformes à la LMI et à la LCart, contiennent des dispositions problématiques en regard de ces deux lois fédérales.

2.1 Accès au marché genevois et reconnaissance des autorisations (art. 13)

13. Selon l'art. 13 al. 1 P-LTVTC – intitulé « Offreurs confédérés » – « [l]es titulaires de permis ou d'autorisations équivalentes pour l'exercice des professions de chauffeur de taxi ou de voiture de transport avec chauffeur, délivrés par l'autorité d'un autre canton, peuvent déposer des passagers dans le canton de Genève et

prendre en charge de nouveaux passagers lors de la course de retour, si le lieu de destination se trouve en dehors du canton de Genève. Ils ne disposent d'aucun droit d'usage accru du domaine public »; pour ces activités, un offreur externe ne doit donc pas nécessairement détenir une autorisation.

14. L'art. 13 al. 2 P-LTVTC quant à lui prévoit que « [l]orsqu'ils souhaitent exercer régulièrement [mise en italique par le rédacteur] leur profession dans le canton de Genève, ils ont droit à la reconnaissance de leur permis ou de leur autorisation équivalente, pour autant qu'ils remplissent les conditions de l'art. 5. Le Conseil d'État définit une procédure simple et gratuite pour la reconnaissance »; ce faisant, les activités pour lesquelles les offreurs externes doivent solliciter une autorisation sont définies. En outre, les conditions d'autorisation sont définies par renvoi à l'art. 5 P-LTVTC lequel prévoit que le requérant doit avoir l'exercice des droits civils, être ressortissant suisse ou au bénéfice d'une autorisation lui permettant de travailler en Suisse comme indépendant ou comme employé, être titulaire du permis de conduire depuis au moins 3 ans et du permis de transport professionnel de personnes et n'avoir pas fait l'objet, dans les 5 ans précédant la requête, de décisions administratives ou de condamnations incompatibles avec l'exercice de la profession, telles que définies par le Conseil d'État⁴, ainsi qu'avoir réussi l'examen prévu à l'art. 6 P-LTVTC. L'Exposé des motifs précise que « celui qui ne remplit pas toutes les conditions pour se prévaloir de [la] reconnaissance, ne pourra pas se prévaloir de la gratuité pour d'éventuels examens qu'il devrait passer ».⁵

15. Finalement, le troisième et dernier alinéa de cette disposition impose aux offreurs de services de taxis exerçant « régulièrement [mise en forme par le rédacteur] [...] dans le canton de Genève [...] [d'obtenir une] autorisation d'usage accru du domaine public, selon les modalités prévues aux articles 10 et suivants ».

16. L'art. 22 P-LTVTC décrit pour les VTC les types de courses autorisés (uniquement sur commande ou réservation préalable [al. 1] ou sur transmission d'un diffuseur de course [al. 2, 2^{ème} phrase]), interdit de prendre les clients qui les hêlent (al. 2, 1^{ère} phrase) ainsi que d'utiliser le domaine public (al. 3).

17. Selon la LMI, un service de taxis non local qui exerce légalement son activité à son lieu de provenance a un droit d'accès au marché sur tout le territoire suisse pour proposer ses prestations conformément aux prescriptions du lieu de provenance (principe du lieu de provenance). Ce droit s'applique aussi bien au transport par-delà les frontières intérieures (art. 2 al. 1 et 3 LMI en lien avec l'art. 4 al. 1 LMI) qu'à la création d'un (deuxième) établissement au lieu de destination (art. 2 al. 4 en lien avec l'art. 4 al. 1 LMI). Les autorités du lieu de

³ DPC 2012/4 p. 814 ss, *Taxizentralen der Stadt Zürich*.

⁴ À noter que la liste de ces décisions ou condamnations incompatibles n'est pas définie actuellement.

⁵ Cf. Exposé des motifs ad art. 13, p. 34.

destination ne peuvent restreindre l'accès au marché pour les taxis non locaux qui proposent leurs services par-delà les frontières cantonales ou communales, ou qui s'établissent dans ce lieu qu'aux conditions très strictes prévues par l'art. 3 LMI.

18. En principe, tout accès au marché suppose dans un premier temps que l'autorité du lieu de destination examine le droit applicable au lieu de provenance puis, le cas échéant, réfute la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI. Dans un deuxième temps seulement, elle peut prononcer des restrictions qui devront chacune respecter l'art. 3 LMI. L'alinéa 3 de cette disposition prohibe en outre les barrières déguisées à l'accès au marché destinées à favoriser les intérêts économiques locaux. La procédure d'accès de la LMI ne permet pas un réexamen des conditions personnelles d'accès, c'est-à-dire lorsqu'elles ont déjà été contrôlées par l'autorité de lieu de provenance.⁶ En outre, l'art. 3 al. 4 LMI prévoit que la procédure doit être simple, rapide et gratuite. Le principe de la gratuité de la procédure est absolu et vaut durant toute la procédure non contentieuse.⁷ Ainsi, aucuns frais ne doivent être perçus quel que soit le résultat de la procédure.⁸

2.1.1 Accès au marché sans autorisation pour les services de taxi

19. Dans sa Recommandation, la COMCO expliquait que les services de taxi non locaux qui, sur commande d'un client (p. ex. par téléphone ou par Internet) ou d'une centrale de taxis, exercent leur activité par-delà les frontières intérieures ou à l'intérieur du lieu de destination, peuvent le faire conformément à l'autorisation de chauffeur de taxi et/ou d'exploitation établie par le lieu de provenance.⁹ Le détail de ces droits d'accès est indiqué au ch. 27 de la Recommandation auquel la COMCO renvoie. En outre, conformément à la jurisprudence genevoise en la matière (Arrêt ATA/173/2012 du 27 mars 2012), un taxi non local qui prend en charge des clients sur commande préalable ne peut se voir imposer un examen relatif à la connaissance théorique et pratique de la topographie genevoise. En effet, selon la Cour de Justice, l'obligation de connaître la topographie d'une part ne constitue pas une différence suffisante pour réfuter la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI et, d'autre part, n'est pas indispensable au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LMI.

20. Ni l'Exposé des motifs ni le P-LTVTC ne répondent à la question de savoir si des taxis non locaux peuvent effectuer des courses sur commande ou réservation préalable ou transmission d'un diffuseur de courses, sur le territoire du canton de Genève. Il s'agit de déterminer si les taxis non locaux peuvent exercer les mêmes activités que les VTC, sans autorisation au sens de l'art. 13 al.1 P-LTVTC, ou si les activités de ces taxis extra-cantonaux fonctionnant sur commande tombent dans la catégorie des activités soumises à autorisation au sens de l'art. 13 al. 2 P-LTVTC ou de l'art. 22 P-LTVTC en lien avec l'art. 5 P-LTVTC.

21. Ainsi, si le P-LTVTC tend globalement à se conformer à la LMI, dans la mesure où l'art. 13 al. 1 P-LTVTC reprend pratiquement textuellement la Recommandation, le P-LTVTC devrait être modifié afin que, soit à son art. 13 al. 1, soit à son art. 22, le droit des taxis non lo-

caux à transporter des clients sur commande ou suite à la transmission d'une course par un diffuseur et les déposer au lieu de leur choix *dans le canton de Genève* soit précisé.

2.1.2 Procédure d'octroi d'une autorisation d'accès au marché conformément à la LMI

22. S'agissant des activités soumises à autorisation, la Recommandation statuait que contrairement à un passager qui commande un taxi non local, un client qui se rend à une station de taxis ne peut guère toujours choisir le taxi en fonction de ses besoins personnels. La personne qui sollicite rapidement un taxi à une station doit pouvoir être sûre que ce dernier remplit les exigences requises au niveau de la qualité, de la sécurité et des connaissances des lieux. Il en va de même pour les clients qui hèlent un taxi et qui souhaitent être transportés à l'intérieur de la même localité. Pour cette raison, les services de taxi non locaux qui ont un (deuxième) établissement commercial au lieu de destination ou qui recrutent des clients en utilisant des stations de taxis en ce lieu peuvent être soumis à une autorisation (supplémentaire). Le principe vaut aussi bien pour l'autorisation de chauffeur que pour celle d'exploitation de taxis.¹⁰

23. L'art. 13 al. 2 P-LTVTC comporte une erreur de raisonnement quant à l'application de la procédure d'accès au marché conforme à la LMI dans la mesure où il se réfère au respect des conditions de l'art. 5 P-LTVTC comme préalable à l'accès au marché. En effet, comme évoqué ci-dessus (ch. 18), lorsqu'un offreur externe désire avoir accès au marché genevois conformément aux droits que lui confère la LMI, l'autorité genevoise doit dans un premier temps comparer les réglementations applicables puis examiner si la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI peut être renversée. Si celle-ci n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit être purement et simplement accordé. En revanche, lorsque, l'examen des réglementations fait apparaître une différence, il est alors possible de prononcer une restriction, si celle-ci est conforme aux conditions de l'art. 3 LMI. Pour Genève, la comparaison fera pratiquement systématiquement apparaître la condition des connaissances topographiques théoriques et pratiques (art. 6 P-LTVTC). Dans le cadre d'une activité régulière à Genève, au regard des conditions de l'art. 3 LMI, l'autorité genevoise pourra en règle générale exiger la réussite de l'examen topographique.¹¹ Toutefois, la procédure d'accès au marché ainsi que l'examen devra être

⁶ Cf. Recommandation, ch. 46, p. 444; ATF 135 II 12 consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010 consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); arrêt du Tribunal fédéral 2C_68/2009 du 14 juillet 2009 consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

⁷ Cf. ATF 136 II 470, consid. 5.3; ATF 134 II 329, consid. 7; Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur, FF 2005 421, p. 442.

⁸ Dans ce sens, MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2ème éd., Bâle 2013, ch. 60 ad art. 3 et la référence citée: arrêt du Tribunal fédéral publié in: DPC 1997/3, p. 393, 401, consid. 5.

⁹ Traduction libre du Secrétariat de la COMCO du ch. 25 de la Recommandation (DPC 2012/2 p. 438 ss, 441).

¹⁰ Traduction libre du Secrétariat de la COMCO du ch. 33 de la Recommandation (DPC 2012/2 p. 438 ss, 442).

¹¹ Cf. Recommandation, ch. 44, p. 444.

gratuite en application de l'art. 3 al. 4 LMI.¹² D'autres conditions personnelles et professionnelles ne peuvent être examinées que lorsqu'elles ne l'ont pas été par l'autorité du lieu de provenance, et ce toujours gratuitement.¹³ En conséquence, l'application de la LMI impliquera pour un taxi non local uniquement l'obligation de réussir l'examen sur les connaissances théoriques et pratiques de la topographie de la ville et du canton de Genève. Le renvoi à l'art. 5 P-LTVTC doit être supprimé du projet en tant qu'il est superfluetatoire au mécanisme de l'accès au marché prévu par la LMI et une phrase selon laquelle le canton de Genève peut uniquement contrôler les conditions d'accès au marché (octroi de la carte professionnelle) qui n'ont pas déjà été contrôlées au lieu de provenance doit être ajoutée.

24. En outre, l'art. 13 al. 2, 2^{ème} phrase, P-LTVTC reprend incomplètement l'art. 3 al. 4 LMI. Il serait judicieux de compléter cette disposition par la mention de l'exigence de célérité, à savoir une procédure simple, rapide et gratuite. Finalement, la mention dans l'Exposé des motifs selon laquelle *si toutes les conditions ne sont pas remplies lors de la procédure de reconnaissance, alors le requérant ne peut se prévaloir de la gratuité pour d'éventuels examens complémentaires* n'est pas conforme à la LMI et doit être supprimée.¹⁴

25. L'art. 13 al. 3 P-LTVTC impose aux services de taxi qui effectueraient *régulièrement* des courses sur le territoire genevois d'obtenir une autorisation d'usage du domaine public. Comme selon l'art. 10 P-LTVTC, les autorisations d'usage du domaine public sont contingentées, l'obligation de disposer d'une autorisation d'usage du domaine public constitue une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 1 LMI. Si le contingent est épuisé lorsque naît l'obligation d'obtenir une telle autorisation, cette obligation pourrait même constituer alors une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux au sens de l'art. 3 al. 3 LMI.

26. La limitation des autorisations d'usage du domaine public est justifiée en regard du nombre de places limité sur le domaine public moyennant le respect des exigences de l'art. 2 al. 7 LMI (cf. pt 2.2 ci-dessous). Néanmoins, pour éviter un usage excessif du domaine public (emplacements pour taxis), il n'est pas indispensable de limiter le nombre d'autorisations d'exploiter.¹⁵ En d'autres termes, le couplage pour les taxis non locaux des autorisations d'exploiter avec les autorisations contingentées d'usage du domaine public ne respecte pas le principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LMI. En effet, pour un taxi non local, il est toujours possible d'exercer son activité régulièrement à Genève depuis une place de stationnement privée située en territoire genevois. Il convient donc de supprimer l'art. 13 al. 3 P-LTVTC.

2.2 Concessions d'usage accru du domaine public (art. 6 al. 3, 10, 11 et 12 al. 2 let. b)

27. Selon l'art. 10 P-LTVTC, les voitures de taxis sont au bénéfice d'une autorisation d'usage accru du domaine public. Chaque autorisation correspond à une immatriculation (al. 1). Le Conseil d'État limite le nombre d'autorisations en fonction des besoins évalués périodiquement (al. 2 et 3). L'art. 11 P-LTVTC, intitulé « *Cri-*

tères d'attribution », indique à son premier alinéa que les autorisations sont délivrées sur requête et qu'elles sont personnelles et intransmissibles. Selon l'art. 11 al. 2 P-LTVTC, pour se voir attribuer une autorisation, le requérant, une personne physique ou morale, doit être titulaire d'une carte professionnelle de taxi (art. 6 P-LTVTC) ou être une entreprise proposant un service de taxi et ne pas avoir fait l'objet de décisions administratives ou de condamnations incompatibles avec l'exercice de la profession, selon un acte du Conseil d'État qui devrait reprendre l'art. 5 P-LTVTC.¹⁶ En outre, le 3^{ème} alinéa de cette disposition délègue au Conseil d'État les modalités d'attribution, à savoir des « *critères objectifs, permettant d'assurer un système cohérent, transparent et non discriminatoire, réalisant un équilibre approprié entre le besoin de stabilité des autorisations et la liberté économique* ». L'art. 12 P-LTVTC fixe la validité de l'autorisation à 6 ans et prévoit que l'autorisation est caduque notamment lorsque son titulaire n'a pas déposé de requête de renouvellement (art. 12 al. 2 let. b).

28. En vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI vaut en principe pour le transfert de l'exploitation tant de monopoles de droit et de régales que pour les monopoles de fait, c'est-à-dire également pour les concessions d'usage exclusif du domaine public.¹⁷ Cet avis est

¹² Cf. Recommandation, ch. 52, p. 445; NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, Zurich 2016, no 204.

¹³ Cf. Recommandation, ch. 47, p. 444 s.

¹⁴ Cf. note 8.

¹⁵ Cf. Recommandation, ch. 48 s., p. 445.

¹⁶ Cette disposition n'apporte toutefois aucune précision sur les comportements punissables visés; cf. Rapport ad art. 11, p. 31 qui renvoie à l'article 5 P-LTVTC, au sujet duquel le Rapport précise quelque peu le domaine concerné (Rapport ad art. 5, pp. 25 ss, p. 27): « *Il s'agira principalement de condamnations liées à des infractions routières graves et/ou répétées, ou de condamnations liées à des actes portant atteinte à l'intégrité physique ou sexuelle d'autrui* ».

¹⁷ Expertise de la COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession sur l'usage du domaine public, DPC 2011/2, 345; Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement de la concession hydraulique au bénéfice de Elektrizitätswerk des Bezirks Schyz AG, DPC 2011/2, 353, ch. 53; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxis non-locaux à l'exemple des prescriptions d'accès des cantons BE, BS, BL de même que des villes de Zurich et Winterthur, DPC 2012/2, 438, ch. 58; Rapport annuel 2012 de la COMCO, Thème spécial: le marché intérieur suisse, DPC 2013/1, 29, 32; Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 42.

partagé par une majorité de la doctrine.¹⁸ En conséquence, les concessions d'usage exclusif du domaine public sont également soumises à l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.¹⁹

29. Du point de vue de la COMCO, la qualification juridique d'une concession en tant que concession de monopole, de régle ou d'usage exclusif n'est pas déterminante, mais bien plutôt le fait que plusieurs acteurs du marché s'intéressent à des droits exclusifs, disponibles uniquement en quantité limitée. Que l'État s'appuie sur une base légale (monopole de droit ou clause de besoin), la constitution cantonale (régle) ou son pouvoir de disposition sur le domaine public (monopole de fait) pour limiter le nombre d'acteurs présents sur le marché n'est pas pertinent en regard de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, il y a dans tous ces cas un « monopole » au sens de cette disposition; le nombre d'intéressés – un seul ou un nombre restreint – à qui l'on accorde l'accès au marché n'est pas important à cet égard. Si plusieurs acteurs économiques s'intéressent à un marché dont l'accès est limité, seule une procédure avec un appel d'offres sera en principe à même de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents, de la neutralité économique de l'État, de la transparence et de l'unité de l'espace économique.²⁰ En conséquence, si sur la base d'un nombre limité de droits d'usage, seule une quantité restreinte d'offres peut se voir octroyer un accès à une activité économique dans un marché déterminé (« marché fermé »), alors l'attribution du droit d'accès au marché sous la forme d'une concession d'usage doit se dérouler conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.

30. Le contingentement des autorisations d'usage accru du domaine public correspond à la création d'un « marché fermé »²¹. Au regard de la LMI, le contingentement des autorisations d'usage accru du domaine public indispensable à l'exercice de la profession de taxi – à savoir la régulation de la concurrence du marché des services de taxis à Genève – n'est pas un problème.²² En effet, la LMI n'a pas pour but d'empêcher les autorités de réguler le marché. En revanche, dès le moment où l'État intervient sur le marché, il doit respecter la liberté économique des acteurs concernés ainsi que le principe de l'égalité de traitement entre concurrents.²³ L'art. 2 al. 7 LMI a pour but de garantir le respect de ces principes constitutionnels en les transposant au niveau de la loi (fédérale). Ainsi, dès lors que les « places » sur le marché sont limitées, l'État doit publier un appel d'offres indiquant les critères de participation et d'adjudication de la concession en fonction des intérêts publics que l'autorité concédante entend protéger, puis choisir les acteurs économiques y correspondant le mieux, respectivement offrant le meilleur rapport qualité/prix. Ainsi, conformément à l'avis de la COMCO, les autorisations d'usage du domaine public nécessaires à l'activité de taxi doivent faire l'objet d'un appel d'offres conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.²⁴

¹⁸ **Dans ce sens:** BELLANGER FRANÇOIS, *Marchés publics et concessions ?*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), *Marchés publics 2012*, Zurich 2012, 167, ch. 101 ss; BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012, ch. 815 s.; DIEBOLD NICOLAS, *Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument*, ZSR 2014, 219, 249; ESSEIVA DENIS, *Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI*, BR 2006, 203, 203 s.; GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3^{ème} éd., Zurich 2013, ch. 211; KUNZ DANIEL, *Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe*, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), *Marchés publics 2012*, Zurich 2012, 205, ch. 26 ff.; LE MÊME, *Die Konzessionserteilung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), *Die Konzession*, Zurich 2011, 27 ss, 36; MOSER ANDRÉ WERNER, *Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern*, Bern 2011, 329 s.; POLTIER ETIENNE, *Loi fédérale sur le marché intérieur*, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Bâle 2013, 1879 ss, LMI 2 VII ch. 23; REY ALEXANDER/WITTWER BENJAMIN, *Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs*, AJP 2007, 585, 590 s.; RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, *Geschlossene Märkte (Kap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Kap. 6)*, in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 s. (disponible, en allemand, sous: http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/141723_avenir-suisse_br_de-internet.pdf; dernière consultation le 4 avril 2016); VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4^{ème} éd., Bern 2006, § 5 ch. 136; ZWALD THOMAS, *Ausschreibung von Konzessionen*, *Die Volkswirtschaft* 2010/3, 28 ss, 30.

D'un autre avis: GISELA OLIVER, *Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes*, URP 2014, 382, 482; RECHSTEINER STEFAN/WALDNER MICHAEL, *Netzgebietsteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung – Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben*, PJA 2007, 1288, 1296 s.; REICH JOHANNES, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zurich 2011, ch. 950 ss; TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, *Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber*, ZBl 2011, 113 ss; WIEDERKEHR RENÉ/ABEGG ANDREAS, *Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie*, ZBl 2014, 639 ss, 651.

¹⁹ Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent explicitement laissé ouverte la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI aux concessions d'usage accru du domaine public (ATF 135 II 49, consid. 4.1, Ville de Genève; arrêt du TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6, Bâle-Ville; arrêt du TF 2C_857/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.2, Ville de Genève); à tout le moins le tribunal cantonal lucernois a admis l'application de l'article 2 al. 7 LMI à l'octroi de droit d'usage du domaine public à des fins commerciales (TC LU, Jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5, in: DPC 2014/3, 650). Cf. dans ce sens également la Recommandation de la Commission de la concurrence du 20 août 2015 concernant la Loi saint-galloise sur l'usage du sous-sol ainsi que la Recommandation de la Commission de la concurrence du 19 octobre 2015 à l'attention du Conseil d'État du canton de Fribourg concernant son avant-projet de Loi sur l'usage du sous-sol (toutes deux à paraître dans la DPC 2015/3).

²⁰ Cf. Recommandation de la COMCO du 1^{er} décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 41 s.

²¹ Au sujet de la notion de marché fermé, cf. RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 18).

²² Cf. Recommandation du 27 février 2012, ch. 54.

²³ RÜTSCHÉ/DIEBOLD (note 18).

²⁴ Cf. Recommandation, ch. 57 s., p. 446.

31. Vu ce qui précède, il apparaît que le système d'octroi des autorisations d'usage du domaine public et leur renouvellement à leur échéance (après 6 ans) prévu dans le P-LTVTC ne respecte pas la LMI. En effet, comme l'avait écrit la COMCO dans sa Recommandation du 27 février 2012, pour être conforme à l'art. 2 al. 7 LMI, l'autorisation d'usage accru du domaine public ne peut être délivrée qu'à la suite d'un appel d'offres; il en va de même pour le renouvellement de celle-ci.²⁵

2.3 Obligation de tarif unique pour les abonnés d'un même diffuseur (art. 18 al. 6)

32. Selon l'art. 18 al. 6 P-LTVTC, « [t]ous les abonnés d'un même diffuseur de courses doivent pratiquer le même tarif pour un même service ». Cet article reprend largement l'idée de l'art. 42 al. 5 LTaxis, actuellement en vigueur. La COMCO est consciente de la volonté du législateur de protéger le consommateur par le biais de cet article, voulant favoriser une certaine transparence sur le marché.

33. Dans cet état d'esprit, il ne faut pas oublier que, depuis 2005, le législateur protège déjà le consommateur contre les prix surfaites (art. 42 al. 4 LTaxis). Cette volonté se retrouve ancrée à l'art. 18 al. 5 P LVTC, qui donne au Conseil d'État le droit de fixer des montants maximaux pour les tarifs des taxis. Cette compétence permet certes de plafonner les prix. Toutefois elle donne également aux acteurs sur le marché le droit d'utiliser cette marge de manœuvre pour demander le prix maximal sans devoir s'entendre sur les prix avec leurs concurrents. La structure du marché genevois facilite du reste ce genre de comportement.

34. En effet, le marché des taxis dans le canton de Genève est caractérisé par la présence d'un acteur historique principal (centrale, respectivement diffuseur de courses) disposant de 650 chauffeurs.²⁶ Les autres acteurs présents sur le marché sont peu nombreux et de petite taille. Le rapport de la Commission genevoise des transports chargée d'étudier le nouveau projet de loi en 2005 confirmait à l'époque que « l'on se trouve actuellement dans la situation d'une quasi-centrale unique puisque Taxiphone prend la grande majorité de la clientèle ». Ce même rapport déclarait également que « les tarifs so[nt] élevés et il n'y a en réalité aucune concurrence », en effet « toutes les centrales appliquent le tarif plafond. » De plus, à la lecture du site Internet de la Ville de Genève, on constate qu'²⁷« [à] Genève, les taxis sont rattachés à des centrales téléphoniques. Leurs tarifs sont fixes ». Sur la base des éléments à sa disposition, force est de constater que la situation actuelle est similaire à celle de 2005. La majorité des chauffeurs de taxi pratiquent le prix maximum et le marché demeure très concentré avec la présence d'une centrale (respectivement diffuseur de courses) principale.

35. L'art. 18 al. 5 P-LTVTC permettrait à lui seul de protéger de façon suffisante le consommateur et laisserait une porte d'entrée à une différenciation possible des prix à la libre appréciation du chauffeur (respectivement d'une entreprise de taxis rattachée à une centrale): rabais aux heures creuses, carte de fidélité, voiture low-cost avec des tarifs plus bas, etc.²⁸ Sous certaines conditions²⁹, cette flexibilité accrue pourrait favoriser la concurrence sur le marché genevois.

36. Le maintien de l'alinéa 6 aurait vraisemblablement pour conséquence la persistance d'un faible niveau de concurrence (en particulier la concurrence « intra-brand ») conduisant à un prix unique étant donnée la forte concentration actuelle du marché. Cette situation ne pourrait cependant pas être analysée par la COMCO, l'art. 18 al. 6 P LVTC pouvant constituer une prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart.

37. Il convient aussi de mettre en évidence que les alinéas 5 et 6 considérés ensemble – s'ils conduisaient conjointement à un prix unique en raison de la structure du marché – pourraient être assimilés à un tarif fixe imposé aux chauffeurs de taxi. La COMCO rend attentif le Conseil d'État au fait qu'en 2011, le Tribunal fédéral a jugé inconstitutionnel un tarif fixe imposé par l'État aux chauffeurs de taxi, l'estimant contraire à la liberté économique.³⁰

38. Enfin, la volonté du législateur de protéger le consommateur en augmentant notamment la transparence sur les prix pourrait être réalisée au travers d'une réglementation plus conforme aux principes de concurrence. Par exemple, chaque taxi devrait afficher directement sur le véhicule le tarif qu'il applique, ce qui permettrait ainsi au consommateur de prendre connaissance du prix estimé de la course. Cette mesure devrait être couplée avec la possibilité, pour ledit consommateur, de s'adresser au taxi de son choix au sein d'une file, sans être contraint de respecter l'ordre d'engagement des véhicules. Ainsi, un réel choix en pleine transparence pourrait être effectué, ce qui favoriserait une plus grande concurrence entre les taxis.

²⁵ Cf. Recommandation, ch. 58, p. 446.

²⁶ Information publiée sur le site Internet de l'entreprise Taxiphone Centrale SA à l'adresse suivante: <http://taxi-phone.ch/taxi-particulier-geneve> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁷ À l'adresse suivante: <http://www.ville-geneve.ch/themes/mobilite/transports-publics/taxis/> (dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁸ C'est d'ailleurs ce que semble confirmer les nouvelles offres lancées récemment par l'entreprise Taxiphone Centrale SA (cf. <http://www.24heures.ch/economie/La-riposte-de-Taxiphone-face-a-Uber-/story/12375790>, dernière consultation: le 4 avril 2016).

²⁹ La COMCO considérerait comme adéquat de consulter les associations de consommateurs, respectivement de demander au Surveillant des prix un préavis au sens de l'article 14 de la Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSP; RS 942.20) lors du processus de fixation des montants maximaux des tarifs de taxis.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_940/2010 du 17 mai 2011, consid. 4.1 ss.

3 Recommandations

39. Vu ce qui précède, la Commission de la concurrence recommande au Grand Conseil et au Conseil d'État de la République et canton de Genève de modifier le projet de loi comme suit:

I. S'agissant de l'accès au marché genevois et reconnaissance des autorisations:

a. Modifier le P-LTVTC afin que, à son art. 13 al. 1 ou à son art. 22, le droit des taxis non locaux à transporter des clients sur commande ou suite à la transmission d'une course par un diffuseur et à les déposer au lieu de leur choix *y compris* dans le canton de Genève soit précisé.

b. Modifier l'alinéa 2 de l'art. 13 P-LTVTC relatif aux offreurs confédérés de la manière suivante:

² Lorsqu'ils souhaitent exercer régulièrement leur profession dans le canton de Genève, ils ont droit à la reconnaissance de leur permis ou de leur autorisation ~~équivalente, pour autant qu'ils remplissent les conditions de l'article 5. Seules les conditions d'octroi de la carte professionnelle qui n'ont pas été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance peuvent être examinées par l'autorité genevoise.~~ Le Conseil d'État définit une procédure simple, rapide et gratuite pour la reconnaissance.

c. Supprimer le troisième alinéa de l'art. 13 P-LTVTC.

d. Préciser dans l'Exposé des motifs *ad* art. 13 P-LTVTC que la procédure d'accès au marché non contentieuse est dans tous les cas gratuite pour les offreurs confédérés.

II. S'agissant des concessions d'usage du domaine public:

a. Modifier l'art. 11 P-LTVTC relatif aux critères d'attribution de la manière suivante:

¹ Les autorisations d'usage accru du domaine public sont attribuées ~~sur requête~~ à la suite d'un appel d'offres public publié dans un organe officiel, à des personnes physiques ou morales. [...].

² [inchangé]

³ Le Conseil d'État détermine les modalités d'attribution en prévoyant une procédure d'appel d'offres ainsi que des critères objectifs, permettant d'assurer un système cohérent, transparent et non discriminatoire, réalisant un équilibre approprié entre le besoin de stabilité des autorisations et la liberté économique.

b. Supprimer la lettre b de l'art. 12 al. 2 P-LTVTC.

III. S'agissant de l'obligation de tarif unique pour les abonnés d'un même diffuseur:

- Supprimer l'alinéa 6 de l'art. 18 P-LTVTC.