



<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

**2013/1**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 120.- Schweiz  
CHF 145.- Ausland  
(Form: 727.000.13/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

Prix au numéro:  
CHF 30.-  
Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 120.- Suisse  
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 120.- Svizzera  
CHF 145.- estero

---

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

2013/1

**Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.** Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

**Organe de publication des autorités suisses de concurrence.** Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

**Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.** Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

April/avril/aprile 2013

---

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

## Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2013/1

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission	1
	2. <b>Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence</b>	<b>17</b>
	3. Rapporto annuale 2012 della Commissione della concorrenza	33
	4. Annual Report 2012 of the Competition Commission	49
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Rotkreuz-Notrufsystem	65
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Tamedia/Ringier/Job.ch/Jobup	80
	2. Tamedia/Ringier/Jobsuchmaschine	83
	3. A4 Limited/B SA	85
	4. PubliGroupe/ImproveDigital	93
	5. Swatch Group AG/Harry Winston Holdings Inc.	101
	6. Verfügung in Sachen Schweizerische Post/La Poste	103
	7. BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.	106
B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2010	114
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	138
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	140

A 1.

**2. Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence****Table des matières**

<b>1</b>	<b>Préface du Président</b>	<b>18</b>	<b>5</b>	<b>Thème spécial de l'année 2012: Le marché intérieur suisse</b>	<b>29</b>
<b>2</b>	<b>Décisions les plus importantes 2012</b>	<b>19</b>			
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b>	<b>20</b>	<b>5.1</b>	<b>La loi sur le marché intérieur</b>	<b>29</b>
3.1	Construction	20	<b>5.2</b>	<b>La fonction de surveillance de la COMCO</b>	<b>29</b>
3.1.1	Présentation du service construction	20	<b>5.3</b>	<b>Droit à l'accès au marché</b>	<b>30</b>
3.1.2	Enquêtes	20	<b>5.4</b>	<b>Marchés publics cantonaux et com- munaux</b>	<b>31</b>
3.1.3	Procédures de recours	20	<b>5.5</b>	<b>La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers</b>	<b>31</b>
3.1.4	Rencontres informelles, observations marché et mandats de conseil	20			
3.1.5	Prévention et information	21			
3.2	Services	21			
3.2.1	Services financiers	21			
3.2.2	Professions libérales et services professionnels	21			
3.2.3	Marchés de la santé	22			
3.3	Infrastructure	23			
3.3.1	Télécommunication	23			
3.3.2	Médias	23			
3.3.3	Energie	24			
3.3.4	Autres domaines	24			
3.4	Industrie et production	25			
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	25			
3.4.2	Industrie horlogère	25			
3.4.3	Secteur automobile	25			
3.4.4	Agriculture	26			
3.5	Marché intérieur	26			
3.6	Investigations	26			
3.7	Relations internationales	26			
<b>4</b>	<b>Organisation et statistiques</b>	<b>27</b>			
4.1	COMCO et Secrétariat	27			
4.2	Statistiques	28			

## 5 Thème spécial de l'année 2012: Le marché intérieur suisse

### 5.1 La Loi sur le marché intérieur

La Loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) a pour but de supprimer les entraves de droit public au libre accès au marché dans les droits cantonaux et communaux et complète ainsi la Loi sur les cartels qui est orientée sur les restrictions privées à la concurrence. La Loi sur le marché intérieur garantit à toute personne ayant son siège en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (article 1 al. 1 LMI). Ce principe vise à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à rendre l'économie suisse plus concurrentielle et à consolider la cohésion économique de la Suisse.

Par la révision partielle de 2005, l'impact de la LMI devait être renforcé. Dans ce but, le principe du lieu de provenance a été étendu à l'établissement commercial et la fonction institutionnelle de surveillance de la COMCO a été renforcée. La LMI révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006 et consacre les principes d'accès au marché suivants:

- Droit d'accès au marché selon les prescriptions du lieu d'origine (principe du lieu d'origine, art. 2 al. 1 à 5 LMI), droit d'accès sans entraves au marché (interdiction des entraves, art. 3 al. 1 LMI) et droit à un accès non-discriminatoire au marché (interdiction de la discrimination, art. 1 al. 1 en lien avec l'art. 3 al. 1 let. a LMI).
- Droit à la reconnaissance des certificats de capacité (principe de la reconnaissance, art. 4 LMI).

- Droit à l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et aux marchés monopolistiques (art. 2 al. 7 LMI).
- En lien avec ces droits d'accès au marché, les refus purs et simples d'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) et les mesures protectionnistes cachées (art. 3 al. 3 LMI) sont en tant que tels absolument interdits et un droit à une procédure d'accès au marché simple, rapide et gratuite est généralisé (art. 3 al. 4 LMI).

### 5.2 La fonction de surveillance de la COMCO

Conformément à l'article 8 al. 1 LMI, la COMCO veille au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes. Au sein du Secrétariat, le Centre de compétence Marché intérieur est chargé de cette tâche. Dans le domaine de la LMI, à l'inverse de celui de la LCart, la COMCO n'a aucune compétence décisionnelle. En revanche, la COMCO dispose des moyens et instruments suivants:

- **Conseil informel et explications du Secrétariat:** Le Centre de compétence Marché intérieur répond chaque année à de nombreuses questions des autorités et d'entreprises de même que d'indépendants relatives à l'accès au marché du point de vue du droit du marché intérieur.
- **Recommandations:** La COMCO peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants ou encore effectuer une enquête qu'elle clôture par l'émission d'une recommandation aux autorités concernées (art. 8 al. 2 et 3 LMI). La recommandation émet un avis sur l'application de la LMI mais n'est pas contraignante pour le destinataire.
- **Expertises:** Sur demande de l'autorité compétente ou d'un tribunal, la COMCO peut établir une expertise sur l'application de la LMI dans le cadre d'une procédure administrative ou de recours (art. 10 al. 1 LMI).
- **Recours:** La COMCO dispose d'un droit de recours indépendant pour faire trancher par un tribunal la question de savoir si une décision cantonale ou communale restreint indûment l'accès au marché (art. 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI).
- **Mandat de publication:** La COMCO peut publier dans la DPC les décisions cantonales et communales ainsi que les jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI).

Pour que la COMCO puisse remplir son mandat légal de publication de même que faire usage de son droit de recours dans les affaires relevant du droit du marché

intérieur, le législateur a introduit un devoir de communication à charge des autorités (art. 10a al. 2 LMI). Ainsi, les autorités et les tribunaux sont obligés de transmettre spontanément à la COMCO toutes les décisions et tous les jugements rendus en application de la LMI. Jusqu'à présent les autorités cantonales et communales n'ont que rarement donné suite à cette obligation. C'est pourquoi le Centre de compétence Marché intérieur a adressé fin 2012 une lettre circulaire aux autorités administratives cantonales et aux tribunaux cantonaux leur demandant de transmettre, respectivement de notifier formellement à l'avenir toutes les décisions et tous les jugements pertinents du point de vue de la LMI.

### 5.3 Droit à l'accès au marché

Alors que le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à la LMI dans sa version de 1995 accordait plus de poids au fédéralisme qu'au principe d'un marché intérieur (p. ex.: ATF 125 I 276; Message relatif à la révision de la Loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421), la volonté du législateur fédéral de renforcer l'impact des droits d'accès au marché s'est depuis clairement manifestée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI révisée. Avec les ATF 134 II 329 (formation du stagiaire en tant que partie de la libre circulation des avocats) et 135 II 12 (libre circulation des psychothérapeutes), notre Haute Cour a montré la voie. Puisque ces premières jurisprudences relatives à la LMI révisée ont été publiées dans le rapport annuel de 2008 (DPC 2009/1, p. 29 s.), l'aperçu qui suit se concentre sur les développements des quatre dernières années survenus dans les secteurs pertinents.

Santé publique: Alors que la libre circulation des personnes exerçant une profession médicale universitaire est garantie depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2007 par la Loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd; RS 811.11), pour toutes les autres professions médicales, la LMI continue de s'appliquer comme auparavant. Dans ce domaine, surgissent principalement des questions de particuliers qui rencontrent des problèmes de libre accès au marché d'activités tels que les psychothérapeutes, les prothésistes dentaires, les secouristes professionnels (ambulanciers), les services de secours et fournisseurs de soins de médecine naturelle.

- Le Tribunal fédéral a décidé dans son arrêt non publié 2C\_844/2008 du 15 mai 2009 qu'une prestataire de soins de naturopathies qui avait 15 ans d'expérience dans le canton de Zoug, où elle n'avait besoin d'aucune autorisation, ne pouvait voir son accès au marché du canton du Tessin restreint au moyen de charges. Concrètement, une protection suffisante des intérêts publics prépondérants était garantie par son expérience au lieu de provenance (art. 3 al. 2 let. d LMI) et rendait l'exigence d'un examen d'admission par le canton du Tessin disproportionnée (cf. DPC 2009/1, p. 30). En revanche, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_57/2010 du 4 décembre 2010, un guérisseur ne pouvait se prévaloir des droits tirés de l'article 2 al. 4 et de l'article 4 LMI lorsqu'il n'est pas établi qu'il remplissait les conditions d'autorisation au lieu de provenance ou ne les remplissait plus.

- La régulation des services de sauvetage/secours d'une manière conforme au droit du marché intérieur a mis les cantons face à des défis. Dans la mesure où les services de sauvetage/secours bénéficient, d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de la liberté fondamentale d'accès au marché intérieur européen et en raison de la similarité des situations juridiques de l'Accord de libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) et du droit européen y relatif, cette activité tombe dans le champ d'application de l'ALCP et par conséquent dans celui du droit suisse sur le marché intérieur. Ainsi, des offreurs privés de services de sauvetage/secours ont le droit d'être admis à offrir leurs services dans d'autres cantons. Pour les cantons où cette activité relève d'un monopole, l'obligation d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI s'applique au transfert de la concession à un privé.
- La COMCO a déposé un recours contre une décision du canton de Zurich qui n'octroyait pas d'accès au marché zurichois à une clinique de soins médicaux dentaires organisée en société anonyme établie dans le canton de St-Gall que moyennant des charges déterminées. Après que, dans une autre affaire, le tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que le droit de la santé zurichois admettait la forme d'une personne morale pour les institutions médicales ambulatoires, le recours contre la décision attaquée est devenu sans objet (La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, DPC 2013/3, p. 526 ss).
- Le Centre de compétence Marché intérieur a accompagné un sauveteur professionnel actif en tant qu'indépendant dans le canton de Lucerne dans le cadre de son accès au marché d'autres cantons. Un échantillon des décisions cantonales a été publié et commenté dans la revue DPC 2013/3 aux pages 530 ss. Cet aperçu montre que la transposition du principe du lieu de provenance continue de poser des problèmes aux autorités cantonales, par exemple lorsque l'activité n'existe pas dans le canton de destination.
- Le 16 juillet 2012, la COMCO a établi une expertise à l'attention de la Direction de la santé publique du canton de Zurich au sujet de l'accès au marché d'une dentiste assistante du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (DPC 2013/3, p. 708 ss). Mme A. \_\_\_\_\_ dispose d'un diplôme brésilien de dentiste et a été admise à pratiquer dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures en tant que dentiste assistante depuis 2006. Dans son expertise, la COMCO est parvenue à la conclusion que, sur la base de la LMI, Mme A. \_\_\_\_\_ peut également exercer dans le canton de Zurich en tant que dentiste assistante.

**Industrie des taxis:** De grandes parties de la régulation cantonale, respectivement communale, relative à l'industrie des taxis ne sont toujours pas conformes à la LMI. Dans une décision de principe de mai 2011, le Tri-

bunal fédéral a jugé qu'en vertu de l'article 2 LMI il n'était pas possible d'interdire aux centrales d'appel de taxis d'attribuer des mandats à des services de taxis non locaux (arrêt 2C\_940/2010 du 17 mai 2011). La COMCO a profité de l'occasion offerte par cet arrêt et par les nombreuses autres questions des autorités et entreprises de taxis pour émettre une recommandation au sujet des effets de la LMI sur la régulation du marché des services de taxi (DPC 2012/2, p. 438 ss.). Cette recommandation se veut être une ligne directrice pour les législateurs cantonaux et communaux en vue d'élaborer des réglementations conformes à la LMI. Par exemple, la ville de Zurich a transposé la Recommandation de la COMCO dans sa nouvelle ordonnance sur les services de taxi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Par ailleurs, la COMCO a déposé un recours contre la perception d'émoluments dans le cadre d'autorisations d'accès au marché du canton de Genève pour des services de taxis non locaux, dans la mesure où cette pratique n'était pas conforme à l'article 3 al. 4 LMI (arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, DPC 2012/2, p. 449 ss.).

**Installateurs sanitaires:** Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_57/2011 du 3 mai 2011, un installateur sanitaire autorisé dans la Commune A. a le droit, sur la base des alinéas 1 et 3 de l'article 2 LMI, d'accéder au marché de la ville de Schaffhouse alors même qu'il ne dispose pas du certificat de la SSIGE exigé par la ville de Schaffhouse. Dans ce même secteur d'activité, le Centre de compétence Marché intérieur a été rendu attentif au fait que certaines communes exigeaient le paiement d'émoluments de la part des installateurs sanitaires non locaux. La perception de tels émoluments va à l'encontre du principe de gratuité de l'accès au marché prévu par l'article 3 al. 4 LMI. Le Centre de compétence Marché intérieur est intervenu afin que ces émoluments soient abolis au niveau communal.

**Formation:** Selon l'ATF 136 II 470, l'enseignement dans les établissements scolaires publics n'est pas une activité régalienne et tombe dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). Une personne admise comme enseignante dans le canton de Neuchâtel pour les niveaux secondaires I et II a en principe le droit, sur la base de l'article 4 al. 1 LMI, à la reconnaissance de son certificat de capacité dans un autre canton. L'article 4 al. 1 LMI s'applique même lorsque l'accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'étude ne prévoit pas la reconnaissance dans le cas d'espèce. En conséquence, la réserve de l'article 4 al. 4 LMI au profit des accords intercantonaux ne vaut que dans la mesure où les règles de libre circulation des concordats ne restreignent pas le droit à la reconnaissance de l'article 4 al. 1 LMI. Le Tribunal fédéral a renvoyé le cas à la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) pour prendre une nouvelle décision.

#### 5.4 Marchés publics cantonaux et communaux

Les prescriptions du droit sur le marché intérieur relatives aux marchés publics ont leur siège dans l'article 5 LMI qui prévoit les standards minimaux suivants pour les marchés publics cantonaux et communaux:

- La procédure de marché public doit être libre de toute discrimination (art. 5 et 3 LMI). L'interdiction de discrimination prévue par le droit du marché intérieur ne vaut pas uniquement pour les offreurs externes, mais également pour les locaux (ATF 125 I 406, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000, consid. 1c). L'article 5 al. 1 LMI impose ainsi aux adjudicateurs cantonaux et communaux une obligation générale d'égalité de traitement respectivement une interdiction de discriminer.
- Les projets importants de même que les critères de participation et d'attribution de marchés publics doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI).
- Les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI) et le droit cantonal doit au moins prévoir une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

Les principes d'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et de transparence ancrés dans l'article 5 LMI sont transposés dans le droit intercantonal, cantonal et, le cas échéant, communal des marchés publics. En d'autres termes, les prescriptions concrètes sur les marchés publics concernant le choix de la procédure en fonction de valeurs seuils, le contenu des appels d'offres, les exigences relatives aux spécifications techniques, les critères de participation et d'attribution, etc. sont tous des émanations des principes de la non-discrimination et de la transparence du droit des marchés publics au sens de l'article 5 LMI.

Il s'ensuit que toute violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001 (AIMP) et du droit cantonal et communal sur les marchés publics de même que toute constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (art. 16 al. 1 let. b AIMP) doivent également être qualifiées de violation de l'article 5 LMI.

En 2012, la COMCO a fait usage du droit de recours que lui confère l'article 9 al. 2<sup>bis</sup> LMI pour la première fois dans le cadre d'un marché public cantonal contre l'exclusion d'un offreur en invoquant la violation de l'article 5 LMI. La COMCO fait valoir que l'autorité d'adjudication a appliqué les critères qu'elle avait elle-même choisis de telle sorte qu'il ne puisse subsister qu'un seul offreur possible et un offreur meilleur marché a été exclu. La procédure est actuellement pendante devant le Tribunal administratif cantonal.

Le Centre de compétence Marché intérieur a réalisé un module de formation intitulé "Assurer la concurrence dans les marchés publics". Cette formation est régulièrement donnée déjà depuis quelques années aux représentants des offices cantonaux et fédéraux compétents pour les marchés publics et constitue un élément essentiel de la lutte contre les cartels de soumission.

Finalement, une compétence permanente du Centre de compétence Marché intérieur est la représentation du Secrétariat à la Conférence des achats de la Confédération (CA). La CA est l'organe stratégique de l'administration fédérale dans le domaine de l'achat de marchandises et de services. Parmi ses tâches figurent en particulier l'adoption de Lignes directrices et de stratégies

pour les marchés publics, la réalisation de documents sur l'interprétation de questions de droit des marchés publics de même que l'élaboration de concepts de formation et de formation continue.

### 5.5 La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers

A l'occasion de la révision partielle de la Loi sur le marché intérieur, le législateur a introduit l'alinéa 7 de l'article 2 LMI, selon lequel la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à un privé doit faire l'objet d'un appel d'offres. A ce jour, il n'existe que relativement peu de pratique par rapport à cette disposition.

La COMCO a établi deux expertises sur la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI en lien avec l'octroi de concession pour la construction, l'exploitation et l'entretien d'infrastructure d'acheminement d'électricité de même que de concession du droit d'exploiter la force hydraulique (Expertise du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises sur l'utilisation du domaine public ainsi que l'approvisionnement en électricité, DPC 2011/2, p. 345; Expertise du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement des concessions de droits d'eau (Wasserrechtskonzessionen) au profit de Elektrizitätswerk Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2, p. 353). Dans les deux cas, des privés ont reçu une concession d'usage privatif. Avec de telles concessions d'usage privatif la communauté octroie au privé le droit d'utiliser le domaine public de manière exclusive. Les concessions d'usage privatif du domaine public reposent sur un monopole de fait. Cette notion signifie que la communauté a la possibilité, sur la base de sa souveraineté sur le domaine public, d'exclure les privés de certaines activités. D'un point de vue fondamental, la COMCO considère que le devoir d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI ne concerne pas uniquement la transmission de l'exploitation de monopoles de droit, c'est-à-dire ancrés dans la loi, mais également la transmission de monopoles de fait aux privés.

Face à la prévisibilité des problèmes de transposition en lien avec la mise au concours des concessions de réseau de distribution électrique, la COMCO a émis, le 8 mars 2010, une recommandation à l'attention du Con-

seil fédéral. Elle y recommande de fixer les conditions applicables aux appels d'offres de concession de construction, d'exploitation et d'entretien d'infrastructures d'acheminement d'électricité dans le cadre de la révision de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7). Entre temps, le législateur fédéral a réglé dans une loi spéciale que l'octroi de concessions d'approvisionnement en électricité et de droits d'eau pouvaient certes être attribués sans procédure d'appel d'offres mais devaient être transparent et non-discriminatoire (art. 60 al. 3<sup>bis</sup> et art. 62 al. 2<sup>bis</sup> LFH; art. 3a et 5 al. 1 LApEI). Par le principe de non-discrimination, le législateur a repris le critère de l'article 2 al. 7 LMI. La question reste toutefois ouverte de savoir comment octroyer une concession de manière transparente et non-discriminatoire sans procéder à un appel d'offres.

La question centrale qui n'a pas encore été tranchée par notre plus haute instance judiciaire, est de savoir si, selon l'article 2 al. 7 LMI, non seulement les concessions de monopole mais également les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte dans deux cas (ATF 135 II 49 [affichage sur le domaine public] et arrêt 2C\_198/2012 du 16 octobre 2012 [construction et exploitation d'un parking sur le domaine public]). Cette question est controversée dans la doctrine bien que la doctrine dominante, à l'instar de la COMCO, considère que les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'article 2 al. 7 LMI entre en ligne de compte lorsque l'Etat transfère l'exploitation d'un monopole à un privé, mais pas lorsque la communauté l'exploite elle-même. Dans les deux expertises susmentionnées, la question se pose de savoir dans quelles circonstances il faut parler de transfert à un "privé" au sens de l'article 2 al. 7 LMI. A ce sujet, la COMCO est parvenue à la conclusion que la forme de l'organisation du concessionnaire est un critère insuffisant. En référence à la pratique "in-house", il est bien plus pertinent de contrôler si l'Etat exerce un contrôle sur le concessionnaire similaire à celui qu'il aurait sur l'un de ses offices et si le concessionnaire exerce essentiellement ses activités pour le compte de l'autorité concédante.