

En Suisse, les aides d'État ne sont pas soumises à la discipline du marché

La Suisse manque de garde-fous efficaces en matière d'octroi d'aides publiques. L'opacité règne dans ce domaine, et les prescriptions du droit international auront un impact croissant sur la pratique du pays. *Matthias Oesch, Nina Burghartz*

Abrégé Si les aides d'État font partie de l'arsenal traditionnel de la politique gouvernementale, elles se heurtent au principe de neutralité de l'État en matière de concurrence. Des dispositions y relatives figurent dans le droit international et national. Le droit de l'OMC comporte des règles exhaustives applicables au commerce des marchandises. L'accord de libre-échange et celui sur le transport aérien conclus entre la Suisse et l'UE s'alignent sur l'interdiction européenne des aides d'État. Il en sera probablement de même pour les futurs accords avec l'UE sur l'accès aux marchés. Le rapprochement avec le droit communautaire se poursuivra donc dans ce domaine. De son côté, le droit suisse ne comporte guère de directives concrètes, même si le principe de la neutralité de l'État en matière de concurrence impose certaines limites. Diverses dispositions combattent en outre les allègements fiscaux injustifiés. Il est donc légitime de se demander si l'octroi d'aides d'État ne devrait pas être plus sévèrement réglementé en Suisse.

Les aides d'État s'inscrivent dans un contexte conflictuel. D'un côté, elles font partie de l'arsenal traditionnel de la politique gouvernementale. Pour stimuler les activités lucratives privées dans le sens de l'intérêt public, les autorités accordent à certaines entreprises des subsides non remboursables, des prêts sans intérêts, des allègements fiscaux ou l'usage à prix réduit d'immeubles appartenant à l'État. C'est une manière de préserver des emplois, de soutenir le développement de nouvelles technologies et de promouvoir des régions défavorisées. D'un autre côté, les aides publiques sont en conflit avec le principe de neutralité de l'État en matière de concurrence. Un petit nombre d'entreprises privées et publiques bénéficient d'avantages qui ne leur seraient pas accordés dans des conditions normales de marché.

La législation a donc l'obligation de concilier au mieux ces intérêts contradictoires. Tant le droit international que la législation nationale énoncent des directives sur l'octroi d'aides d'État¹. Cette structure verticale de régimes par-

tiels est étroitement imbriquée, même si les solutions choisies se présentent sous des formes différentes.

Droit de l'OMC

En droit international public, les directives de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) revêtent une importance particulière. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires comporte des dispositions détaillées sur l'octroi de subventions. Il est conçu sur le modèle des feux de signalisation : les subventions au remplacement des exportations et des importations sont interdites en tant que telles (feu rouge). Certaines subventions spécifiques agissant au détriment des intérêts d'un membre de l'OMC sont contestables (feu jaune). Enfin, jusqu'en 1999, l'accord comportait une liste de subventions jugées non contestables (feu vert), englobant les subventions aux activités de recherche, aux régions défavorisées et à l'adaptation d'installations existantes aux nouvelles dispositions environnementales. Depuis 2000, les subventions de ce type sont également contestables, ce qui se révèle problématique. L'OMC ne pourra pas faire autrement que de définir des motifs de subvention admissibles, même si aucun consensus ne se dessine pour l'instant. Cet état de fait reflète le caractère fonctionnel de l'organisation, qui n'a pas revêtu une forme constitutionnelle au sens d'une intégration positive, du moins dans le domaine des aides d'État.

Les membres de l'OMC peuvent exiger la nomination d'une cour d'arbitrage chargée de vérifier la légalité des pratiques d'autres membres en matière de subventions. Si la partie visée ne met pas fin à une subvention interdite ou contes-

¹ Dans le présent article, « aide d'État » (notion spécifique au droit européen) et « subvention » sont traités comme synonymes. Dans son Rapport sur les subventions publié périodiquement, le Conseil fédéral se fonde sur une notion plus étendue du subventionnement, qui comprend aussi bien les aides financières que des indemnités, ainsi que certaines contributions à des organisations internationales.

² Aujourd'hui : art. 107 TFUE.

³ Cottier et al. (2014), glose 737-742.

table, le demandeur est habilité à prendre des mesures de rétorsion. Par ailleurs, les membres de l'OMC sont autorisés à percevoir unilatéralement des droits de douane compensatoires sur les produits bénéficiant de subventions interdites.

Jusqu'ici, la Suisse n'a jamais participé activement à une procédure de règlement des différends de l'OMC dans le cadre de laquelle la légalité d'une subvention aurait été mise en cause. Elle renonce aussi à percevoir unilatéralement des droits de douane compensatoires sur les produits subventionnés. Il est à souligner que, contrairement à la plupart des membres de l'OMC, la Suisse n'a pas repris dans sa législation nationale les directives régissant la promulgation de mesures compensatoires.

Accords bilatéraux Suisse-UE

L'Accord de libre-échange entre la Suisse et l'UE de 1972 interdit les aides d'État qui compromettent les échanges de marchandises entre les parties contractantes. Cette disposition suit

pratiquement à la lettre l'interdiction formulée par l'UE², à une – étrange – exception près : l'accord ne donne aucune définition de l'élément d'aide admissible. Les parties contractantes interprètent l'interdiction des aides d'État à leur guise, dans le cadre des règles admises en droit international. Les résultats divergent dès lors fortement, comme on a pu le constater dans la querelle portant sur les privilèges fiscaux cantonaux accordés aux entreprises actives à l'étranger³.

Parmi les autres accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'UE, celui sur le trafic aérien (1999) comporte un règlement des aides d'État. Cette disposition applicable spécifiquement au transport aérien correspond à l'interdiction des aides d'État du droit européen. L'accord astreint les parties contractantes à élaborer des procédures permettant de surveiller le respect de l'interdiction des aides d'État. Au sein de l'UE, cette tâche incombe à la Commission européenne, alors qu'en Suisse, c'est la commission de la concurrence (Comco) qui s'en charge en émettant des avis non contraignants. C'est là une nouveau-

Les aides d'État sont un pan essentiel des négociations entre la Suisse et l'UE. Le conseiller fédéral Ueli Maurer (à gauche) en compagnie du commissaire de l'UE Pierre Moscovici.



té remarquable pour un pays peu sensible à la nécessité de réglementer les aides d'État.

Désormais, la Suisse n'aura guère le choix : elle devra reprendre les règles communautaires sur les aides d'État en cas de nouvel accord sur l'accès aux marchés, notamment dans les domaines de l'énergie et des services (financiers).

Droit suisse

A part la loi sur les subventions de 1990 qui instaure des directives générales au niveau fédéral, le droit suisse ne comporte aucune disposition contraignante en matière de subventions. Les cantons conservent notamment une grande liberté de manœuvre en ce qui concerne la promotion ciblée de leur économie. Deux signaux avertisseurs doivent, néanmoins, être pris en compte.

Liberté économique

La Constitution fédérale (Cst.) astreint toute autorité publique à respecter le principe de la liberté économique⁴, lequel s'applique également à l'octroi de subventions⁵. Les dérogations ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution ou fondées sur les droits régaliens des cantons. L'important est de déterminer si les mesures adoptées respectent le principe de constitutionnalité et satisfont aux exigences en matière de restriction des droits fondamentaux⁶, ou si elles interviennent de manière illicite dans le jeu de l'offre et de la demande. Les aides d'État destinées à assurer l'existence d'une entreprise sont probablement contraires au principe de la liberté économique⁷. Inversement, celles conçues pour ne pas fausser le jeu de la concurrence et qui ne l'altèrent pas (sensiblement) devraient en principe être jugées conformes aux principes constitutionnels.

Le droit fondamental des concurrents d'être traités sur un pied d'égalité traduit en termes concrets le principe de la neutralité de l'État en matière de concurrence⁸. L'octroi de privilèges à certains acteurs économiques peut être justifié par des intérêts publics prépondérants. Le problème est que, selon une pratique (largement critiquée) du Tribunal fédéral, seuls les concurrents directs ont la possibilité d'invoquer le principe de l'égalité de traitement des concurrents.

Chose surprenante, la loi sur le marché intérieur (LMI, 1995) renonce à réglementer l'octroi de subventions cantonales. Comme elle doit garantir « l'accès libre et non discriminatoire au marché » aux acteurs économiques extérieurs⁹, il semble impératif de protéger la liberté du marché intérieur contre d'éventuelles distorsions. Sur ce point, le potentiel de réglementation de la LMI reste inexploité.

Harmonisation fiscale

Le concordat sur l'interdiction des arrangements fiscaux de 1948 et la loi sur l'harmonisation des impôts directs de 1990 permettent aux cantons d'accorder des allègements fiscaux aux entreprises nouvellement implantées. La durée maximale de ces mesures est de dix ans.

L'application de cette harmonisation matérielle accuse cependant des déficits notables. Premièrement, pour examiner l'octroi de privilèges discutables, il est indispensable que les allègements fiscaux soient rendus publics, ce qui est rarement le cas. Deuxièmement, les efforts déployés pour renforcer l'efficacité de cette application ont régulièrement échoué. Ainsi, une commission d'experts a proposé en 2004, puis en 2008 de créer une commission indépendante de contrôle dont la tâche principale était de combattre les pratiques illicites. Bien que le Conseil fédéral et une majorité des cantons aient voté en faveur d'une application plus stricte, les associations économiques et les partis bourgeois se sont prononcés contre la création d'une telle commission¹⁰.

Une situation paradoxale en Suisse

L'examen des directives concernant les aides d'État dans le droit international et national donne un tableau mitigé. En conclusion, l'on peut formuler les trois thèses suivantes.

D'abord, l'efficacité des règles concernant les aides d'État est un élément intégral de la neutralité des pouvoirs publics en matière de concurrence. Ces règles protègent les attentes légitimes et instaurent des règles du jeu équitables. Elles s'appliquent en particulier à la garantie des droits d'accès aux marchés. Le droit de l'OMC comporte des dispositions restrictives en matière d'octroi de subventions, et certains accords

4 Art. 94 Cst.

5 Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF1997 I 1, 308.

6 Art. 36 Cst.

7 Reich, glose 875.

8 Art. 27 et 94 Cst.

9 Art. 1 LMI.

10 Cavelti, passim.

bilatéraux entre la Suisse et l'UE s'alignent sur l'interdiction européenne des aides d'État. De son côté, le droit suisse ne connaît pas de directives efficaces et les cantons restent largement libres d'encourager leur économie. Il y a là un paradoxe.

En Suisse, l'opacité domine. Il est impossible de connaître l'étendue effective des mesures d'encouragement, tout au moins au niveau cantonal. Les interventions parlementaires préconisant la création d'une déclaration obligatoire ont régulièrement échoué, jusqu'à ce que le Conseil national accepte un postulat du groupe libéral-radical en mars 2017¹¹. Le Conseil fédéral y est invité à exposer les formes et le volume des aides de l'État, et à présenter les actions possibles.

Il y a lieu d'examiner si l'octroi d'aides d'État ne devrait pas être réglementé plus sévèrement en Suisse. Il est douteux que la liberté économique soit structurellement en mesure de compenser l'absence de directives spécifiques par la seule vertu des droits fondamentaux. La pratique et la doctrine ont de la peine à définir clairement la liberté économique en dehors de la gestion classique des interventions, à savoir les cas où l'administration publique intervient par des ordonnances régaliennes dans la liberté et la propriété des citoyens et des entreprises. Il vaut donc mieux ne pas s'étendre sur la question des aides d'État fondé sur la liberté économique, qui mériterait un traitement convaincant. Ce serait donc aux constitutionnalistes et au législateur d'instaurer des garde-fous efficaces et un mécanisme d'application.

L'influence des directives de droit international sur la pratique suisse va encore s'accroître. Ce sera notamment le cas si la Confédération conclut de nouveaux accords avec l'UE sur l'accès aux marchés et reprend dans ce cadre le droit européen en matière d'aides d'État. Ce faisant, il pourrait s'avérer problématique de limiter «servilement» l'application du droit concernant ces aides au seul domaine politique visé par un accord. Il est probable que les directives qui les régissent s'étendront par capillarité à d'autres domaines juridiques et toucheront des mesures d'encouragement qui, à première vue, ne semblaient pas visées par l'accord.

¹¹ Postulat 15.3387 « Pour la libre concurrence. Contre les aides de l'État nuisant à la compétitivité » du 4 mai 2015.



Matthias Oesch

Professeur de droit public, de droit européen et de droit économique international, université de Zurich

Nina Burghartz

Assistante scientifique, université de Zurich

Bibliographie

- Cavelti Ulrich, « Die Schliessung der Durchsetzungslücke des Steuerharmonisierungsgesetzes », *IFF Forum für Steuerrecht*, 2008, pp. 287–296.
- Cottier Thomas et al., *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Berne, 2014.
- Oesch Matthias, « Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer », *ZSR*, 2012, pp. 255–284.
- Oesch Matthias, « Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch die Kantone », *AJP*, 2013, pp. 1337–1348.
- Reich Johannes, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit*, Zurich et Saint-Gall, 2011.
- Rhinow René et al., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^e éd., Bâle, 2011.