Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)

du 6 octobre 1995 (RS 943.02)

Introduction à la LMI[1]

Bibliographie

J.-F. AUBERT, in : Aubert/Mahon, Constitution, ad Art. 94 et 95 *(Art. 94 et 95 Cst)*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel [I ou II ? ■■], p. 415 ss ; BIAGGINI, Bundesverfassung, ad Art. 94 et 95 ; R. JACOBS, in : Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (édit.), Bundesverfassung, ad Art. 95 *(Art. 95 Cst)* ; MARTENET/RAPIN, Marché ; M. OESCH/T. ZWALD, in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 1-12 BGBM ; R. RHINOW, in : Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler, Constitution, ad Art. 31bis (Art. 31bis aCst) ; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, p. 603 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 152 ss et 375 ss ; SENTI/BALTENSBERGER, Binnenmarkt ; K. A. VALLENDER, in : Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Bundesverfassung, ad Art. 94 *(Art. 94 Cst)* ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaft, p. 445 ss ; WAGNER, BGBM ; ZWALD, BGBM. ***Eg***. A. AUER/V. MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique, DPC 2004/1, p. 277 ss *(Espace économique)* ; A. DE CHAMBRIER, Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen – Grundlagenbericht zur Revision des BGBM, Berne 2004 *(Binnenmarkt)* ; T. COTTIER/B. MERKT, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique, in : A. Auer/P. Zen-Ruffinen (édit.), De la constitution – Mélanges en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 449 ss ; T. COTTIER/M. WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss ; E. DAVID, Binnenmarkt- und technisches Handelshemmnisgesetz, in : Verbände ohne Wettbewerbsschutz, Fachtagung, Fribourg 1996, p. 32 ss ; N. F. DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, p. 129 ss ; D. DREYER, LMI et Droit public cantonal (fribourgeois), RFJ 2003 1 ss *(LMI)* ; D. DREYER/B. DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 *(Réglementation)* ; P. GALLI/A. MOSER/E. LANG/E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. I, 2^{e} éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 24 ss *(Beschaffungsrecht)* ; N. GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, Jusletter du 26 septembre 2011 *(BGBM)* ; D. HOFMANN, La liberté économique suisse face au droit européen, thèse Genève, Berne 2005 *(Liberté)* ; V. MARTENET, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, PJA 2008, p. 963 ss *(Liberté)* ; J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4^{e} éd., Berne 2008 *(Grundrechte)* ; S. RADCZUWEIT, Il sacrificio del federalismo sanitario sull'altare dello spazio economico svizzero omogeneo, con uno sguardo alla nuova legge sul mercato interno in generale, RTiD I-2010, p. 357 ss ; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, PJA 1995, p. 593 ss ; M. SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigung in der Schweiz und in der Europäischen Union, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010 *(Wettbewerb)* ; R. J. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994, p. 739 ss ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss ; K. WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse Bâle, Bâle 1998.

Travaux préparatoires

Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, (= Mess-LMI), FF 1995 I 1193 ss ; BO CN 1995 1143 ss, 2052 ss et 2299 ss ; BO CE 1995 870 ss, 931 ss et 1065 ss.

Message du Conseil fédéral du 26 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss (= Mess-Cst).

1 M^{e} Pascal G. FAVRE, avocat, dr en droit, ainsi que M. Blaise CARRON, professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat, dr en droit, LL.M., ont contribué à la rédaction et à la mise au point de la première édition de ce texte, alors qu'ils étaient assistants à la Chaire de droit des obligations de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Leurs apports se retrouvent dans cette nouvelle édition, comme sont renouvelés les remerciements qu'ils méritent.

Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, (= Mess-rév.LMI), FF 2005 421 ss ; BO CN 2005 872 ss, 1620 ss et 1785 ; BO CE 2005 753 ss et 1048 ss.

Plan N

I. L'historique . . . 1
A. L'origine . . . 1
B. La préparation . . . 17
1. L'élaboration de l'Avant-projet et la procédure de consultation . . . 17
2. Le Projet et le Message du Conseil fédéral . . . 19
C. L'adoption du Projet . . . 23
1. Les délibérations devant les Chambres . . . 23
2. La promulgation et la mise en vigueur . . . 32
D. Le rapport de la Commission de gestion du Conseil national . . . 33
E. La révision du 16 décembre 2005 . . . 36
1. L'Avant-projet . . . 36
2. Le Projet . . . 41
a) La consultation . . . 41
b) Le Projet et le Message du Conseil fédéral . . . 42
3. Les délibérations devant les Chambres . . . 45
4. La promulgation et l'enrée en vigueur . . . 47
II. Les fondements . . . 49
A. Les bases constitutionnelles . . . 49
B. Les objectifs . . . 60
C. Les principes fondamentaux de la LMI . . . 65
III. Les relations avec d'autres lois fédérales . . . 76
A. La LCart . . . 76
B. La LETC . . . 78
C. La LMP . . . 81
D. La LLCA . . . 83

I. L'historique

A. L'origine

1 La Confédération s'est de longue date efforcée de créer un **espace économique unique** afin de promouvoir la prospérité du pays. En droit économique, ses efforts se sont initialement dirigés vers le transfert de compétences législatives et exécutives à l'Etat fédéral. De nombreux domaines sont cependant restés du ressort des cantons. La structure fédéraliste de la Suisse a certes eu des incidences économiques positives ; l'on songe notamment à la concurrence active des systèmes de réglementation. Mais ce même fédéralisme s'est opposé à la création d'un véritable marché intérieur. A la faveur de l'art. 3 Cst qui leur reconnaît une **compétence générale résiduelle**, les cantons ont en effet édicté des dispositions nombreuses dans divers domaines :

2 – Ainsi en est-il du *commerce de marchandises* : Les prescriptions cantonales sur les produits ou l'application différente selon les cantons de règles fédérales homogènes ont entraîné des restrictions de concurrence inconciliables avec un libre accès au marché intérieur. S'y sont ajoutées toutes les dispositions cantonales et communales dans le domaine des marchés publics qui prescrivaient des exigences de soumission discriminatoires pour les entreprises issues d'autres collectivités ; citons les conditions relatives au domicile, aux exigences professionnelles, à l'inscription au registre professionnel ou au registre du commerce (cf. Mess-LMI, p. 1205 s.).

3 – La *liberté de circulation des personnes* a été restreinte partout où les diplômes professionnels étaient des certificats cantonaux qui n'étaient pas reconnus par les autres can-

tons. Il en est allé de même lorsque les critères cantonaux d'admission au marché différaient les uns des autres (cf. Mess-LMI, p. 1206 s.).

– Pour ce qui est de la *fourniture de services* et, plus largement, de l'exercice d'activités lucratives, les réglementations en vigueur relatives au domicile des offreurs sous forme d'obligations d'établissement, de monopoles, de concessions ainsi que toutes les exigences applicables au seul niveau local ont entravé l'ouverture du marché (cf. Mess-LMI, p. 1207 s.). **4**

En limitant la mobilité des acteurs économiques, les **réglementations protectionnistes** ou celles qui, sans avoir un caractère protectionniste, restreignent l'accès au marché ont influencé de manière considérable les échanges intercantonaux et favorisé la formation de marchés régionaux cloisonnés. Certains effets néfastes réduisaient la capacité concurrentielle des acteurs économiques (cf. ég. Mess-LMI, p. 1208 ss) : **5**

– *Les atteintes à certains droits fondamentaux*. Les exigences de domicile, l'obligation d'être inscrit au registre du commerce ou à un registre professionnel et la non-reconnaissance des certificats de capacité portaient atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst), ainsi qu'à la liberté d'établissement (art. 24 Cst). **6**

– *L'inégalité de traitement entre produits suisses et étrangers*. En vertu de l'*Accord de libre-échange entre la Confédération helvétique et la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972* (= ALE ; RS 0.632.401), de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, du 30 octobre 1947* (= GATT ; RS 0.632.21) ainsi que de l'*Accord instituant l'organisation mondiale du commerce, du 15 avril 1994* (= Accord OMC ; RS 0.632.20 ; cf., en particulier, l'Accord GATT de 1994 qui constitue l'annexe 1A de l'accord OMC), les marchandises et services indigènes étaient moins bien traités juridiquement que les produits étrangers : D'une part, selon l'art. 13 ALE, les produits étrangers doivent pouvoir accéder à tout le marché suisse ; en revanche, les diverses réglementations de droit public pouvaient restreindre les échanges économiques intercantonaux. D'autre part, le principe du traitement national prohibe tout régime de commercialisation des produits étrangers moins favorable que celui auquel sont soumises les marchandises indigènes ; en revanche, les produits nationaux non locaux ne jouissaient pas des droits conférés aux marchandises étrangères par le GATT ou par l'Accord OMC et ses annexes. Il pouvait en résulter des discriminations à rebours. **7**

– *Le cloisonnement des marchés et le niveau des prix*. Les réglementations de droit public protégeant les offreurs publics privilégiaient les entreprises établies, entravaient la concurrence et cloisonnaient les marchés. Ce cloisonnement ne découlait certes pas des seules prescriptions étatiques restrictives, mais aussi de l'existence d'ententes privées (cartels d'importation). Quoi qu'il en soit, l'accès au marché s'en trouvait fortement restreint, ce qui réduisait la pression concurrentielle et augmentait la marge de manœuvre des offreurs établis. D'où un niveau excessif des prix et des marges bénéficiaires. **8**

– *La diminution de la compétitivité*. La protection étatique posait des problèmes de structure d'entreprises. La segmentation du marché obligeait les grandes entreprises à maintenir une multitude de succursales locales. De surcroît, elle les affaiblissait sur le plan international, car elle les empêchait de conserver une taille optimale du point de vue des coûts. A défaut de pression d'adaptation constante, les entreprises suisses se seraient exposées à terme aux restructurations plus douloureuses que commande le processus de globalisation des marchés. **9**

– *Le protectionnisme intérieur comme frein du secteur d'exportation*. Un marché intérieur, en partie à l'abri de la concurrence et fractionné en marchés partiels cloisonnés, nuisait à la compétitivité internationale de la Suisse. En effet, les coûts élevés que re- **10**

présentaient les salaires nominaux ou les prestations d'infrastructure étaient autant de charges qui pesaient sur l'économie d'exportation.

11 – *La désintégration économique*. On l'a dit, les différentes réglementations de droit public favorisaient le cloisonnement des marchés régionaux. La faible mobilité des personnes et des entreprises n'avait pas que des effets économiques. Elle avait des incidences sociales et politiques qui pouvaient empêcher l'affermissement des liens entre les cantons.

12 Confrontées aux obstacles de droit public les plus divers, les entreprises helvétiques ne bénéficiaient pas des composantes d'une économie intérieure favorable au libre accès au marché et à la concurrence. Parallèlement, des **progrès décisifs** avaient été réalisés **à l'étranger**; que l'on songe à la libéralisation du commerce mondial induite par le GATT et les Accords OMC (cf. *supra* N 7) ou au marché intérieur européen ; celui-ci a en effet créé des conditions-cadres qui facilitent la libre circulation des personnes, des marchandises et des services et des capitaux.

13 Considérant l'internationalisation croissante des marchés et fort du principe que la compétitivité extérieure de l'économie est tributaire de son efficacité intérieure, le Conseil fédéral a ressenti dès 1989 le **besoin de réagir**.

14 Dans un premier temps, il a accepté un *postulat* du groupe démocrate-chrétien du 12 juin 1989, qui réclamait l'élimination des discriminations par des mesures adéquates au niveau fédéral. Cela a abouti en juin 1993 à la présentation d'un *Rapport de l'Office fédéral des questions conjoncturelles* (cf. BO CN 1995 1159).

15 Le 6 décembre 1992, peuple et cantons ont rejeté l'arrêté fédéral sur l'Espace économique européen (= EEE). Le Conseil fédéral a alors pris conscience de l'urgence d'en compenser les inconvénients. Au titre des démarches entreprises pour réviser les conditions-cadres du régime économique helvétique, il faut rappeler : le *Rapport sur la politique économique extérieure du 20 janvier 1993* dans lequel le Conseil fédéral soulignait la nécessité d'améliorer la compétitivité internationale de la Suisse par des mesures autonomes et eurocompatibles (cf. FF 1993 I 293 ss, 307 s.) ; le *vaste programme de régénération de l'économie de marché*, dans lequel le Conseil fédéral proposait, entre autres objectifs, d'accroître la compétitivité de l'économie suisse sur le plan international en renforçant la concurrence sur le marché intérieur (cf. Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757 ss, 780 s.).

16 C'est dans ce contexte de morosité conjoncturelle et politique que le Conseil fédéral a donné mandat au Département fédéral de l'économie publique (= DFEP, aujourd'hui DFE) de présenter un projet de loi sur le marché intérieur avant la fin 1993.

B. La préparation

1. L'élaboration de l'Avant-projet et la procédure de consultation

17 Le 4 juin 1993, le DFEP a institué une *commission d'étude* dont les propositions devaient s'inscrire dans le cadre du droit constitutionnel en vigueur. La commission a mis un terme à ses travaux le 23 novembre 1993 en soumettant l'Avant-projet et le rapport explicatif au Département, qui s'y est rallié (cf. Mess-LMI, p. 1226 s.).

18 Le 28 février 1994, le DFEP a engagé la *procédure de consultation*. L'Avant-projet y a trouvé un *écho largement favorable*, du moins sur les efforts déployés pour assurer une

régénération de l'économie de marché. Néanmoins, plusieurs partis politiques et associations économiques ou syndicales ont réclamé l'exclusion des dispositions relatives aux marchés publics. Certains cantons ont formulé des réserves quant à la constitutionnalité des prescriptions touchant la reconnaissance des certificats de capacité et l'engagement du personnel dans le service public pour l'exercice d'activités rémunérées. D'autres cantons ont émis des critiques de nature politique, faisant valoir que l'Avant-projet s'immisçait trop dans leurs domaines de réglementation : selon eux, la loi ne devait pas éluder les conventions intercantonales – en préparation – relatives aux marchés publics et à la reconnaissance des diplômes (cf. Mess-LMI, p. 1227 ss).

2. Le Projet et le Message du Conseil fédéral

19 Le 23 novembre 1994, le Conseil fédéral a publié son Message ainsi que le Projet de Loi fédérale sur le marché intérieur (cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, du 23 novembre 1994, FF 1995 I 1193 ss). Le Projet (= P-LMI) ne reprend pas telle quelle la version élaborée sous l'égide du DFEP. Sans toucher à la substance, le Projet tient compte des réserves de caractère *politique* formulées par les cantons. Les discussions menées sur mandat du chef du DFEP avec des représentants de la Conférence des gouvernements cantonaux ont en effet permis d'aplanir les différends les plus importants. En voici les raisons principales :

20 – L'insertion d'une *définition légale de l'activité lucrative* dans le texte du Projet (cf. art. 1 III P-LMI ; cf. ég. Mess-LMI, p. 1233 s.). L'application de la loi a été initialement limitée aux seules activités protégées par la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 I aCst) dont l'équivalent actuel est la liberté économique (art. 27 Cst). La conséquence était double : (1°) la loi concrétisait la liberté du commerce et de l'industrie et soutenait le processus de déréglementation souhaité par la Confédération et les cantons ; (2°) les activités dans le service public ne tombaient plus dans le champ d'application de la loi. La révision du 16 décembre 2005 a quelque peu assoupli cette limitation, en retenant que toute activité non régalienne ayant pour but un gain constitue une activité lucrative au sens de la LMI.

21 – L'exclusion des *marchés publics de biens, de services et de constructions de la Confédération* (cf. Mess-LMI, p. 1234). Ceux-ci feront l'objet d'une réglementation spécifique dans la *Loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994* (= LMP ; RS 172.056.1). Partant, le Projet ne vise plus que les soumissions des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales. Pour ce qui est toutefois des autres formes d'activités lucratives, la loi s'applique tant à la Confédération qu'aux cantons et aux communes.

22 – La prise en considération des *réserves de nature politique émises par les cantons* (cf. Mess-LMI, p. 1235). D'une part, une clause de subsidiarité consacre expressément la primauté des accords intercantonaux qui, dans les domaines des marchés publics et de la reconnaissance des certificats de capacité, satisfont aux exigences minimales de la loi (cf. art. 5 III et 4 IV P-LMI). D'autre part, le réaménagement des voies de droit contre les décisions cantonales substituait au recours de droit administratif la voie de droit extraordinaire du recours de droit public (cf. art. 10 P-LMI).

C. L'adoption du Projet

1. Les délibérations devant les Chambres

23 Les Chambres fédérales ont examiné le Projet dès le mois de juin 1995. Elles y ont apporté quelques modifications. Le Projet a d'abord été soumis au **Conseil National** :

24 – Le Conseil a examiné le Projet dans sa séance du 8 juin 1995 (BO CN 1995 1143). Tenants du fédéralisme, certains députés sont repartis à l'assaut de la loi et ont plaidé le refus d'entrée en matière. Ils ont défendu en substance que les concordats concernant les marchés publics et la reconnaissance des certificats de capacité étaient suffisants et rendaient superflue toute réglementation fédérale. Les partisans de la loi ont au contraire fait valoir que les conventions conclues entre les cantons ne remplaçaient pas complètement le Projet de loi : celui-ci permettait d'une part d'éliminer les restrictions de la concurrence mises en place par les autorités publiques et constituait d'autre part un complément nécessaire à la LCart. La proposition de ne pas entrer en matière fut rejetée par 110 voix contre 28 (BO CN 1995 1155).

25 – Dans la discussion par articles qui a suivi, le Conseil s'est rallié au texte du Conseil fédéral, à deux exceptions près. Il a biffé sans discussion la disposition qui attribuait à la Confédération la compétence de soutenir les actions intercantonales de promotion du marché intérieur (cf. BO CN 1995 1158). Il a en revanche accepté par 65 voix contre 60 une proposition d'amendement, destinée à combattre le dumping social (art. 5 P-LMI ; cf. proposition *Eymann*, BO CN 1995 1156).

26 Lors du vote sur l'ensemble, le texte a été approuvé par 99 voix contre 21 et 5 abstentions (BO CN 1995 1158). Le Projet ainsi modifié, il a été transmis au **Conseil des Etats** :

27 – Le Conseil a examiné le Projet les 20, 27 et 28 septembre 1995 (cf. BO CE 1995 870 ss, 931 ss et 936 ss). L'entrée en matière a été approuvée à l'unanimité. Des propositions d'amendement ont été formulées concernant les art. 5 (Marchés publics), 9 (Recommandations de la Commission de la concurrence) et 10 (Voies de droit) du Projet.

28 – En ce qui concerne l'art. 5 P-LMI, le Conseil a rejeté la disposition introduite préalablement par le Conseil national selon laquelle l'accès aux marchés publics des cantons et des communes pouvait être conditionné par le respect des conditions de travail en vigueur au lieu de la prestation (cf. BO CE 1995 931 ss ; cf. ég. la proposition *Eymann*, BO CN 1995 1156). Les députés ont craint que cette clause ne favorise un protectionnisme local, manifestement contraire à l'esprit d'une loi établissant un marché intérieur non discriminatoire ; la disposition aurait nui en effet à la concurrence en provenance de régions économiquement moins développées où les niveaux de salaires sont souvent moins élevés (cf. BO CE 1995 933).

29 – Pour le reste, signalons deux amendements : Premièrement, la suppression du renvoi aux dispositions procédurales de la LCart (cf. art. 9 III *i.f.* P-LMI ; cf. ég. la proposition *Danioth*, BO CE 1995 934 s.). Deuxièmement, l'accroissement de la protection des acteurs économiques par l'obligation faite aux cantons de prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (cf. art. 10 II et III P-LMI ; cf. ég. la proposition *Zimmerli*, BO CE 1995 936 ss).

30 Ainsi remaniée, la version du Conseil des Etats a été renvoyée au **Conseil National** afin de supprimer les divergences. Lors de sa séance du 3 octobre 1995, celui-ci s'est rallié intégralement aux décisions du Conseil des Etats concernant les art. 5, 9 et 10 P-LMI (cf. BO CN 1995 2052 ss).

Le texte de la loi a été adopté en **vote final** le 6 octobre 1995 par 174 voix contre 2 au Conseil National (cf. BO CN 1995 2299) et par 44 voix contre 1 au Conseil des Etats (cf. BO CE 1995 1065). **31**

2. La promulgation et la mise en vigueur

Aucune demande de référendum n'ayant été présentée dans le délai qui expirait le 15 janvier 1996 (cf. FF 1995 IV 552), le texte a été promulgué le 17 juin 1996 (RO 1996 II 1742). Pour sa majeure partie, la *Loi fédérale sur le marché intérieur* (= LMI ; RS 943.02) est entrée en vigueur le 1er juillet 1996 (RO 1996 II 1742), en même temps que la *Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce* (= LETC ; RS 946.51) et la nouvelle *Loi fédérale sur les cartels* (= LCart ; RS 251). Seul l'art. 9 I à III de la loi (Voies de droit), se rapportant à l'art. 5 (Marchés publics), n'est entré en vigueur que le 1er juillet 1998 (RO 1996 II 1742). **32**

D. Le rapport de la Commission de gestion du Conseil national

Trois ans après l'entrée en vigueur de la LMI, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a souhaité connaître les effets de cette loi. Elle a chargé une de ses sous-commissions d'examiner les effets de la LMI sur le plan tant économique que juridique et d'apprécier dans quel mesure les objectifs poursuivis par cette loi avaient été atteints. La sous-commission a demandé à l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) d'évaluer tout particulièrement les effets de la loi pour huit professions, groupes de professions ou secteurs de l'économie orientés sur le marché intérieur (professions médicales, installateur sanitaire, opticien, avocat, service de taxis, branche des cafetiers-restaurateurs, de même que les professions itinérantes ainsi que les métiers de régisseur et de courtier en immeubles). **33**

L'OPCA a rendu son rapport à la mi-février 2000 (Evaluation : Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse ? – Rapport final du 11 février 2000 à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, FF 2000, p. 5616-5628). Il est arrivé à la conclusion que la LMI n'avait pas entraîné jusqu'à présent, dans les professions, groupes de professions ou secteurs de l'économie examinés, d'ouverture importante du marché intérieur. Sans être inexistants, les effets de la loi sont demeurés limités à certains secteurs seulement. L'OPCA a notamment pointé du doigt le Tribunal fédéral qui privilégierait une interprétation fédéraliste de la LMI au détriment du marché intérieur (cf. notamment ATF 125 I 267, c. 2-5, JdT 2001 I 586 ; ATF 125 I 276, c. 4-5, JdT 2001 I 574 ; ATF 125 I 322, c. 2, SJ 2000 I 49). **34**

La CdG-N s'est largement fondée sur le rapport de l'OPCA pour adopter son propre rapport (Effets de la Loi fédérale sur le marché intérieur sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse – Rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, FF 2000, p. 5603-5615 = Rapport LMI). Elle a en particulier invité le Conseil fédéral à intervenir auprès des cantons pour qu'ils adaptent dans les meilleurs délais leurs législations aux dispositions de la LMI (Rapport LMI, p. 5610). Elle a par ailleurs adopté deux motions chargeant le Conseil fédéral de proposer une révision de la LMI destinée à renforcer le rôle de la Comco, en conférant à un particulier la qualité pour recourir contre toutes les formes de restrictions de droit public à l'accès au marché (Rapport LMI, p. 5612). Enfin, dans un postulat, elle a demandé au Conseil fédéral d'étudier **35**

l'opportunité de créer un droit de recours pour les associations de défense des consommateurs (Rapport LMI, p. 5612).

E. La révision du 16 décembre 2005

1. L'Avant-projet

36 Le DFE a mis sur pied un groupe d'experts en décembre 2002 et l'a chargé d'élaborer un avant-projet de révision de la LMI dans le cadre de la Constitution fédérale en vigueur. Ce groupe mêlant représentants de la Confédération et des cantons était placé sous l'égide du Secrétariat général du DFE.

37 Afin de mieux comprendre la portée de l'art. 95 Cst, le Secrétariat général a commandé un avis de droit aux professeurs A. Auer et V. Martenet. Les deux experts ont jugé conformes à la Constitution fédérale tant l'extension à l'établissement à des fins commerciales de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance que la possibilité de compenser le non-respect des conditions d'accès au marché au lieu de destination par une expérience professionnelle au lieu de provenance (AUER/MARTENET, Espace économique, p. 277-314). En revanche, dans un avis de droit complémentaire, ils ont conclu au caractère anticonstitutionnel d'une restriction, par une disposition spéciale figurant dans la LMI, des conditions relatives à l'instauration de monopoles cantonaux ou communaux (A. AUER/V. MARTENET, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur, DPC 2004/1, p. 314-326).

38 L'Avant-projet élaboré par le groupe d'experts visait à conférer une plus grande efficacité à la LMI, en préconisant en particulier les révisions suivantes (cf. Mess-rév.LMI, p. 431) :
- l'extension à l'établissement commercial du droit à la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance ;
- le durcissement du régime d'exception à la liberté d'accès au marché pour les autorités du lieu de destination ;
- l'application des règles communautaires à la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité ;
- l'introduction d'un droit de recours de la Comco contre les décisions administratives restreignant indûment l'accès au marché.

39 En outre, l'Avant-projet prévoyait une adaptation de la définition du champ d'application matériel de la loi, la collaboration de la Comco avec les cantons et les services fédéraux concernés dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de reconnaissance de l'UE des certificats de capacité ainsi que l'inscription dans la loi de l'entraide administrative et de l'obligation de renseigner pour les particuliers (cf. Mess-rév.LMI, p. 431).

40 En revanche, le groupe d'experts a renoncé à proposer les modifications suivantes : une révision de l'art. 5 LMI relatif aux marchés publics, une réglementation plus restrictive des monopoles cantonaux et communaux, un contrôle des aides cantonales et communales ainsi qu'une harmonisation fédérale des règles cantonales ou communales de police du commerce (cf. Mess-rév.LMI, p. 431-433).

2. Le Projet

a) La consultation

Les résultats de la procédure de consultation ont été majoritairement positifs (cf. Mess-rév. LMI, p. 433 s.). Une majorité des cantons, dont les intérêts étaient touchés par une telle révision (cf. art. 45 II *i.f.* Cst), a approuvé tous ou la plupart des points de l'Avant-projet. Quelques cantons s'y sont opposés. Les partis politiques gouvernementaux et la plupart des organisations consultées se sont montrés largement favorables à la révision. La levée, liée à l'introduction de la procédure de reconnaissance de l'UE, de la réserve légale en faveur des accords intercantonaux a été notamment critiquée dans le cadre de la procédure de consultation. Cette critique a été prise en compte par le Conseil fédéral (cf. Mess-rév. LMI, p. 435). **41**

b) Le Projet et le Message du Conseil fédéral

Le Projet et le Message du Conseil fédéral se basent très largement sur l'Avant-projet. La révision proposée par le Conseil fédéral vise un triple objectif économique, individuel et institutionnel. Sur le plan économique, il s'agit d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur en limitant les possibilités laissées aux cantons et aux communes de restreindre le libre accès au marché et en renforçant l'interdiction des discriminations. Sur le plan individuel, la révision de la LMI doit contribuer à accroître la liberté d'accès au marché et d'éviter des discriminations à rebours pour les ressortissants suisses par rapport aux ressortissants des Etats de l'UE. Sur le plan institutionnel, la fonction de surveillance assumée par la Comco est renforcée, notamment par le fait que la qualité pour recourir contre des décisions contraires à la LMI doit lui être reconnue. **42**

Le Projet prévoyait en particulier de réviser la LMI sur les points suivants (cf. FF 2005 461-463) : **43**

– extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance (art. 2 IV) ;
– transmission de l'exploitation de monopoles cantonaux et communaux à des entreprises privées, au moyen d'un appel d'offres (art. 2 VII, 6^{e} al. dans le Projet) ;
– renforcement des exigences pour les restrictions à la liberté d'accès au marché (art. 3) ;
– reconnaissance des certificats de capacité selon la procédure de recours de l'UE (art. 4 IIIbis et abrogation du 2^{e} al. de cet art. ; art. 8 IV) ;
– voies de droit et droit de recours de la Comco (art. 9 II, II^{bis} et III).

Le Projet préconisait, de surcroît, la révision de la LMI sur des questions plus ponctuelles relatives au préambule, au champ d'application matériel de la loi (art. 1 III), à la présomption d'équivalence des règlementations cantonales et communales (art. 2 V), à l'abrogation de l'obligation de la Confédération d'informer les cantons (art. 7), à l'entraide administrative (art. 8*a*), à l'obligation de renseigner pour des personnes concernées (art. 8*b*) et aux sanctions en cas de violation de cette obligation (art. 8*c*) ainsi qu'à la publication par la Comco et à l'obligation administrative de communiquer les décisions (art. 10*a*). **44**

3. Les délibérations devant les Chambres

Le Projet du Conseil fédéral a reçu un bon accueil aux Chambres fédérales. Les délibérations n'ont pas conduit à des changements de grande importance du texte proposé par le gouvernement (cf. BO CN 2005 872-894, 1620-1628 et 1785 ; BO CE 2005 753-769 et **45**

1048-1050). L'entrée en matière a été acquise sans aucune difficulté et les votes en faveur du Projet se sont caractérisés par leur netteté. Les Parlementaires ont toutefois décidé d'ajouter un alinéa supplémentaire à l'art. 2 sur la portée des décisions des autorités cantonales (art. 2 VI ; cf. BO CE 2005 762-764 ; BO CN 2005 1620). Par ailleurs, la disposition sur l'étendue du droit de recours accordé à la Comco a fait l'objet de diverses interventions (BO CN 2005 891-894, 1620-1622 et 1785 ; BO CE 2005 765-767 et 1048-1050). La solution préconisée par le Conseil fédéral dans son Projet s'est finalement imposée.

46 Le 16 décembre 2005, les Chambres fédérales ont ainsi adopté tous les principaux points du Projet (*supra* N 43 ; pour une synthèse, cf. DPC 2006/1, p. 22 s.). Même s'il s'agissait formellement d'une révision partielle de cette loi, la plupart des dispositions de la LMI ont été révisées (RO 2006 2363-2365).

4. La promulgation et l'entrée en vigueur

47 Le référendum n'a pas été demandé contre la révision de la LMI du 16 décembre 2005 (FF 2005 6981). Cette révision a été promulguée le 24 mai 2006 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2006 (RO 2006 2366).

48 Il convient encore de signaler que, formellement, les art. 9 II et III résultent du chiffre 138 de l'annexe à la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32), en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (RO 2006 2197, 2211). La version adoptée par les Chambres fédérales lors de la révision de la LMI correspond à celle découlant de l'adoption de la LTAF. Seul l'adjectif « déterminant » à la fin du 3e alinéa est un élément nouveau (cf. RO 2006 2284). Dans le cadre de la LMI, l'adjectif « applicable » avait été retenu (RO 2006 2365).

II. Les fondements

A. Les bases constitutionnelles

49 Initialement, la LMI renvoyait, dans son préambule, aux art. 31bis II et 33 II aCst. Depuis l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, de la révision du 16 décembre 2005, le préambule de la LMI se réfère à deux articles de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 :

50 **1°** Le premier visa renvoie à l'**art. 94 Cst**. Cet article pose les principes constitutionnels de l'ordre économique. La mention de cet article dans le préambule de la LMI ne va pas de soi. En effet, cet article n'est pas véritablement attributif de compétences à la Confédération. Toutefois, à l'instar d'autres lois, la LMI met, à certains égards, en œuvre le principe de la liberté économique (art. 94 I Cst). Par ailleurs, elle contribue à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (art. 94 III Cst).

51 **2°** Le second visa renvoie à l'**art. 95 Cst** (cf. Mess-Cst, p. 302). Cet article offre une base constitutionnelle solide à la LMI (Mess-rév.LMI, p. 453 ; cf. également Aubert, Art. 95 Cst, N 7 ; Biaggini, Bundesverfassung, Art. 95 N 9). L'al. 1 et la 2e phrase de l'al. 2 de cet article correspondent aux art. 31bis II et 33 II Cst (cf. note 1 du texte officiel de la LMI). Selon l'art. 95 Cst, la « Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées » (al. 1). « Elle veille à créer un espace économique suisse unique [...] » (al. 2). La Confédération est ainsi autorisée à réglementer pour des motifs de police économique l'exercice de toutes les activités économiques de **nature lucrative et privée** en vue de créer un marché intérieur unique (cf. Zwald, BGBM, p. 413, N 10). Il

est vrai que les cantons bénéficient d'une compétence concurrente à l'art. 95 I Cst. Si toutefois le législateur fédéral fait usage exhaustivement ou partiellement de sa compétence, les réglementations cantonales sont supplantées par celles de la Confédération (cf. JACOBS, Art. 95 Cst, N 4 ; BIAGGINI, Bundesverfassung, Art. 95 N 3 ; cf. ég. Mess-Cst, p. 302 ; pour l'aCst, cf. RHINOW, Art. 31bis aCst, N 40 et 41).

Les dispositions de la LMI sont ainsi conçues comme des *prescriptions sur l'exercice d'activités économiques privées*. Elles confèrent des droits aux acteurs du marché sous deux formes : **52**

– D'abord, par les **charges** qu'elles imposent aux autorités et collectivités publiques ; ainsi en va-t-il des art. 1 II (But et objet), 2 (Liberté d'accès au marché), 3 (Restrictions à la liberté d'accès au marché) et 5 II LMI (Publication dans un organe officiel des projets de marchés publics de grande importance, des critères de participation et d'attribution du marché). **53**

– Ensuite, par les **droits proprement dits** qu'elles octroient aux particuliers ; c'est le rôle des art. 2 I et IV (Liberté d'accès au marché), 4 (Reconnaissance des certificats de capacité), 5 I (Non-discrimination dans les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales) et 6 LMI (Accords internationaux et intercantonaux). **54**

L'art. 95 Cst est un complément nécessaire à la **réalisation de la liberté économique** (cf. art. 94 I Cst) telle qu'elle est comprise par le constituant de 1999 (cf. Mess-Cst, p. 302 s.). Ainsi, tant les champs d'application personnel que matériel de la loi restent largement dans le cadre de la liberté économique : **55**

– Quant au *champ d'application personnel*, la LMI englobe toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse (art. 1 I LMI) ; c'est-à-dire, outre les citoyens suisses, tous les étrangers établis en Suisse ainsi que toutes les personnes morales ayant leur siège ou ayant un établissement en Suisse (cf. Mess-LMI, p. 1241). S'agissant des personnes physiques, la LMI s'adresse en tout cas aux titulaires du droit fondamental qu'est la liberté économique. Peuvent se prévaloir de cette liberté aussi bien les citoyens suisses que les ressortissants étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement (ATF 119 Ia 35, c. 2, JdT 1995 I 309) ou d'une autorisation de séjour pour autant qu'ils soient exemptés des mesures de limitation et aient droit au renouvellement de l'autorisation en vertu du droit fédéral ou du droit international liant la Suisse (ATF 125 I 182, c. 5a, JdT 2000 I 796 ; ATF 123 I 19, c. 2b). Le champ d'application personnel de la LMI pourrait être élargi, en se fondant sur le terme « toute personne » figurant à l'art. 1 I LMI (cf. LMI 1 N 95 ss). Une telle extension correspondrait au demeurant à ce que préconise la doctrine dominante à propos de la titularité de la liberté économique (art. 27 Cst ; cf. notamment HOFMANN, Liberté, p. 53-55 et les références ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1064 s. et les références ; MARTENET, Liberté, p. 980 s.). Le Tribunal fédéral n'a pour l'heure donné aucun signe d'élargissement du champ d'application de la LMI par rapport à celui de la liberté économique. Enfin, signalons que les personnes morales de droit étranger peuvent se prévaloir de la liberté économique que lorsqu'elles ont le droit d'exercer une activité économique en Suisse en vertu d'un traité international (ATF 131 I 223, c. 1.1). La LMI requiert que le siège ou, à tout le moins, un établissement de la personne morale se trouve en Suisse. A cet égard, la notion d'établissement utilisée à l'art. 1 I LMI doit être interprétée de manière autonome tant en ce qui concerne les personnes physiques que morales (comp. ZWALD, BGBM, p. 417, N 26). **56**

– Quant au *champ d'application matériel*, la LMI vise les activités lucratives qui sont exercées en Suisse et protégées par la liberté économique (Mess-rév.LMI, p. 438). La **57**

LMI s'applique, en outre, à d'autres activités lucratives échappant à cette liberté, tout en n'étant pas étroitement liées à l'exercice de la puissance publique (Mess-rév.LMI, p. 438 ; BO CE 2005 762, E. DAVID; sur ce point, cf. spécialement ZWALD, BGBM, p. 418, N 29 s.). L'enseignement dans une école publique pourrait ainsi être concerné (cf. ZWALD, BGBM, p. 418, N 29, n. 32). La LMI, à son art. 1er III, exclut en revanche les activités régaliennes de son champ d'application (cf. BO CE 2005 762, E. DAVID; ZWALD, BGBM, p. 417, N 27).

58 Il faut encore relever que le mandat confié à la Confédération par l'**art. 95 II *i.f.* Cst** est très étendu (cf. AUER/MARTENET, Espace économique, p. 285 s., N 27) ; elle doit garantir « aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse ». La Confédération peut notamment créer des certificats fédéraux de capacité, comme elle l'a fait pour les professions médicales, poser des conditions minimales pour l'inscription dans un registre cantonal qui confère le droit d'exercer une profession dans toute la Suisse, en ce qui concerne les avocats, ou imposer la reconnaissance de certificats de capacité, comme le prévoit la LMI (AUER/MARTENET, Espace économique, p. 286, N 27 ; cf. aussi DE CHAMBRIER, Binnenmarkt, p. 87 pour une synthèse).

59 Anticipant la nouvelle norme constitutionnelle, la LMI avait déjà franchi cette étape en consacrant le principe de la *reconnaissance sur tout le territoire suisse des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal* (cf. art. 4 LMI). Un tel certificat est ainsi suffisant pour exercer une activité lucrative dans tout le pays. Si les autorités du lieu de destination entendent s'écarter du principe parce qu'un niveau suffisant de formation ne peut être assuré, elles devront l'établir.

B. Les objectifs

60 La LMI a pour objectif économique principal de contribuer à la réalisation d'un **marché intérieur** (cf. aussi art. 95 II, 1 Cst ; pour le surplus, cf. LMI 1 N 7 ss) de façon notamment à renforcer la compétitivité de l'économie suisse et, par là, la place économique intérieure dans le contexte international. Elle vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse ainsi qu'à renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 II LMI).

61 La LMI, qui adopte une approche de nature transcantonale, est conçue comme une **loi-cadre** : Plutôt que de réglementer – et donc d'harmoniser, voire d'uniformiser par le biais du droit fédéral – de manière centralisée des domaines entiers, et pour des raisons tenant au respect du fédéralisme, le législateur soumet les compétences cantonales et communales à des *critères d'évaluation* qui sont indépendants des branches d'activités économiques concernées et qui ont pour but de supprimer les barrières étatiques à la concurrence et à la réalisation du marché intérieur (cf. Mess-LMI, p. 1238 ; ZWALD, BGBM, p. 416, N 20-22 ; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht, p. 25, N 50 ; GAMMENTHALER, BGBM, N 7). La loi s'écarte ainsi du traditionnel « fédéralisme d'exécution » ; les principes qu'elle contient sont « [...] en quelque sorte des panneaux indicateurs qui permettent aux cantons de s'orienter pour légiférer à leur niveau et selon leur souveraine compétence, ou bien pour recourir aux concordats » (cf. l'intervention du Conseiller fédéral Delamuraz, BO CN 1995 1154). L'objectif consistant à améliorer le fonctionnement du marché intérieur suisse par la suppression des entraves cantonales et communales à

l'accès au marché est réaffirmé et renforcé par la révision de la LMI du 16 décembre 2005 (cf. Mess-rév.LMI, p. 422). Si la LMI n'harmonise pas directement les législations et réglementations cantonales ou communales, elle engendre sur les cantons une **pression à l'harmonisation** *a priori* favorable à la concurrence (cf. SCHOTT, Wettbewerb, p. 497 s., N 818). Le risque de « convergence vers le bas » ou *« race to the bottom »*, à savoir le risque que le régime qui finirait par s'imposer serait le moins protecteur pour la population, est en partie pris en compte par l'art. 3 LMI (cf. SCHOTT, Wettbewerb, p. 250 s., N 434).

62 Il serait toutefois réducteur de ne voir dans la LMI qu'une loi fédérale poursuivant un objectif économique général relatif au marché intérieur suisse et, plus largement, à la compétitivité de la Suisse. Cette loi poursuit également un but de **protection individuelle** qui s'inscrit dans une **perspective transcantonale** (cf. *supra* N 42, à propos de la révision de la LMI). Ainsi garantit-elle « à toute personne 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 I LMI). La protection de la liberté économique individuelle et l'interdiction des discriminations entre offreurs locaux et offreurs externes (cf. *infra* N 72-74) sont des objectifs en soi de la LMI, même si l'une et l'autre servent aussi de vecteurs à l'objectif économique général poursuivi par la loi. La LMI doit aussi être comprise comme une forme de concrétisation législative de la **liberté économique** (cf. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1049-1052). Elle contribue, par ailleurs, à la **libre circulation sur le plan économique et professionnel** en Suisse (cf. également GAMMENTHALER, BGBM, N 7).

63 Tous les droits garantis par la LMI sont du reste **déductibles en justice**. La loi dispose qu'en première instance les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions (art. 9 I LMI) et l'ayant droit peut en exiger une. Au stade du recours, les droits des particuliers sont mis en œuvre par l'obligation faite aux *cantons* de prévoir une juridiction indépendante de l'administration qui statue de manière définitive, le recours au Tribunal fédéral étant réservé (art. 9 II LMI) ; la Commission de la concurrence (Comco) jouit de la qualité pour recourir (art 9 II^{bis} LMI). Contre les décisions rendues par les *organes de la Confédération*, ce sont les dispositions générales de la procédure administrative qui sont applicables (art. 9 IV LMI). Ce système des voies de droit s'applique aussi au domaine des *marchés publics cantonaux et communaux*. S'agissant des soumissions, la LMI a mis un terme à la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral (cf. ATF 125 II 86) ; celle-ci soutenait en substance que les adjudications ne revêtaient pas le caractère d'actes souverains selon l'art. 84 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, et qu'il n'existait aucun droit juridiquement protégé à l'adjudication, si bien que la voie de l'ancien recours de droit public était irrecevable (cf. ATF 119 Ia 424 ss, c. 3a, c et d, JdT 1995 I 618 ss).

64 Enfin, en tendant à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse ainsi qu'à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché (art. 1 II/a et b LMI), la LMI a un impact sur le **fédéralisme suisse**. Elle permet en outre une évolution de celui-ci puisqu'elle se fonde sur des principes fondamentaux permettant une évolution de l'application de la loi. Sous cet angle, la LMI revêt un caractère **dynamique** et non statique.

C. Les principes fondamentaux de la LMI

65 Plusieurs principes fondamentaux se trouvent au cœur de la LMI. Les principes plus importants sont les suivants :

66 **1° Le principe dit « Cassis de Dijon »** : Le législateur fédéral a renoncé à harmoniser, dans la LMI, les différentes réglementations cantonales et communales relatives à l'exercice d'activités lucratives en Suisse. Le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance représente la pierre angulaire de la LMI (cf. notamment ZWALD, BGBM, p. 414, N 13 ; GAMMENTHALER, BGBM, N 7 et 10 ss). La loi consacre ainsi le « principe Cassis de Dijon » en droit interne (cf. notamment DREYER, LMI, p. 8 ; DREYER/DUBEY, Réglementation, p. 48 s.). Ce principe a été développé par la Cour de Justice des Communautés européennes (= CJCE, aujourd'hui Cour de Justice au sein de la CJUE) dans une réponse à une question préjudicielle relative aux mesures ayant un effet équivalant à des restrictions quantitatives à la libre circulation des marchandises. L'état de fait était en substance le suivant : Une entreprise coopérative centrale ayant son siège à Cologne avait demandé à l'administration fédérale du monopole des alcools l'autorisation d'importer de France certains alcools en vue d'une mise sur le marché en République fédérale d'Allemagne. La demande portait notamment sur la liqueur « Cassis de Dijon », d'un titre volumétrique en alcool de 15 à 20 %. L'administration allemande décida que celle-ci ne pourrait être commercialisée ; en effet, selon une disposition du « Branntweinmonopolgesetz », seuls pouvaient être mis sur le marché allemand les alcools destinés à la consommation humaine qui avaient une teneur en esprit-de-vin d'au moins 32 % (cf. aff. *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [arrêt Cassis de Dijon], 120/78, Rec. 1979, p. 649 ss).

67 Selon la Cour de Justice, les produits fabriqués et commercialisés dans un Etat membre conformément aux règles de cet Etat doivent être admis dans toute la Communauté (aujourd'hui dans toute l'Union européenne et dans l'Espace économique européen) ; cependant, les obstacles au commerce qui résultent des prescriptions étatiques sur la fabrication ou la commercialisation d'un produit sont admissibles dans la mesure où celles-ci « peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs » (arrêt *« Cassis de Dijon »*, *op. cit*. N 44, p. 662).

68 Adapté par la LMI à l'ordre juridique suisse, ce principe revêt en particulier une double signification :

69 – En matière d'échange de marchandises, de services et de prestations, ce sont les prescriptions en vigueur **au lieu de provenance de l'offreur** qui règlent l'admission au marché ; l'accès est ainsi libre lorsque les services et les biens offerts ne sont pas restreints par l'autorité du lieu auquel ils sont prioritairement destinés (cf. Mess-LMI, p. 1237). Ainsi, toute personne a « le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement » (art. 2 I LMI). Le libre accès au marché comprend aussi le libre établissement à des fins professionnelles (art. 2 IV LMI). L'application de ces règles se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (art. 2 V LMI).

70 – Le principe concerne aussi la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal. Délivrés ou reconnus par un canton pour l'exercice

d'une activité lucrative, ces certificats sont valables **sur tout le territoire suisse**, sauf s'ils font l'objet d'une restriction valable selon l'art. 3 LMI (art. 4 I LMI).

Cette double signification contribue à assurer une forme de **libre circulation sur le plan économique et professionnel** en Suisse. Elle n'empêche toutefois pas les cantons de soumettre l'exercice d'une profession à l'octroi d'une autorisation. C'est notamment le cas de la profession de *notaire*. Les *avocats* ont connu la même situation jusqu'en 2001. Les cantons pouvaient prévoir une procédure d'admission tenant compte du niveau de formation ou des conditions personnelles (solvabilité, honorabilité) du requérant (cf. Mess-LMI, p. 1237 ; cf. ég. ATF 125 II 56 ss, c. 3 s.). Il en découlait une entrave à la mobilité des avocats, d'où l'adoption, le 23 juin 2000, de la *Loi fédérale sur la libre circulation des avocats* (= LLCA ; RS 935.61 ; Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte = BGFA ; Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati = LLCA) qui autorise quiconque qui est inscrit dans un registre cantonal d'exercer sa profession sur l'ensemble du territoire helvétique sans autre formalité (art. 4 LLCA). A cet effet, la LLCA fixe les connaissances et les exigences personnelles minimales dont doit justifier un requérant pour s'inscrire dans un registre cantonal et, partant, pouvoir exercer sa profession dans un autre canton (cf. art. 7 et 8 LLCA ; cf. ég. l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes [FF 1999 6319] et l'ATF 125 II 56 ss, c. 3 a). **71**

2° **Le principe de non-discrimination**. Selon cette règle, l'accès au marché des offreurs externes qui ont leur établissement ou leur siège en Suisse ne peut être restreint par des prescriptions applicables au lieu de destination que si celles-ci s'appliquent **de la même façon** aux offreurs locaux (cf. Mess-LMI, p. 1236 s.). Sous cet angle, la LMI renforce la garantie générale de l'égalité (art. 8 I Cst) ainsi que l'égalité de traitement entre concurrents économiques dans une perspective intercantonale ou, plus exactement, transcantonale (MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 674 ; cf. néanmoins LMI 1 N 83), voire transcommunale. L'égalité de traitement entre concurrents économiques se rattache à la liberté économique (art. 27 Cst ; cf. notamment V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zurich et al. 2003, p. 486-489, N 1088-1095). La LMI est plutôt liée à la garantie générale de l'égalité et à la liberté économique qu'à l'interdiction de la discrimination (art. 8 II Cst), cette dernière visant des caractéristiques personnelles. Certes, on trouve parmi celles-ci l'origine, toutefois, la notion d'origine est étroitement liée à l'identité d'une personne physique (cf. not. R. J. SCHWEIZER in : Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Bundesverfassung, Art. 8 N 58 et les références). S'il n'est pas exclu que les art. 8 II Cst et 2 LMI s'appliquent simultanément dans certains cas particuliers, il faut cependant veiller à ne pas dénaturer la garantie constitutionnelle en en élargissant sensiblement la portée. **72**

Il est vrai que le libre accès au marché peut être restreint pour des motifs d'**intérêts publics prépondérants** (cf. art. 3 I/b et II/a et d LMI). Ces intérêts justifient une restriction au principe selon lequel les marchandises, les prestations de travail et les services qui sont proposés licitement au lieu de l'établissement ou du siège du fournisseur peuvent être offerts sur tout le territoire suisse. Les restrictions doivent toutefois s'appliquer de la même manière aux offreurs locaux et respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 3 I/a et c LMI). La loi contient à ce sujet quelques concrétisations (cf. art. 3 II et III LMI). Les restrictions à la liberté d'accès au marché « ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux » (art. 3 III LMI). **73**

74 L'interdiction de procéder à des discriminations au détriment des offreurs externes est également prescrite par l'art. 2 VII LMI (transmission de l'exploitation d'un monopole) et de l'art. 5 I LMI (marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales ; cf. B. BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 I, p. 227-243, 235-237).

75 Les développements – jurisprudentiels en particulier – intervenus et qui continuent à se produire dans l'Union européenne peuvent s'avérer pertinents pour l'interprétation de ces principes ainsi que des règles de la LMI ; une analyse nuancée est néanmoins requise afin de déterminer, pour chaque question que soulève l'application de la LMI, si une interprétation conforme au droit européen se justifie ou non (pour une telle analyse, cf. spécialement GAMMENTHALER, BGBM, N 82-101).

III. Les relations avec d'autres lois fédérales

A. La LCart

76 La LMI et la LCart visent l'une et l'autre l'élimination des entraves à la concurrence. La première entend accroître la compétitivité du marché intérieur suisse en supprimant les dispositions et les mesures restreignant l'accès au marché ou *a fortiori* à caractère protectionniste adoptées par les collectivités publiques. La seconde veut éliminer les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral. Ces deux actes législatifs diffèrent certes dans la nature des restrictions de la concurrence qu'ils veulent combattre, mais n'en restent pas moins **complémentaires**. Tant les mesures des collectivités publiques que les contraintes émanant des entreprises au sens de l'art. 2 I et I^{bis} LCart peuvent entraver les *relations économiques intercantonales*.

77 La LCart confère à la Comco une compétence pour prendre des décisions face aux restrictions de la concurrence qui tombent dans son champ d'application (cf. art. 30 et 48 I LCart). La Comco perd cette compétence dès qu'il s'agit de restrictions de la concurrence qui émanent d'organes assumant des tâches publiques et qui sont, partant, soumises à la LMI, pour autant toutefois que la collectivité, l'entité ou l'autorité en cause ne doive pas être qualifiée d' « entreprise » en vertu de l'art. 2 I et I^{bis} LCart. Lorsque les dispositions de droit matériel de la LCart (art. 5-11 LCart) ne s'appliquent pas, un devoir de surveillance incombe à la Comco, en ce sens qu'elle peut formuler des recommandations aux autorités concernées et au besoin mener des enquêtes (cf. art. 8 LMI ; cf. ég. art. 45 II LCart). Par ailleurs, la Comco peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours (art. 9 II^{bis} LMI).

B. La LETC

78 La LMI et la LETC forment deux pièces d'un tout. Faisant partie du premier train de mesures visant à régénérer l'économie de marché, elles ont été adoptées et sont entrées en vigueur le même jour. Même si elles agissent à des niveaux différents, elles poursuivent un **même objectif** : *renforcer la concurrence* en tant que principe essentiel de l'ordre économique suisse (cf. Mess-LETC, du 15 février 1995, FF 1995 II 516). Ainsi traitent-elles toutes les deux des entraves au commerce. Des différences existent cependant entre les deux lois.

La LETC établit des principes s'appliquant aux domaines dans lesquels la *Confédération* élabore des règlements techniques à la mise sur le marché de produits fabriqués conformément à des prescriptions techniques étrangères (art. 2 LETC ; cf. toutefois art. 14 II LETC). Elle contient en outre des dispositions relatives à la mise sur le marché de produits fabriqués conformément à des prescriptions techniques étrangères. Sur ce point, elle introduit, de manière autonome et unilatérale, le principe « Cassis de Dijon » dans l'ordre juridique suisse. **79**

La LMI, quant à elle, ne s'intéresse à ces entraves que dans la mesure où elles existent *au niveau intercantonal* ou, plus exactement, transcantonal (cf. FF 1995 II 516), voire au niveau intercommunal ou transcommunal (cf. Mess-rév.LMI, p. 422 : « La révision doit permettre d'améliorer le fonctionnement du marché par la suppression des entraves cantonales et communales à l'accès au marché. »), en prévoyant un droit à ce qu'elles soient éliminées. Elle peut aussi viser des réglementations communales si celles-ci restreignent l'accès au marché pour des offreurs provenant d'autres cantons. Le principe « Cassis de Dijon » sous-tendant la LMI vise les échanges à l'intérieur de la Suisse et implique une comparaison entre les règles de droit et pratiques en vigueur dans des cantons différents, au niveau cantonal ou communal. **80**

C. La LMP

La LMI traite des marchés publics des *cantons, communes et autres organes assumant des tâches cantonales ou communales*. Elle commande au législateur cantonal ou communal de respecter le principe de la non-discrimination des soumissionnaires (art. 5 I LMI). En outre, elle impose à ces mêmes collectivités de publier dans un organe officiel les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution des marchés (art. 5 II LMI). Ces charges trouvent leur pleine signification quand on les rapproche du système de voies de droit dont disposent les acteurs du marché (cf. art. 9 LMI). **81**

En revanche, la LMI **ne s'occupe pas** des marchés publics de la *Confédération*, qui sont exclusivement réglés dans la *Loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994* (= LMP ; RS 172.056.1) et l'*Ordonnance sur les marchés publics, du 11 décembre 1995* (= OMP ; RS 172.056.11). Signalons que la LMP consacre le principe de l'égalité de traitement ou de la non-discrimination des soumissionnaires suisses et étrangers, dans les limites de la législation en vigueur (art. 8 I/a LMP ; cf. Message 2 GATT, du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1226). **82**

D. La LLCA

La LLCA garantit la libre circulation des avocats pratiquant la représentation en justice dans le cadre d'un monopole et fixe les principes applicables à l'exercice de la profession d'avocat en Suisse (art. 1 LLCA). Afin notamment de rendre la libre circulation effective, elle unifie certains aspects de l'exercice de la profession, en particulier les règles professionnelles et les règles essentielles de la surveillance disciplinaire. La LLCA règle, en outre, les modalités de la libre circulation des avocats ressortissants des Etats membres de l'UE ou de l'AELE, sur la base de l'ALCP et de la Convention instituant l'AELE. En vertu de l'article 4 LLCA, « tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autorisation ». La mobilité géographique **83**

est ainsi garantie sans qu'une autorisation ne soit nécessaire. Une fois inscrit au registre d'un canton, un avocat peut pratiquer la représentation en justice dans toute la Suisse sans autre formalité (Message du 28 avril 1999 concernant la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, FF 1999, p. 5331 ss, 5360).

84 La profession d'avocat entre dans le champ d'application de la LMI (cf. notamment ATF 125 II 56, c. 3c). Les relations entre la LMI et la LLCA sont délicates (cf. spécialement F. Bohnet/V. Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 85-88, N 196-205 ; V. Martenet, Quand la LMI rencontre la LLCA, in : R. T. Trindade/H. Peter/C. Bovet [édit.], Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 245-252 ; cf. en outre E. Grisel, La loi sur le marché intérieur et la loi sur la libre circulation des avocats – Fédéralisme et droits fondamentaux, in : P. Hänni [édit.], Mensch und Staat – L'homme et l'Etat, Mélanges pour Thomas Fleiner, Fribourg 2003, p. 49-59). Dès que sont en jeu des questions tranchées de manière exhaustive par la LLCA, celle-ci est, pour ces questions, une *lex specialis* par rapport à la LMI (comp. TF, arrêt du 29. 3. 2004, 2A.443/2003, c. 5.2), laquelle ne s'applique pas ou, plus exactement, peut tout au plus être utilisée comme source corroborant une interprétation de la LLCA favorable à la création d'un marché intérieur (comp. ATF 134 II 329, c. 5.2). Pour le surplus, le tableau est contrasté, si bien qu'« [i]l y a lieu d'avoir une approche plus nuancée et d'examiner, en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral, si, selon les matières, la LMI n'est pas applicable parallèlement à la LLCA » (ATF 134 II 329, c. 5.2 *i.f.*; pour le surplus, cf. LMI 1 N 67 s.).

Section 1 : But et objet

Art. 1

[1] La présente loi garantit à toute personne 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.

[2] Elle vise en particulier à :
a. faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse ;
b. soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché ;
c. accroître la compétitivité de l'économie suisse ;
d. renforcer la cohésion économique de la Suisse.

[3] Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régalienne ayant pour but un gain.

[1] Dieses Gesetz gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben.

[2] Es soll insbesondere :
a. die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern ;
b. die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen ;
c. die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken ;
d. den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen.

[3] Als Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Gesetzes gilt jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit.

[1] La presente legge garantisce a ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa.

[2] Essa ha in particolare lo scopo di :
a. facilitare la mobilità professionale e gli scambi economici in Svizzera ;
b. sostenere gli sforzi dei Cantoni intesi all'armonizzazione delle condizioni di accesso al mercato ;
c. rafforzare la competitività dell'economia svizzera ;
d. rafforzare la coesione economica della Svizzera.

[3] Per attività lucrativa ai sensi della presente legge s'intende ogni attività a scopo di lucro, eccetto quelle che rientrano negli ambiti di sovranità dello Stato.

Bibliographie

J.-F. Aubert in : Aubert/Mahon, Constitution, ad art. 94 et 95 *(Art. 95 Cst)* ; T. Cottier/B. Merkt, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : Von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; Martenet/Rapin, Marché ; Moor, Droit administratif III ; R. Rhinow, Art. 31 in : Aubert/Mahon, Constitution, ad art. 31 *(Art. 31 Cst)* ; M. Oesch/T. Zwald in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 1-4 BGBM ; J.-B. Zufferey, La liberté d'établissement, in : Thürer/Aubert/Müller, Droit Constitutionnel *(Etablissement)* ; Zwald, BGBM. ***Eg***. A. Auer/V. Martenet, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique, DPC 2004/1, p. 277 ss *(Espace économique)* ; T. Cottier/

B. MERKT, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique, in : A. Auer/P. Zen-Ruffinen (édit.), De la constitution, Mélanges en l'honneur de Jean-François Aubert, 1996, p. 449 ss *(Influence)* ; F. DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, p. 129 ss *(Herkunftsprinzip)* ; D. DREYER/B. DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 *(Réglementation)* ; D. ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 2006, p. 203 ss *(Concessions)* ; N. GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, in : Jusletter du 26 septembre 2011 ; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, PJA 1995, p. 593 ss *(Kartellgesetz)* ; M. SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigung in der Schweiz und in der Europäischen Union, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010 *(Wettbewerb)* ; R. S. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994, p. 739 ss *(Binnenmarkt)* ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)*.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1193 ss ; Mess-Cst, FF 1997 I 1 ss ; Mess-rév.LMI, FF 2005 I 421 ss ; Rapport LMI, FF 2000 I 5603 ss ; BO CE 1995 870 ss.

Plan N

I. Généralités . . . 1
II. Buts de la LMI . . . 7
A. Création d'un marché intérieur . . . 7
B. Harmonisation des conditions d'autorisation d'accès au marché . . . 12
C. Accroissement de la compétitivité de l'économie suisse . . . 16
D. Intégration économique . . . 18
E. Des objectifs à la réalité . . . 19
III. Objet de la LMI . . . 22
A. Généralités . . . 22
B. Réglementations visées par la LMI . . . 26
C. Réglementations échappant à la LMI . . . 33
1. Droit fiscal . . . 34
2. Administration de prestations . . . 37
3. Prescriptions qui excluent la concurrence . . . 43
D. Autorités visées par la LMI . . . 47
1. La Confédération . . . 48
2. Les cantons . . . 52
3. Les communes . . . 54
4. Autres organes assumant des tâches publiques . . . 55
IV. Systématique de la LMI . . . 59
A. Une loi-cadre . . . 59
B. Coexistence avec d'autres lois fédérales . . . 65
C. Le modèle européen . . . 69
D. Influence du droit de l'OMC . . . 76
E. Principes de base de la LMI . . . 79
F. Terminologie . . . 84
1. Accès au marché . . . 85
2. Offreurs externes/offreurs locaux . . . 86
3. Lieu de provenance/lieu de destination . . . 88
4. Droit du lieu de provenance/droit du lieu de destination . . . 90
V. Champ d'application personnel de la LMI (titulaires des droits) . . . 94
A. Généralités . . . 94
B. Cas particuliers . . . 105
1. Etrangers séjournant en Suisse . . . 105
2. Citoyens suisses établis à l'étranger . . . 109

N
3. Sociétés suisses contrôlées par des personnes étrangères 110
4. Succursales en Suisse de sociétés étrangères 111
5. Succursales suisses de sociétés suisses 112
VI. Champ d'application matériel de la LMI (activités protégées) 113
A. Activité lucrative 113
B. Actes couverts par l'activité lucrative 116
C. Le cas des activités publiques 119
VII. Champ d'application spatial de la LMI 122

I. Généralités

La LMI comme la LCart s'inscrivent dans la politique de la Confédération tendant à promouvoir la libre concurrence au sein de l'économie suisse. Leur objet est cependant différent. La LCart a pour vocation de lutter contre les acteurs du marché dont les comportements restreignent ou suppriment une concurrence efficace au détriment de concurrents ou de partenaires commerciaux. La LMI vise non les pratiques et accords des particuliers mais les **réglementations de droit public et leur application par les autorités administratives et autres organes assumant des tâches publiques**. **1**

Les réglementations publiques visées par la LMI affectent les conditions d'accès au marché des acteurs économiques. En tant qu'instrument de la concurrence, la LMI garantit à toute personne établie ou ayant son siège en Suisse un accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse. **2**

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LMI, la libre circulation des marchandises, des services et des personnes sur le territoire suisse ne constituait pas en tant que tel un objectif de politique publique. Certaines dispositions constitutionnelles, au premier rang desquelles la liberté économique, y ont contribué, mais de façon limitée. Sur le modèle du droit européen qui a rendu possible un marché commun aux Etats membres, la LMI confère aux acteurs économiques des droits, en particulier la liberté d'accès au marché, qui devraient créer les conditions d'un véritable **marché intérieur**. En écho à l'adoption de la LMI, la nouvelle Constitution fédérale a expressément inscrit le mandat donné à la Confédération de « créer un espace économique suisse unique » (art. 95 II Cst, Mess-Cst, p. 303). La LMI est ainsi une des rares lois ayant contribué à faire évoluer et à renforcer son propre fondement constitutionnel (AUER/MARTENET, Espace économique, p. 279). **3**

La LMI est une **loi-cadre** qui ménage la souveraineté cantonale. Elle ne règle pas, en lieu et place des cantons, les conditions d'accès aux différents marchés sur le territoire suisse. Ceux-ci conservent leurs compétences mais doivent veiller à les exercer dans le respect du droit d'accès au marché conféré aux particuliers établis ou ayant leur siège en Suisse. **4**

La LMI a été partiellement modifiée en décembre 2005. Cette **révision** avait un triple objectif, soit (Mess-rév.LMI, p. 422-423) : **5**

– renforcer le dispositif mis en place lors de l'adoption de la LMI afin de supprimer les entraves cantonales et communales à l'accès au marché ;
– contrer certains effets de l'entrée en vigueur de l'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes, potentiellement négatifs pour l'intégration du marché intérieur suisse (discrimination à rebours) ;
– consolider la fonction de surveillance de la Commission fédérale de la Concurrence (Comco).

6 La LMI modifiée est entrée en vigueur le 1er juillet 2006. Fondée désormais sur une base constitutionnelle explicite, revue et corrigée dans ses moyens, la LMI modifiée dispose aujourd'hui d'une **légitimité doublement renforcée**. De ce point de vue, les entraves à la constitution d'un marché unique en Suisse ne sauraient désormais être tolérées, sauf exceptions justifiées par la loi. Et les tribunaux se doivent d'interpréter très strictement les possibilités offertes aux cantons de restreindre la liberté d'accès des acteurs économiques aux marchés cantonaux (art. 3 LMI).

II. Buts de la LMI

A. Création d'un marché intérieur

7 La LMI vise d'abord à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse (art. 1 II/a LMI). Conformément à l'art. 95 II Cst, le but visé par la LMI est la création d'un espace économique étendu à l'ensemble du territoire national, à l'intérieur duquel chaque acteur établi ou ayant son siège en Suisse peut circuler librement, de même que les marchandises ou services qu'il propose.

8 La mobilité des agents économiques et la libre circulation des marchandises et des services était déjà une préoccupation constitutionnelle (à titre d'exemple, art. 28 aCst : suppression des péages cantonaux ; art. 31 aCst : liberté du commerce et de l'industrie ; art. 45 aCst : liberté d'établissement). La LMI va plus loin : elle permet de créer les bases d'un **marché intérieur** s'étendant à toutes les activités économiques et s'appliquant à tout le territoire national. La jurisprudence du TF, notamment en matière de liberté économique, n'a jamais poursuivi ce but de manière indépendante et méthodique (cf. SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 740 ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 8-10). La LMI « met en œuvre la liberté économique du titulaire de la liberté économique dans sa dimension géographique » (Mess-LMI, p. 1242).

9 La création d'un marché intérieur suppose la suppression de la discrimination dont souffre l'offreur de marchandises ou de services par rapport à ses concurrents du fait de son lieu d'établissement ou de son siège. La LMI lutte contre une telle discrimination de deux façons : en octroyant des droits aux individus et en imposant certaines règles de conduite aux autorités.

10 D'une part, la LMI concède à chaque acteur économique établi ou ayant son siège en Suisse la **garantie d'un accès libre et non discriminatoire** au marché de son choix (art. 1 I LMI). Cette garantie est concrétisée d'abord par la liberté d'accès au marché de l'art. 2 I LMI et le droit d'établissement de l'art. 2 IV LMI, mais également par des droits complémentaires en matière d'accès aux marchés publics (art. 5 LMI) et de reconnaissance des certificats de capacité (art. 4 LMI). Ces différents droits peuvent être valablement opposés à toute décision de l'autorité qui a pour effet de restreindre l'accès au marché convoité.

11 D'autre part, la LMI **enjoint aux collectivités publiques** – la Confédération, les cantons, les communes – et aux autres organes assumant des tâches publiques d'adapter leurs réglementations de manière à garantir aux acteurs économiques l'accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse (art. 2 II et 11 LMI).

B. Harmonisation des conditions d'autorisation d'accès au marché

12 La LMI vise également à soutenir les efforts des cantons en vue **d'harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché** (art. 1 II/b LMI).

Certaines activités économiques, en particulier l'exercice des professions qui présentent un risque pour le public, sont soumises à une autorisation de police décernée par l'autorité cantonale. La LMI n'a pas pour ambition d'uniformiser les conditions d'accès à une profession donnée ; pas plus qu'elle n'a pour objectif d'imposer aux cantons des exigences matérielles minimales à l'obtention d'une autorisation ayant trait à la personne ou à la formation du requérant. La LMI reconnaît la primauté du rôle des cantons en matière d'harmonisation des conditions d'accès au marché. Elle va cependant plus loin en soutenant et, au besoin, en stimulant les efforts des cantons dans ce sens. **13**

Les effets de la LMI en la matière se manifestent de deux manières. D'abord, la LMI valorise les efforts d'harmonisation des cantons en reconnaissant la **primauté du droit intercantonal** en matière de reconnaissance mutuelle des certificats de capacité des professions sujettes à autorisation (art. 4 IV LMI). Sous réserve de prescriptions discriminatoires, les cantons sont libres de substituer à la réglementation fédérale un droit dont ils ont convenu (pour plus de détails, LMI 4 N 45 ss). **14**

Ensuite, en conférant aux particuliers une liberté d'accéder aux marchés des autres cantons et en instituant une présomption légale d'équivalence des réglementations cantonales et communales (art. 2 V LMI), la LMI incite les cantons et les communes à tenir compte des réglementations voisines et, le cas échéant, à rendre leurs propres prescriptions **compatibles** avec ces dernières. En effet, le canton qui maintient des exigences plus élevées que chez ses voisins, voire inusuelles, s'expose à ce que des personnes autorisées à exercer leur profession là où elles sont établies puissent conduire une activité professionnelle sur son territoire à des conditions moins restrictives que celles qu'il impose à ses propres ressortissants (sur ce paradoxe, LMI 2 N 24). En ce sens, la LMI a également pour objectif de contrer les tendances à la « sur-réglementation » de certaines autorités cantonales et communales (AUER/MARTENET, Espace économique, p. 303). Cet aspect de la LMI se trouve d'ailleurs renforcé suite à la consécration du droit d'établissement de l'art. 2 IV LMI. **15**

C. Accroissement de la compétitivité de l'économie suisse

La LMI vise à accroître la **compétitivité de l'économie suisse** (art. 1 II/c LMI). La suppression des obstacles à la circulation des marchandises, des services et des personnes crée les conditions d'une économie concurrentielle. Il est admis que l'amélioration des conditions de concurrence sur un marché donné accroît la compétitivité des entreprises actives dans ce marché. **16**

La compétitivité interne doit, à terme, renforcer la position des entreprises suisses sur les marchés d'exportation en Europe et dans le monde (voir COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 51). Cela est surtout vrai dans certains secteurs de l'économie qui souffrent particulièrement du cloisonnement des marchés en Suisse, en particulier le secteur de la construction, où les entreprises doivent maintenir des succursales locales pour se faire adjuger des marchés publics. La suppression de ces obstacles conduira vraisemblablement à des concentrations d'entreprises, phénomène qui est jugé bénéfique dans la mesure où il permet aux entreprises d'atteindre une taille suffisante pour lutter à armes égales avec la concurrence étrangère sur les marchés étrangers, mais aussi en Suisse. **17**

D. Intégration économique

La LMI vise enfin à renforcer la **cohésion économique de la Suisse** (art. 1 II/a LMI). La création d'un marché intérieur intensifie les liens économiques entre les différentes collec- **18**

tivités du pays. A l'inverse, l'absence de marché intérieur conduirait les cantons à rechercher des accords avec des Etats limitrophes, susceptibles à terme de menacer la cohésion nationale.

E. Des objectifs à la réalité

19 Fin 2004, le Conseil fédéral a fait état du « fossé » existant entre les objectifs et les effets de la LMI, relevant que depuis son adoption presque dix ans auparavant la loi n'avait pas induit d'ouverture notable du marché intérieur (Mess-rév.LMI, p. 427). La Commission de gestion du Conseil national était déjà parvenue à un tel constat dans son rapport du 27 juin 2000 relatif aux effets de la LMI sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse (Rapport LMI, FF 2000 I 5603).

20 La révision générale de 2005 donne **« un second souffle »** à la LMI. Elle ne modifie pas les objectifs de la LMI telle qu'adoptée en 1995, mais tend à faciliter leur mise en œuvre par plusieurs mesures concrètes destinées à renforcer l'efficacité des mécanismes garantissant l'accès au marché. Le législateur a notamment restreint les possibilités pour les cantons et les communes de se prévaloir du régime d'exception de l'art. 3 LMI et a étendu la portée de la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance (principe dit « Cassis de Dijon ») en y incluant la liberté d'établissement (art. 2 IV LMI). Ce faisant, le législateur a délibérément pris le contrepied de la jurisprudence du TF applicable depuis 1999 et qui excluait la liberté d'établissement des droits conférés par la LMI (ATF 125 I 276, c. 4).

21 La révision de 2005 a également grandement renforcé le rôle de la Comco en tant que gardienne des objectifs de la LMI. Comme le souligne le Message, dans ses dix premières années, la LMI a souffert d'un faible nombre de cas d'application, les particuliers n'utilisant que trop rarement cet instrument pour contester les restrictions à l'accès au marché qui leur étaient opposées (Mess-rév.LMI, p. 446). Cette surveillance accrue de la Comco – jusqu'alors limitée à un pouvoir d'émettre des recommandations non contraignantes – s'est concrétisée par l'octroi d'un droit de recours général de la Comco lui permettant de faire constater que des décisions cantonales ou communales ont pour effet de restreindre indûment l'accès au marché (art. 9 II^{bis} LMI).

III. Objet de la LMI

A. Généralités

22 L'objet de la LMI est « l'ouverture du marché par l'élimination des obstacles de droit public à la concurrence » (Mess-LMI, p. 1233).

23 La réalisation du marché intérieur passe par **la suppression des restrictions de droit public à la concurrence**. La restriction peut se trouver dans la réglementation même (loi, ordonnance, règlement) ou dans son application. Dans tous les cas, l'individu ou l'entreprise victime de la restriction a un droit à ce qu'elle soit sanctionnée par une décision sujette à recours (art. 9 I LMI).

24 L'**origine des restrictions de droit public** est avant tout dans la structure fédéraliste de l'Etat. Sauf si la Constitution fédérale n'en dispose autrement, l'accomplissement des tâches d'intérêt public incombe aux cantons, selon le principe dit de « la compétence générale résiduelle des cantons » (art. 3 Cst). Les correctifs constitutionnels aux prescriptions

cantonales qui ont des effets négatifs sur la circulation des marchandises, des services et des personnes sont limités. La Confédération n'a pas de compétence générale en matière de concurrence ; elle ne peut légiférer qu'à titre exceptionnel pour corriger les abus des particuliers (art. 96 Cst ; art. 31bis III/d aCst). De même, les particuliers ne jouissent pas d'une garantie constitutionnelle de libre circulation. La liberté économique a été interprétée de manière à limiter l'impact négatif de la structure fédéraliste sur la concurrence ; en particulier, il est admis que les cantons ne peuvent restreindre la liberté des acteurs économiques par des mesures de politique économique soit, selon la définition de l'arrêt *Griessen* (ATF 97 I 499, c. 4a), des « mesures qui interviennent dans la libre concurrence pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation et tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan ». Il demeure que les cantons, par l'exercice de leurs compétences, interviennent largement dans l'économie par des actes de police où, comme l'autorise l'arrêt *Griessen*, par des mesures de politique sociale. Ces interventions représentent autant de menaces pour la libre circulation des marchandises, des services et des prestations de travail.

D'autres institutions juridiques ou modalités d'organisation des pouvoirs publics peuvent conduire à des discriminations entre offreurs établis en Suisse, ainsi l'exécution par les cantons des lois fédérales, la délégation de certaines tâches publiques à des organes privés ou l'existence au sein d'un canton de collectivités territoriales disposant de pouvoirs réglementaires propres, ainsi les communes, dont l'autonomie est protégée constitutionnellement. **25**

B. Réglementations visées par la LMI

D'une manière générale, la LMI vise toute réglementation qui a un effet sur l'accès des particuliers à un marché situé en territoire suisse (art. 1 I LMI). C'est l'**effet produit sur les acteurs économiques** qui est le critère déterminant pour délimiter le champ des réglementations touchées par la LMI. **26**

Sont concernées les réglementations affectant aussi bien l'offre de marchandises que celle de services ou celle de prestations de travail (art. 2 II LMI). **27**

Dans les faits, les restrictions qui touchent les offreurs de service sont les plus nombreuses et les plus préoccupantes. La libre circulation des biens est pratiquement réalisée en Suisse depuis 1848 ; pour l'essentiel, les obstacles qui subsistent concernent les marchés publics des biens de construction et certains biens dans le secteur de l'énergie. Les obstacles à la mobilité des travailleurs sont, quant à eux, un phénomène secondaire. **28**

L'effet de la réglementation sur l'accès au marché peut être plus ou moins **direct**. La LMI vise prioritairement les réglementations qui restreignent l'accès proprement dit, typiquement les réglementations soumettant à autorisation l'exercice d'une activité lucrative ou les prescriptions en matière de marchés publics. Elle porte également sur les réglementations qui affectent les conditions préalables à l'exercice de l'activité lucrative, en particulier la formation. Conformément à la portée de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst, la notion d'activité lucrative doit être comprise au sens le plus large soit comme toute activité, y compris dans le secteur public, ayant pour but la réalisation d'un gain et échappant à un monopole cantonal ou communal (Mess-rév.LMI, p. 439-440, voir N 114 ss). **29**

La portée de la LMI ne se limite pas aux réglementations manifestement discriminatoires. Il faut distinguer à ce propos deux types de normes : **30**

– **Normes diversement applicables**. Ce sont les normes qui instituent des inégalités de traitement entre les offreurs de provenances différentes relativement à un marché donné. La discrimination la plus évidente en la matière est l'interdiction de l'exercice d'une activité lucrative en fonction du lieu de l'établissement ou du siège. Les normes protectionnistes prennent typiquement la forme de normes diversement applicables. Souvent, ces réglementations ne disent pas leur vrai nom et, sous couvert de préservation d'intérêts publics, ont pour objectif principal la protection des offreurs locaux.
– **Normes indistinctement applicables**. Elles s'appliquent indifféremment aux offreurs locaux et aux autres. Bien qu'elles ne contiennent aucune discrimination en apparence, ces normes entrent également dans le champ d'application de la LMI. Pour le comprendre, il faut garder à l'esprit que l'accès à un marché donné se définit par rapport aux prescriptions de la collectivité publique où l'offreur a son siège ou son établissement (art. 2 III, 1 LMI). Dans la mesure où l'activité lucrative de l'offreur en cause est licite dans le canton ou la commune où celui-ci exerce son activité à titre principal, ledit offreur devrait pouvoir être en mesure de l'exercer sur tout le territoire helvétique. Il en résulte qu'une réglementation publique peut être contraire à la LMI alors même que les exigences qu'elle pose s'appliquent à tous les offreurs de la même façon, parce qu'elle impose à l'offreur qui a son siège ou son établissement en dehors du territoire sur lequel cette réglementation a des effets, des conditions d'accès aux marchés exorbitantes par rapport à celles auxquelles il a déjà satisfait là où il est établi ou a son siège.

31 La distinction ci-dessus est reflétée dans les termes choisis par le législateur fédéral. L'art. 1 I LMI garantit non seulement l'« accès non discriminatoire » mais également l'« accès libre » au marché, soit la possibilité, pour l'offreur autorisé d'exercer une activité lucrative dans sa collectivité, de la conduire partout en Suisse, sans que l'on puisse en principe y faire obstacle.

32 La distinction revêt toute son importance en matière de justifications admissibles aux restrictions à la liberté d'accès au marché (voir LMI 3).

C. Réglementations échappant à la LMI

33 A la lettre, aucune réglementation qui restreint l'accès au marché n'est exclue du champ d'application de la LMI. Certaines législations, qui ont par ailleurs des effets significatifs sur les conditions-cadres des activités économiques, constituent cependant des cas particuliers. L'application de la LMI à ces législations est discutée ci-dessous.

1. Droit fiscal

34 En matière fiscale, les cantons ont de larges pouvoirs.

35 Les **impôts directs** que les cantons prélèvent – l'impôt sur le revenu et la fortune des personnes physiques et celui qui frappe le bénéfice et le capital des personnes morales – sont exclus du champ d'application de la LMI (dans ce sens, SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 740-741). La LMI n'a pas vocation d'harmoniser les législations fiscales cantonales. La matière est réglée par une loi spéciale : la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID ; RS 642.14).

36 La réponse est différente s'agissant des **impôts spéciaux**, soit des impôts qui grèvent un type d'activité économique, certaines transactions ou encore une catégorie de professions. De tels impôts sont contraires à la liberté économique s'ils sont prohibitifs ou s'ils ré-

pondent essentiellement à un souci de protectionnisme voire plus généralement à un objectif de politique économique (RHINOW, Art. 31, p. 71, N 216). A notre sens, tout impôt cantonal ou communal qui frappe une activité lucrative en particulier ou un aspect de celle-ci entre dans le champ d'application de la LMI. Il n'y a aucune raison qu'une réglementation publique, dès lors qu'elle détermine la structure des coûts d'une activité déterminée, s'applique de façon discriminatoire aux offreurs établis en Suisse.

2. Administration de prestations

37 La question discutée ici est celle de l'application de la LMI aux réglementations et actes des collectivités publiques qui favorisent les offreurs locaux par des subventions ou d'autres prestations pécuniaires ou en nature. En conférant aux offreurs locaux un avantage économique, la collectivité publique rend plus difficile l'accès au marché pour ceux qui n'en bénéficient pas, ce dans l'exacte mesure où le coût des biens ou des services des offreurs locaux est artificiellement réduit par l'avantage indu.

38 Dans ce sens, le droit européen prévoit que les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions sont incompatibles avec le marché commun, sauf dérogation expresse (art. 107 et 108 TFUE, ex-art. 87 et 88 TCE).

39 Au contraire du TFUE, la LMI a renoncé à traiter le problème des subventions cantonales et communales qui engendrent des distorsions de concurrence (Mess-LMI, p. 1229 ; Mess-rév.LMI, p. 432 ; dans ce sens SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 741). La terminologie à laquelle recourt la LMI indique par ailleurs clairement que les garanties et les droits qu'elle confère permettent de se prémunir contre les « restrictions » imposées par les collectivités publiques et autres organes chargés de tâches publiques plutôt que de réclamer des avantages (cf. titre marginal de l'art. 3 LMI). Il faut en conclure qu'à l'instar de la liberté économique, la LMI ne donne **aucun droit à une prestation positive de l'Etat**.

40 Ce principe souffre cependant au moins une exception : l'octroi de l'usage commun accru du domaine public. La jurisprudence du TF en matière de liberté économique admet que la collectivité publique doit traiter les personnes qui requièrent un usage accru du domaine public de façon égale et respecter le principe de neutralité concurrentielle (ATF 121 I 129, JdT 1997 I 258 ; ATF 121 I 279, JdT 1997 I 264 et jurisprudence citée). A notre sens, le refus de l'usage accru du domaine public pour des motifs tenant au domicile du requérant est incompatible avec la LMI (dans ce sens, ATF 132 I 97, c. 2.2).

41 Si la LMI ne donne pas (un) droit à une commande ou à un mandat d'une collectivité publique, elle peut être invoquée à l'encontre d'une réglementation publique qui écarte ou discrimine certains soumissionnaires en raison de leur établissement ou de leur siège (art. 5 LMI ; ATF 124 I 107, c. 2 f).

42 Si le titulaire de la LMI ne peut obtenir pour lui les aides ou subsides accordés par la collectivité publique, la question demeure de savoir s'il peut en priver les bénéficiaires, soit les offreurs locaux. De manière générale, la LMI n'a pas d'effets horizontaux (voir LMI 2 N 16). Le titulaire de la LMI n'a qu'un droit à la non-application à sa situation personnelle d'une réglementation publique qui supprime ou restreint son droit d'accéder librement à un marché donné. Dès lors, les réglementations et actes publics octroyant des subsides et autres aides publiques ne sont pas attaquables sous l'angle de la LMI.

3. Prescriptions qui excluent la concurrence

43 Certaines réglementations soustraient à la concurrence une activité économique pour la réserver à une collectivité : Confédération, canton ou commune. La collectivité publique peut l'exercer elle-même ou la concéder à un particulier.

44 La LMI doit s'interpréter à la lumière des dispositions constitutionnelles. Elle ne saurait remettre en cause des compétences fédérales et des réglementations cantonales de portée économique qui se fondent sur des normes constitutionnelles claires. Il en résulte que la LMI ne s'applique pas aux actes fondés sur une loi fédérale autorisant la Confédération à exclure du marché une activité donnée. De même, les monopoles cantonaux historiques réservés par l'art. 94 IV Cst (art. 31 II aCst) – désignés sous le nom de droits régaliens des cantons – ne sont pas compris dans le champ d'application de la LMI (Mess-LMI, p. 1242 ; Mess-rév.LMI, p. 432). Les régales cantonales sont, selon la doctrine dominante, limitées aux monopoles introduits et déjà exercés par les cantons à la date à laquelle la liberté économique a été introduite dans la Constitution fédérale, soit en 1874 (pour une synthèse des discussions doctrinales en la matière, voir RHINOW, Art. 31, p. 74-75, en particulier N 232 ; MOOR, Droit administratif III, p. 386).

45 A l'exception des monopoles historiques, les réglementations cantonales instituant des monopoles constituent des prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie. Comme telles, elles sont soumises aux mêmes exigences que toute autre intervention cantonale dans le domaine économique, en particulier au respect de la liberté économique. Dans la mesure où une telle réglementation, ou l'application qui en est faite, a un effet discriminatoire sur les offreurs établis hors du canton, seules les circonstances particulières définies à l'art. 3 LMI peuvent la justifier. L'autorité cantonale veillera en particulier au respect de la LMI lors de la concession à des particuliers d'activités monopolisées, sous réserve des régales cantonales (voir LMI 2 N 64 ss).

46 En outre, depuis la révision de 2005, les autorités cantonales ou communales qui décident de transmettre en mains privées l'exploitation d'une activité économique faisant jusqu'alors l'objet d'un monopole sont désormais obligées de passer par une procédure d'appel d'offres soumise aux principes généraux applicables en matière de marchés publics (art. 2 VII LMI).

D. Autorités visées par la LMI

47 La LMI peut être invoquée contre toute autorité disposant d'un pouvoir de puissance publique et qui l'exerce d'une manière qui entrave l'accès à un marché donné. La LMI cite à cet égard la Confédération, les cantons, les communes et les « autres organes assumant des tâches publiques » (art. 2 II LMI).

1. La Confédération

48 La LMI vise le Parlement (sous réserve de ce qui suit), le Conseil fédéral et l'administration fédérale.

49 Le plus souvent, l'intervention du législateur fédéral dans un domaine économique a pour effet, si ce n'est pour objet, d'uniformiser les conditions d'exercice de l'activité économique et par là même les conditions d'accès au marché correspondant. De telles interventions vont dans le sens de la LMI. Rares sont les restrictions de droit fédéral au marché intérieur (SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 740). Si toutefois une loi fédérale traite différem-

ment les acteurs économiques selon leur siège ou leur établissement, elle l'emporte sur la LMI en application du principe de ***lex specialis*** (Mess-LMI, p. 1244). Un acteur économique doit ainsi se laisser imposer une discrimination en fonction du siège ou de l'établissement si celle-ci a son origine dans une loi fédérale.

50 Cela étant, le législateur fédéral doit veiller à la création d'un espace économique suisse unique et, plus particulièrement, à la concrétisation des droits consacrés par la LMI dans la législation fédérale (dans ce sens, art. 95 II Cst ; Mess-LMI, p. 1244 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 602). Il doit en particulier adapter le droit fédéral à la LMI et supprimer les restrictions contenues dans les lois fédérales qui, sans être nécessaires au but qu'elles poursuivent, sont incompatibles avec la garantie d'un accès libre et non discriminatoire au marché (voir LMI 2 N 4 ; dans ce sens SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 742). Cette obligation n'a cependant pas de véritable sanction.

51 Outre le législateur fédéral, les autorités fédérales qui jouissent d'un pouvoir réglementaire ou décisionnel sont soumises à la LMI. Toute restriction imposée par les autorités fédérales à la liberté d'accès au marché est illicite dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par la LMI et que, par ailleurs, elle n'est pas expressément autorisée par la loi fédérale qui la fonde. Cela étant, ce sont généralement les autorités cantonales et communales qui rendent les décisions susceptibles d'enfreindre la LMI.

2. Les cantons

52 La LMI s'adresse avant tout aux législateurs cantonaux. Les compétences cantonales qui affectent l'économie sont nombreuses. L'exercice de ces compétences comporte un double risque du point de vue du marché intérieur. Le plus évident est que le canton adopte des réglementations qui traitent différemment des personnes et entreprises extérieures à son territoire ; c'est la discrimination au sens formel. Il se peut également que le canton fixe des exigences affectant une activité économique qui tiennent insuffisamment compte des réglementations de ses voisins. Cela aussi a pour effet d'entraver les personnes et entreprises établies ailleurs en Suisse dans la poursuite de leurs activités dans le canton.

53 La LMI s'impose à toutes les autorités cantonales sans exception : parlement, gouvernement, administration cantonale et tribunaux. Il importe peu que l'autorité fasse application de son droit ou du droit fédéral. Ainsi, les autorités cantonales veillant à l'application de dispositions de droit fédéral réglant l'accès et les conditions d'une activité économique doivent pleinement respecter les droits conférés aux acteurs économiques concernés.

3. Les communes

54 Les communes sont également soumises à la LMI. C'est en particulier vrai des réglementations communales relatives à l'offre publique de travaux, de fournitures ou de services et les décisions prises par les autorités communales en application de celles-ci. L'application de la LMI à l'échelon communal ne se limite cependant pas aux seuls marchés publics. Selon les cantons, la commune a des prérogatives plus ou moins étendues en matière d'urbanisme, de constructions, d'infrastructures, d'énergie ou d'environnement. Dans l'exercice de ces prérogatives, la commune doit veiller à ne pas défavoriser les offreurs établis hors de la commune.

4. Autres organes assumant des tâches publiques

55 Outre les **collectivités publiques** (Confédération, cantons et communes), les **établissements** et **corporations de droit public fédéral ou cantonal** sont soumis à la LMI.

56 Il en va de même des **personnes de droit privé à qui est délégué un pouvoir de puissance publique**. On peut citer, à titre d'exemple, les associations professionnelles qui reçoivent le pouvoir de réglementer la profession de leurs membres. Les organismes délégataires doivent exercer leur pouvoir réglementaire en conformité avec la LMI.

57 A l'opposé, la LMI ne vise jamais les actes et comportements des particuliers agissant sans délégation des pouvoirs publics.

58 De même, les pratiques des **entreprises privées contrôlées par des collectivités publiques** ne sont pas soumises à la LMI. Elles peuvent cependant être sanctionnées par la LCart (sous réserve de l'art. 3 LCart).

IV. Systématique de la LMI

A. Une loi-cadre

59 La structure fédéraliste de l'Etat et l'organisation décentralisée des pouvoirs publics en Suisse conduisent à un enchevêtrement de réglementations applicables aux territoires des collectivités qui les édictent. Certes, les cantons ne doivent pas porter atteinte à la liberté économique. Cela ne leur interdit cependant pas de restreindre l'activité économique pour des motifs d'ordre public ou de politique sociale (voir N 24). En outre, en tant que consommatrices, les collectivités publiques influencent les marchés dans lesquels elles sont demanderesses.

60 La libre circulation des marchandises, des services et des prestations de travail sur un territoire fédéral peut être réalisée par l'Etat fédéral de différentes manières : par l'uniformisation des conditions régissant une activité économique donnée ou par l'harmonisation des législations cantonales en la matière. La première solution exige une base constitutionnelle claire (typiquement, art. 95 I Cst) ; quant à la seconde, elle pose également des problèmes constitutionnels dès lors que l'harmonisation des lois cantonales implique toujours un transfert de compétences matérielles à la Confédération.

61 La LMI suit une troisième voie qui confère aux particuliers la garantie d'un accès libre et non discriminatoire au marché et qui impose aux collectivités publiques d'en tenir compte dans leurs réglementations. En ce sens, la LMI peut se définir comme une **loi-cadre**, soit une loi qui impose aux cantons un cadre dans lequel ceux-ci demeurent libres d'exercer leurs compétences (cf. Rapport LMI, p. 5607 et 5609 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 164). Le législateur a ainsi voulu faire coexister le principe de marché intérieur et celui de la souveraineté cantonale (ATF 125 I 276, c. 5c/ee).

62 Les **limites** imposées aux cantons sont essentiellement **négatives** : lorsque les collectivités publiques exercent des compétences qui affectent un marché donné, elles sont tenues de procéder de manière à ne pas entraver la liberté d'accès au marché des offreurs établis en Suisse. Dit autrement, les collectivités publiques doivent veiller à la neutralité de leurs réglementations par rapport à la provenance de l'offreur. Cette neutralité est garantie par le respect de certaines exigences valables quel que soit le domaine d'activités visé par la réglementation. Selon les mots du Conseil fédéral : « On soumet les compétences communales et cantonales à certains critères d'évaluation qui sont indépendants des branches d'activités économiques et qui visent à supprimer les barrières étatiques à la concurrence et ainsi à contribuer à réaliser le marché intérieur » (Mess-LMI, p. 1238).

63 La constitutionnalité des limites imposées par la LMI aux législateurs cantonaux a été largement discutée au cours du processus législatif. Elle a été tranchée par l'affirmative, le

Conseil fédéral estimant que l'art. 31bis II aCst habilitait le législateur fédéral à restreindre la souveraineté cantonale en la matière (Mess-LMI, p. 1215-1216, p. 1229-1230 et p. 1262 ss ; cf. également RICHLI, Kartellgesetz, p. 603 ; SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 744-747).

La LMI est également une **loi subsidiaire**. En principe, ce n'est que si, ensemble, les cantons n'ont pas harmonisé les conditions d'accès à un marché donné que la LMI est applicable. Le principe de subsidiarité est le corollaire de la systématique adoptée par le législateur fédéral. Il est consacré à plusieurs endroits dans la loi (art. 4 IV LMI, art. 5 I LMI ; également art. 6 III LMI). A notre sens, il vaut de manière générale (cf. art. 1 II/b LMI), sous réserve que le droit intercantonal n'impose pas aux acteurs économiques des conditions qui vont dans le sens contraire de la LMI. **64**

B. Coexistence avec d'autres lois fédérales

La Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques privées (art. 95 I Cst). Elle n'y est pas tenue. Elle a choisi de le faire dans une vingtaine de cas au moins, en se fondant partiellement ou exclusivement sur cette compétence facultative (Aubert, Art. 95 Cst, N 7). Souvent, l'exercice de cette compétence conduit à l'adoption de prescriptions uniformes sur tout le territoire national en matière de condition d'accès et d'exercice de l'activité ainsi réglementée, avec le double effet d'épuiser la compétence cantonale en la matière (et donc le risque de réglementations différentes) et de garantir aux acteurs économiques concernés un marché unique (sous réserve de prescriptions fédérales discriminatoires). Dans une telle configuration, la LMI ne trouve en principe pas application. Il y a cependant des cas – notamment lorsque la Confédération a choisi de ne pas tout régler et de laisser une compétence résiduelle aux cantons – où la LMI reste applicable **parallèlement à la loi fédérale** faisant usage de la compétence de l'art. 95 I Cst (en tout ou partie). **65**

La **réglementation de la profession d'avocat** offre un bon exemple d'application parallèle de la LMI et d'une loi fédérale. La Confédération s'est attachée à fixer les règles valant pour tout le territoire national avec l'adoption de la LLCA, soit après l'entrée en vigueur de la LMI, mais avant sa révision générale. Le TF décrit l'évolution des rapports entre la LMI et la LLCA dans un arrêt de 2008 (ATF 134 II 329, JdT 2009 III 35). Le TF commence par rappeler que la LLCA a été « conçue comme une loi spéciale, visant à combler un vide, dès lors que la LMI s'appliquait de manière générale à la profession d'avocat sans toutefois apporter de réponses aux problèmes spécifiques qui se posaient à elle ». A ce titre et ayant été adoptée postérieurement à la LMI, la LLCA avait préséance sur la LMI sur les points qu'elle réglementait. La révision de la LMI, y compris en ce qu'elle reconnaît le droit d'établissement, étant intervenue après l'entrée en vigueur de la LLCA, il n'était plus possible de déterminer la loi applicable en se fondant simplement sur les principes *lex specialis derogat generali* et *lex posterior derogat priori*, entre lesquels il n'existe d'ailleurs pas de hiérarchie stricte. Dans la mesure où la LLCA a laissé des compétences aux cantons, ceux-ci doivent non seulement les exercer en respectant le cadre fixé par la LLCA, mais encore – c'est ce qu'il faut retenir de l'arrêt – s'abstenir d'établir ainsi des entraves contraires à la LMI (ATF 134 II 329, c. 5.3, JdT 2009 III 35). **66**

Il en résulte que le pouvoir de l'autorité cantonale de surveillance de créer une pratique locale discriminatoire ou restrictive est singulièrement limité. Soit, c'est la règle, la matière est traitée dans la loi fédérale ; la compétence cantonale étant épuisée, l'autorité ne **67**

pourra imposer des exigences ou règles particulières au canton. Soit, c'est l'exception, la matière est laissée aux cantons, ainsi la formation des avocats (art. 3 I LLCA), l'autorité s'abstiendra alors d'établir des entraves contraires à la LMI.

68 L'application parallèle n'est pas une règle absolue. Une approche nuancée s'impose. A chaque fois, il y a lieu d'examiner en respectant au mieux la volonté du législateur fédéral si, selon les matières, la LMI est ou non applicable parallèlement à la loi fédérale en cause. En matière de marchés publics, la LMP l'emporte sur les dispositions de la LMI, en vertu du principe *lex specialis derogat generali*, dans les cas où les deux lois pouvaient potentiellement être applicables et notamment dans la mise en œuvre de l'art. 2 VII LMI (ATF 135 II 49, c. 4.1 ; voir également Esseiva, Concessions, p. 203 ss).

C. Le modèle européen

69 Pour libéraliser le marché intérieur, la LMI a emprunté la voie ouverte par la Communauté européenne. Le législateur fédéral s'est largement inspiré des règles relatives à la libre circulation des biens, des services et des personnes figurant dans le Traité de Rome (aujourd'hui dans le TFUE) telles qu'interprétées par la CJCE (aujourd'hui par la CJUE). Le Conseil fédéral est éloquent sur ce point : « La LMI entend en tout premier lieu appliquer le principe dit Cassis de Dijon, adapté à cette occasion au cadre juridique suisse » (Mess-LMI, p. 1216). Ce principe constitue l'un des fondements essentiels de la LMI (ATF 125 I 474, c. 3 ; Cottier/Merkt, Influence, p. 466).

70 L'arrêt *Cassis de Dijon* (CJCE, arrêt *Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* du 20.02.1979, aff. 120/78, Rec. 1979, p. 649 ss) constitue une évolution majeure de la jurisprudence de la CJCE relative à la liberté de circulation des marchandises. L'arrêt *Dassonville* (CJCE, arrêt *Procureur du Roi c/Benoît et Gustave Dassonville* du 11.07.1974, aff. 8/74, Rec. 1974, p. 837 ss) avait étendu à toute réglementation commerciale des Etats membres l'interdiction de principe des restrictions dites « qualitatives » au commerce intracommunautaire. Dans le prolongement de cet arrêt, l'arrêt *Cassis de Dijon* pose un principe et une exception. Par principe, une marchandise qui a été produite et commercialisée régulièrement au regard du droit de l'Etat de sa provenance peut librement circuler dans le marché communautaire. Exceptionnellement, l'Etat de destination peut restreindre la circulation de cette marchandise pour des motifs justifiés par des considérations d'intérêts publics prépondérantes.

71 La réglementation visée par l'arrêt *Cassis de Dijon* était une législation allemande interdisant le commerce des alcools destinés à la consommation dont la teneur en alcool de vin était inférieure à 32 %. Cette interdiction était typiquement une règle indistinctement applicable car elle visait indifféremment les producteurs allemands et les importateurs. Un de ces derniers se plaignait de ne pas pouvoir commercialiser une liqueur dite Cassis de Dijon dont la teneur en alcool était inférieure au seuil fixé dans l'interdiction. La CJCE a jugé qu'une telle interdiction ne poursuivait pas un but d'intérêt général de nature à primer l'exigence de libre circulation des marchandises (p. ex. efficacité des contrôles fiscaux, protection de la santé publique, loyauté des transactions commerciales ou défense des consommateurs).

72 L'enseignement de l'arrêt *Cassis de Dijon* a été étendu à la circulation des services à l'intérieur de la Communauté ainsi qu'au droit d'établissement (cf. Communication interprétative de la Commission concernant la libre circulation transfrontalière des services, JO 1993 C 334, p. 63 ; Martenet/Rapin, Marché, p. 19-20).

L'arrêt *Keck & Mithouard* (CJCE, arrêt *Procédures pénales c/Bernard Keck et Daniel Mithouard* du 24.11.1993, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097) avait marqué un coup d'arrêt en relation avec la définition des mesures ayant un effet restrictif sur les échanges. Dans cet arrêt de 1993, la CJCE avait consacré la distinction entre les restrictions frappant les conditions de vente, qui créent une restriction aux échanges intracommunautaires, des restrictions frappant les modalités de vente, parmi lesquelles on compte notamment les restrictions en matière de publicité et qui échappent au champ d'application de l'art 30 TCE (aujourd'hui art. 36 TFUE) lorsque les dispositions en question s'appliquent à tous les opérateurs concernés et qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et des produits en provenance d'autres Etats membres. Dans un arrêt portant sur la compatibilité avec le droit fédéral de la loi genevoise interdisant la publicité pour des spiritueux et des produits du tabac sur le domaine public, le TF a laissé ouverte la question de l'applicabilité des principes consacrés dans la jurisprudence européenne dite *Keck & Mithouard* (ATF 128 I 295, c. 4c/cc). **73**

Les principes développés par le droit européen ont été, dans une certaine mesure, incorporés dans l'ordre juridique international suisse par l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne du 22 juillet 1972. Le traité reprend notamment le concept des « mesures d'effet équivalent » du droit communautaire (art. 13) et la réserve de l'ordre public qui permet de justifier une restriction aux importations, étant admis que les restrictions ne doivent pas constituer « un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce des Parties contractantes » (art. 20). **74**

Le niveau supérieur d'intégration politique au sein de la Confédération a autorisé le législateur fédéral à aller sur certains points plus loin que les solutions retenues par le droit européen, ainsi en matière de reconnaissance des certificats de capacité (voir LMI 4 N 8). **75**

D. Influence du droit de l'OMC

La LMI a également été influencée par les principes fondamentaux gouvernant le droit international économique. Dans le cadre des traités du GATT puis de l'OMC, les parties contractantes ont veillé à assurer l'ouverture aux échanges et à lutter contre le protectionnisme sur la base de deux principes, qui sont le principe du « traitement national » d'une part et le principe dit « de la nation la plus favorisée », d'autre part. **76**

Le principe du **traitement national** impose aux Etats membres de l'OMC de veiller à ce que leurs réglementations intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux « de manière à protéger la production nationale » (art. III GATT, art. XVII AGCS). De même, les Etats membres de l'OMC ne peuvent faire exception à l'application des dispositions du traité pour sauvegarder des motifs d'intérêts publics que pour autant que les mesures adoptées à cet effet « ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international » (art. XX GATT, art. XIV AGCS). *Mutatis mutandis*, la même exigence se retrouve à l'art. 3 III LMI qui précise que les restrictions à l'accès au marché ne seront autorisées que dans la mesure où elles ne constituent pas « une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux ». **77**

Le second principe dit de la **nation la plus favorisée** impose quant à lui aux Etats membres de l'OMC d'étendre, immédiatement et sans conditions, aux produits et services de **78**

toutes les parties contractantes tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés à un produit ou service originaire ou à destination de tout autre pays (y compris les Etats non membres de l'OMC) (art. I GATT, art. II AGCS). Dans le cadre de la LMI, le principe de la nation la plus favorisée est concrétisé à l'art. 6 II et III LMI, qui impose aux cantons d'accorder aux offreurs des autres cantons les mêmes droits que ceux concédés à des personnes étrangères en vertu d'accords spécifiques conclus avec un Etat limitrophe ou avec d'autres cantons. La LMI ne retient toutefois qu'une version atténuée de la clause de la nation la plus favorisée dans la mesure où l'extension est conditionnée par la réciprocité qui doit être assurée par le canton d'établissement de l'offreur.

E. Principes de base de la LMI

79 La LMI repose sur **deux principes originaux**, inspirés du droit communautaire et du droit international économique :

- **Principe de non-discrimination par la provenance**. Le principe interdit à la collectivité publique de faire une différence entre ses administrés et ceux qui sont établis ou ont leur siège sur le territoire d'une autre collectivité publique en Suisse. Dit autrement, l'accès au marché des offreurs ne peut être limité en raison du seul fait qu'ils sont à l'extérieur de la collectivité (Mess-LMI, p. 1237). C'est un principe absolu : jamais une discrimination au sens formel ne peut justifier une restriction à la liberté d'accès au marché de personnes domiciliées hors de la collectivité (art. 3 I/a LMI). La portée pratique de ce principe a été renforcée lors de la modification de la LMI en 2005, par l'interdiction faite aux cantons et aux communes d'opposer aux offreurs externes un refus pur et simple d'accès au marché.
- **Principe de primauté du droit d'établissement (ou du droit de provenance)**. Le principe a son origine dans l'arrêt *Cassis de Dijon* (voir N 71 ss). Il garantit à une entreprise d'accéder librement à un marché dès lors que son activité est autorisée là où elle est établie. Par accès libre, il faut entendre la possibilité pour l'entreprise d'offrir ses biens ou services sans restrictions imposées par l'autorité du lieu auquel ils sont destinés ou de s'établir professionnellement en tout point du territoire suisse sur la base de l'autorisation délivrée par les autorités du lieu de provenance. Au contraire du principe de non-discrimination, ce principe souffre des exceptions définies précisément dans la loi (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 53). La réglementation en cause ne l'emporte sur le droit d'établissement de l'offreur que si elle est fondée sur un motif d'intérêt public et répond au principe de proportionnalité (art. 3 LMI).

80 Jusqu'alors le concurrent n'était pas dépourvu de moyens de droit pour lutter contre les discriminations. Il pouvait en particulier compter sur le principe d'égalité de traitement, et surtout sur la liberté du commerce et de l'industrie, qui constitue une protection supplémentaire contre les discriminations dont sont victimes les concurrents (ATF 121 I 279, c. 4a, JdT 1997 I 264). L'application des deux principes décrits ci-dessus conduit à des solutions originales auxquelles ne permettent pas toujours de parvenir ces deux droits constitutionnels.

81 A l'instar de la **liberté économique**, la LMI s'oppose aux réglementations de droit public dont l'application entrave l'exercice d'une activité lucrative. Au contraire de la liberté économique cependant, la différence de traitement entre les concurrents a toujours pour point de départ le lieu où la personne discriminée a son établissement ou son siège. En règle générale, celle-ci sera établie hors de la collectivité qui a adopté la réglementation publique

dont l'application entrave sa liberté. L'application des deux normes peut conduire à des résultats différents. C'est ainsi que des réglementations de droit public qui discriminaient des offreurs en fonction de leur siège ou de leur établissement (normes diversement applicables) ont pu être jugées compatibles avec la liberté économique, alors qu'elles ne seront jamais admissibles au regard de la LMI (voir LMI 3 N 50).

82 Bien qu'elle postule elle aussi une différence de traitement entre des acteurs économiques, la problématique de la LMI se distingue du **principe d'égalité de traitement** (art. 8 Cst). C'est particulièrement vrai pour les réglementations indistinctement applicables. Dans ce cas en effet, le désavantage dont souffre l'offreur discriminé n'a pas pour origine une inégalité dans la loi, ni même devant la loi. La différence de traitement provient de l'absence d'harmonisation entre deux régimes légaux applicables, celui en vigueur au lieu de l'établissement ou du siège de l'offreur discriminé, et celui en vigueur au lieu où il entend offrir ses marchandises, services ou prestations de travail. L'application de la LMI n'aboutit pas toujours au rétablissement de l'égalité entre les concurrents. Elle peut ainsi conduire, de façon paradoxale, à désavantager l'offreur local (voir ATF 125 I 474, c. 3 f ; voir LMI 2 N 24).

83 En revanche, la LMI ne protège pas les offreurs locaux contre les discriminations des autorités de leur canton ou de leur commune, contrairement aux deux droits fondamentaux précités.

F. Terminologie

84 Pour saisir la problématique spécifique de la LMI, le législateur fédéral a introduit des concepts nouveaux, dont certains sont empruntés au droit européen.

1. Accès au marché

85 La notion d'accès au marché *(« Zugang zum Markt », « accesso al mercato »)* se retrouve à de multiples endroits dans la LMI (art. 1, 2, 3, 4, 6 et 9 LMI). Il faut entendre par marché, la zone géographique où s'échange une marchandise, un service ou une prestation de travail donné. L'accès au marché est, d'abord, la possibilité pour l'offreur de proposer ses marchandises, services ou prestations de travail dans la zone géographique de son choix. Au-delà, l'accès s'entend de la faculté d'accéder aux moyens nécessaires à l'exercice de l'activité lucrative en cause (voir N 117).

2. Offreurs externes/offreurs locaux

86 La législation recourt au terme d'« offreur externe » *(« ortsfremder Anbieter », « offerento estero »)* par opposition à celui d'« offreur local » *(« ortsanssässiger Anbieter », « offerento locale »)* (art. 3/I LMI). La notion d'offreur externe est au cœur de la LMI. Le titulaire des droits conférés par la LMI se définit par rapport à une zone géographique, le marché convoité, à laquelle il est extérieur, et des concurrents – les offreurs locaux – qui sont eux « à l'intérieur » de la zone. La réglementation publique applicable à cette zone restreint l'activité lucrative de l'offreur externe.

87 L'origine de l'offreur se définit par rapport au lieu où il a son siège ou son établissement professionnel initial (voir N 79). Avant la révision de la LMI et l'introduction de l'art. 2 IV LMI, le TF s'était précisément fondé sur cette notion d'offreur externe pour exclure le droit d'établissement du champ d'application de la LMI (ATF 125 I 322, c. 2b, SJ 2000 I

49 ; ATF 125 I 369, c. 4c/bb). Dans la mesure où le droit d'établissement fait désormais partie des droits concédés par la LMI, celle-ci ne protège plus seulement les offreurs externes au sens strict, mais également les personnes souhaitant s'établir professionnellement dans un canton ou une commune autre que le lieu de leur premier établissement.

3. Lieu de provenance/lieu de destination

88 La LMI recourt aux termes de « lieu de provenance » *(« Herkunftsort », « luogo di provenienza »)* (art. 3 II/a et b LMI) par opposition à « lieu de destination » *(« Bestimmungsort », « luogo di destinazione »)* (art. 3 I et II/c LMI). Le **lieu de provenance** est le territoire duquel provient la marchandise, le service ou la prestation de travail en cause. On recourra également à la notion de lieu d'établissement lorsque l'on fait référence à la personne offrant la marchandise, le service ou la prestation de travail en cause.

89 Par opposition, le **lieu de destination** est le territoire auquel est destiné la marchandise, le service ou la prestation de travail considéré. Son accès est rendu plus difficile à l'offreur externe par le fait de la réglementation publique en cause. Suivant le contexte, on parlera aussi de **lieu d'exécution**.

4. Droit du lieu de provenance/droit du lieu de destination

90 La LMI fait référence aux « prescriptions du lieu de provenance » *(« Vorschriften des Herkunftsortes », « disposizioni del luogo di provenienza »)* par opposition aux »prescriptions du lieu de destination » *(« Vorschriften des Bestimmungsortes », « disposizioni del luogo di destinazione »)* (art. 3 I et II LMI).

91 Le **droit du lieu de provenance** est le droit applicable au territoire d'où la marchandise, le service ou la prestation de travail proviennent. C'est le droit de référence dans le système de la LMI. Une marchandise, un service ou une prestation de travail offert licitement au lieu de provenance peut en principe être librement offert dans tout le territoire national, l'imposition de restrictions par le droit du lieu de destination ne se justifiant que dans des circonstances exceptionnelles.

92 Le droit du lieu de provenance se confond avec le droit où l'offreur externe a son siège ou son établissement (art. 2 III LMI).

93 Le **droit du lieu de destination** fait référence à la réglementation qui entrave l'activité lucrative de l'offreur externe. C'est le droit applicable au territoire où l'offreur externe propose ses marchandises, services ou prestations de travail. Selon les termes du Conseil fédéral, le droit du lieu de destination recouvre la « réglementation qui, pour l'acceptation d'un mandat, l'exercice d'une activité commerciale ou la pratique d'une profession en dehors du lieu de domicile, crée encore des conditions préalables diverses qui exercent des effets discriminatoires sur certains acteurs du marché » (Mess-LMI, p. 1198).

V. Champ d'application personnel de la LMI (titulaires des droits)

A. Généralités

94 Aux termes de la loi, toute **personne ayant son siège ou son établissement en Suisse** peut invoquer la LMI et les droits qu'elle confère (art. 1 I LMI).

Le titulaire des droits de la LMI doit justifier d'un lien avec la Suisse. Le critère de rattachement retenu est celui de l'établissement ou du siège. Ces deux notions ne sont pas définies par la loi. **95**

Selon l'opinion dominante, le champ d'application personnel de la LMI se recoupe avec celui de la liberté économique (Mess-LMI, p. 1241 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 165 ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 10 ; DREYER/DUBEY, Réglementation, p. 26). Le renvoi à la jurisprudence relative à l'art. 27 Cst a cependant ses limites. La titularité de la liberté économique s'est définie à partir de la notion de nationalité. Dans un premier temps, le TF s'est interrogé sur la possibilité d'étendre au-delà de la citoyenneté suisse la légitimation en matière de liberté économique ; puis, une fois cette possibilité admise, il s'est attaché à délimiter le cercle des étrangers qui en bénéficiait (voir RHINOW, Art. 31, p. 32-33, N 92). Le critère de la nationalité n'apparaît pas pertinent en matière de LMI. La loi ne le mentionne pas et les notions auxquelles elle recourt, établissement et siège, l'excluent à la lettre. Par ailleurs, le résultat auquel conduirait l'exclusion des étrangers du cercle des titulaires de la LMI est indésirable, sinon absurde. On ne peut souhaiter que coexistent sur le même territoire le nouveau régime de libre circulation applicable aux offreurs de nationalité suisse et l'ancien régime, réservé désormais aux seuls marchandises, services et prestations de travail offerts par des offreurs étrangers en situation régulière en Suisse. Le critère qui s'impose d'emblée dans le contexte de la LMI est celui du lieu où l'offreur conduit l'activité protégée par la LMI. D'une manière générale, toute personne dont l'activité lucrative se déroule pour l'essentiel en Suisse devrait pouvoir bénéficier de la garantie de la LMI. **96**

En tout état de cause, le champ d'application personnel de la LMI doit se définir à la lumière des notions d'établissement et de siège. **97**

Etablissement. La notion d'établissement figure dans de nombreuses lois fédérales. L'établissement est le critère de rattachement par excellence des acteurs économiques. D'une manière générale, l'établissement est le lieu où la personne exerce ses activités lucratives et, si l'activité se déroule en plusieurs endroits, le lieu où la personne dirige l'activité lucrative (art. 934 CO et art. 52 ORC). Dans le même sens, en droit international privé, l'établissement est, pour une personne physique, le lieu où se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales (art. 20 I/c LDIP) et, pour une société, le lieu où elle a son siège ou sa succursale (art. 21 III LDIP). **98**

A notre sens, l'établissement doit être compris comme **le lieu où l'acteur économique a le centre de ses activités**. Dans le cas où la personne n'est pas astreinte à inscription au registre du commerce (p. ex. les professions libérales), l'établissement est le lieu où elle exerce. Pour les entreprises industrielles ou commerciales comme du reste pour les sociétés, des considérations pratiques imposent de retenir comme établissement le lieu où elles sont inscrites, ou celui où elles devraient l'être dans le cas d'omission fautive. **99**

La notion d'établissement de la LMI doit être distinguée de la notion de liberté d'établissement au sens de l'art. 24 Cst, laquelle ne protège que le droit au séjour d'une personne d'une certaine durée en un point du territoire suisse, y compris en ce qu'elle implique la création d'un domicile au sens du Code civil (ZUFFEREY, Etablissement, p. 754). **100**

En principe, toute personne dont le centre des activités économiques est en Suisse doit être mise au bénéfice des droits conférés par la LMI. Des exceptions en fonction de la nationalité sont réservées par le Conseil fédéral et la doctrine. Leur portée est discutée ci-après. **101**

102 **Siège**. Le siège tient lieu de domicile aux personnes morales. Il est là où la société est administrée (art. 56 CC), mais est désigné librement par la société dans ses statuts (art. 626/1 CO : sociétés anonymes ; art. 776/1 CO : sociétés à responsabilité limitée ; art. 823/1 CO : coopératives). Le siège est rendu public par le Registre du commerce du lieu où la société a son siège.

103 Le siège au sens de la LMI inclut également le siège des sociétés commerciales qui ne disposent pas de la personnalité juridique (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite).

104 Toute société ayant son siège en Suisse bénéficie des droits accordés par la LMI.

B. Cas particuliers

1. Etrangers séjournant en Suisse

105 De même qu'il bénéficie de la liberté économique, un **étranger au bénéfice d'un permis d'établissement** peut valablement invoquer la LMI (cf. déjà ATF 108 Ia 148, JdT 1984 I 19 ; jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises depuis).

106 Le Conseil fédéral conteste cependant ce droit au **titulaire d'un permis de séjour**, dès lors que le TF lui dénie le droit d'invoquer la liberté économique (Mess-LMI, p. 1241). La position du TF, critiquée par la doctrine constitutionnelle, a été confirmée dans un arrêt au motif que l'étranger au bénéfice d'une autorisation de séjour ne peut prendre un emploi « librement » selon les termes de la Loi sur les étrangers (LEtr) (ATF 123 I 19 s'agissant de l'ancienne Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers [LSEE], doctrine et jurisprudence citées). Depuis lors, le TF a précisé que cette jurisprudence ne s'appliquait pas aux titulaires de permis B exemptés des mesures de limitation et qui ont droit au renouvellement de leur autorisation ; l'activité lucrative de ces derniers étant protégée par la liberté économique au même titre que celle des porteurs d'un permis C (ATF 123 I 212, c. 2c ; ZWALD, BGBM, p. 416 s., N 24).

107 La titularité des droits de la LMI est refusée aux **frontaliers**, toujours en référence à la liberté économique (Mess-LMI, p. 1241, Rapport LMI, p. 5604).

108 A notre sens, l'application analogique des solutions adoptées en matière de liberté économique ne s'impose pas. La notion d'établissement ne doit pas être comprise dans le sens que lui donne la législation fédérale sur les étrangers (voir N 106). Dès lors qu'un étranger prend un travail en Suisse et est autorisé à l'exercer, sa liberté de mouvement ne peut être entravée au-delà de ce qui est autorisé par la LMI, sous réserve des restrictions qui trouvent appui dans la LEtr (voir N 49 : réserve des lois fédérales spéciales).

2. Citoyens suisses établis à l'étranger

109 Le citoyen suisse dont le centre des activités économiques est à l'étranger peut-il invoquer la LMI lorsqu'il offre ses services en Suisse ? Il semble admis que le citoyen suisse soit *de jure* titulaire des droits conférés par la LMI (Mess-LMI, p. 1241). Cette opinion, fondée là encore sur la jurisprudence relative à la liberté économique, est suivie par la doctrine (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 165). Mettre au bénéfice des droits de la LMI un citoyen suisse établi à l'étranger paraît difficilement compatible avec l'exigence légale d'établissement en Suisse.

3. Sociétés suisses contrôlées par des personnes étrangères

Le champ d'application personnel de la LMI comprend toute personne morale dont le siège est en Suisse. Ce principe ne souffre pas d'exception. Le fait qu'une société soit contrôlée ou dominée par des ressortissants étrangers est sans pertinence (Mess-LMI, p. 2241 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 165 ; ZWALD, BGBM, p. 417, N 25). **110**

4. Succursales en Suisse de sociétés étrangères

En droit, une succursale est un établissement commercial dans la dépendance d'une entreprise principale qui exerce de façon durable dans des locaux séparés une activité économique, relativement autonome par rapport à celle poursuivie au siège de l'entreprise principale (ATF 108 II 143). La succursale suisse d'une société étrangère doit être inscrite au Registre du commerce (art. 935 CO). Au sens de la LDIP, la succursale d'une société vaut établissement (art. 21 III LDIP). Une société ayant une succursale en Suisse peut se prévaloir des droits de la LMI tant et aussi longtemps que la garantie est invoquée pour protéger les activités conduites par la succursale (dans ce sens, BO CE 1995 875). Il va de soi que, n'étant pas sujet de droit, la succursale n'a pas la légitimation active. **111**

5. Succursales suisses de sociétés suisses

Une société suisse doit pouvoir invoquer le droit du lieu où se trouve sa succursale face à une décision d'un canton restreignant une activité conduite par cette dernière (dans ce sens, ZWALD, BGBM, p. 417, N 26, n. 29, pour qui l'application, dans un tel cas, du droit du canton du siège conduirait à un résultat indésirable du point de vue de la LMI). **112**

VI. Champ d'application matériel de la LMI (activités protégées)

A. Activité lucrative

Le champ d'application matériel de la LMI s'étend à toute activité lucrative. L'activité lucrative s'entend de « toute activité non régalienne ayant pour but un gain » (art. 1 III LMI). **113**

De manière générale, l'activité lucrative n'englobe pas toutes les activités humaines mais uniquement celles qui sont exercées en vue d'en **retirer un gain ou un revenu**. Certaines activités économiques au sens large en sont par conséquent exclues, comme la demande de biens ou de services. La LMI ne confère pas de droits subjectifs aux consommateurs (cf. MARTENET/RAPIN, Marché, p. 11). Les activités visant un but idéal sont également hors champ. Le TF a ainsi confirmé que les dispositions de la LMI ne pouvaient être valablement invoquées par une association à but idéal (RDAF 2007 I 569, 572). **114**

La LMI s'étend à toute activité ayant pour but un gain ou un revenu, **sans exception** (cf. MARTENET/RAPIN, Marché, p. 10, et jurisprudence citée). Il importe peu que l'activité économique visée soit profitable ; seule l'intention compte. Il n'est pas non plus indispensable que la recherche du profit soit l'unique motivation de celle-ci. Les activités lucratives accessoires sont également susceptibles d'être protégées par la LMI (Mess-LMI, p. 1242). Enfin, l'activité lucrative visée par la LMI peut être exercée en qualité d'indépendant ou de salarié sans distinction (Mess-LMI, p. 1242, ZWALD, BGBM, p. 418, N 28). **115**

B. Actes couverts par l'activité lucrative

116 Il s'agit d'abord des actes accomplis dans l'exercice de l'activité lucrative. A ce propos, tous les aspects de l'activité économique sont couverts par la LMI : non seulement l'activité purement commerciale, en particulier l'offre de biens au sens large (marchandises et services), mais également la recherche, le développement, la conception, la mise en circulation, la distribution, la promotion et la publicité de biens ayant une valeur marchande (ATF 128 I 295, c. 4b).

117 Sont couverts également par la LMI les **actes qui conditionnent l'exercice de l'activité lucrative** (voir Mess-LMI, p. 1242). L'accès aux facteurs de production (financement, choix des moyens matériels et de la main-d'œuvre) est protégé par la LMI. Il en va également de l'acquisition des compétences, ressources et techniques nécessaires à l'exercice de l'activité lucrative en cause. Appelé à se prononcer sur le cas d'un avocat genevois souhaitant s'établir dans le Canton de Vaud et qui s'était vu refuser le droit de former un stagiaire en raison des exigences d'une pratique judiciaire de 5 ans dans le canton de Vaud, le TF a précisé que la reconnaissance du droit d'établissement par l'art. 2 IV LMI impliquait également le droit pour la personne s'en prévalant de choisir la structure de son établissement commercial et le choix de ses subordonnés (ATF 134 II 329, c. 5.3, JdT 2009 II 33).

118 La **formation** est une condition essentielle de l'exercice de l'activité lucrative, voire indispensable lorsque l'exercice de l'activité est subordonné à l'obtention d'un certificat de capacité. Pour cette raison, la LMI fixe des règles spécifiques en matière de reconnaissance des certificats de capacité cantonaux (art. 4 LMI). La LMI ne s'étend en revanche pas aux activités de formation qui préparent à un métier, de même qu'à la formation professionnelle continue.

C. Le cas des activités publiques

119 Jusqu'à la révision entrée en vigueur le 1er juillet 2007, l'art. 1 III LMI définissait la notion d'activité lucrative en référence à la protection constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie (liberté économique selon la terminologie actuelle de l'art. 27 Cst). Cette référence avait pour effet d'incorporer dans la LMI la jurisprudence constitutionnelle rendue par le TF en la matière. Cela créait une incertitude quant à l'applicabilité de la LMI aux fonctionnaires, qui ne sont pas exclus par principe du cercle des titulaires de la liberté économique (ATF 121 I 326, c. 2a, JdT 1997 I 273) mais qui ne peuvent se prévaloir de la liberté économique en relation avec leur fonction dans l'administration publique (SJ 1999 I 129).

120 Lors de la révision de la LMI, le législateur a voulu inclure dans le champ d'application matériel de la LMI les prestations commerciales fournies dans le secteur public et qui sont aussi proposées sur le marché (Zwald, BGBM, p. 418, N 29). Seules les « activités régaliennes » restent exclues du champ d'application de la LMI, plus précisément de ses art. 2 I-VI et 3.

121 Cette modification est cohérente avec le but de la LMI qui est de garantir à toute personne le droit d'offrir sa prestation de travail sur l'ensemble du territoire suisse (art. 2 I LMI). La distinction entre les salariés du secteur privé et ceux du secteur public ne trouvait pas de justification et était incompatible avec les exigences de la LMI. Cette modification a également permis d'assurer la compatibilité de la LMI avec les dispositions de l'ALCP, qui prévoit qu'un ressortissant d'une partie contractante exerçant une activité salariée ne peut

se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique que dans la mesure où un tel emploi est lié à l'exercice de la puissance publique et destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou d'autres collectivités publiques (ALCP, Annexe I, art. 10 ; cf. également Mess-rév.LMI, p. 440).

VII. Champ d'application spatial de la LMI

122 La LMI s'étend à tout le **territoire suisse** (art. 1 I et art. 2 II LMI ; DREYER/DUBEY, Réglementation, p. 35). Il ne serait pas concevable que la loi ne s'applique qu'à certaines parties du territoire national dès lors qu'elle tend à faire de celui-ci un espace économique unique. La garantie d'une libre circulation sur l'ensemble du territoire suisse implique non seulement la suppression des barrières intercantonales, les plus nombreuses, mais plus généralement de tout obstacle qu'une collectivité publique suisse ou un organe chargé d'une tâche publique en Suisse pourrait opposer à un offreur externe.

123 La LMI ne déploie aucun effet à l'étranger, en vertu du principe de territorialité. Elle ne donne aucun droit aux personnes établies ou ayant leur siège hors du territoire national (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 166 ; voir N 94 ss).

Section 2 : Principes de la liberté d'accès au marché

Art. 2

Liberté d'accès au marché

[1] Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.

[2] La Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent les droits conférés par l'al. 1.

[3] L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement. Toute marchandise dont la mise en circulation et l'utilisation sont autorisées dans le canton de l'offreur peut être mise en circulation et utilisée sur tout le territoire suisse.

[4] Toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement et sous réserve de l'art. 3. Il en va de même en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement. Il incombe aux autorités du lieu de destination de contrôler le respect des dispositions légales applicables en vertu du premier établissement.

[5] L'application des principes indiqués ci-dessus se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché.

[6] Lorsqu'une autorité d'exécution cantonale a constaté que l'accès au marché d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation est conforme au droit fédéral ou en a autorisé l'accès au marché, sa décision est applicable dans toute la Suisse. L'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit a qualité pour recourir. Elle peut exiger de l'autorité cantonale que la décision lui soit communiquée.

[7] 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.

Freier Zugang zum Markt

[1] Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist.

[2] Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben stellen sicher, dass ihre Vorschriften und Verfügungen über die Ausübung der Erwerbstätigkeit die Rechte nach Absatz 1 wahren.

[3] Das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen richtet sich nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlas-

sung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters. Sind das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig, so darf diese Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden.

[4] Jede Person, die eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausübt, hat das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit unter Vorbehalt von Artikel 3 nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes.

[5] Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze gelten die kantonalen beziehungsweise kommunalen Marktzugangsordnungen als gleichwertig.

[6] Hat eine zuständige kantonale Vollzugsbehörde festgestellt, dass der Marktzugang für eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt, oder hat sie den Marktzugang bewilligt, so gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz. Der für den einheitlichen Gesetzesvollzug zuständigen Bundesbehörde steht das Beschwerderecht zu. Sie kann von der kantonalen Behörde die Eröffnung der Verfügung verlangen.

[7] Die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private hat auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

Libero accesso al mercato

[1] Ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione, se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede.

[2] La Confederazione, i Cantoni e i Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti pubblici, si assicurano che le loro prescrizioni e decisioni in materia di esercizio di attività lucrative salvaguardino i diritti menzionati nel capoverso 1.

[3] L'offerta di merci, servizi e prestazioni di lavoro è retta dalle prescrizioni del Cantone o del Comune di domicilio o di sede dell'offerente. Una merce la cui immissione in commercio e utilizzazione sia autorizzata nel Cantone dell'offerente può essere immessa in commercio e utilizzata su tutto il territorio della Confederazione.

[4] Chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e, fatto salvo l'articolo 3, di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio. La vigilanza sul rispetto delle prescrizioni del primo domicilio incombe alle autorità del luogo di destinazione.

[5] Nell'applicazione dei principi di cui ai capoversi precedenti le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato sono considerate equivalenti.

[6] Se, riguardo a una merce, a un servizio o a una prestazione lavorativa, un'autorità esecutiva cantonale competente ha riconosciuto conforme al diritto federale o autorizzato l'accesso al mercato, questa sua decisione vale in tutta la Svizzera. L'autorità federale competente per l'esecuzione uniforme della legge è legittimata al ricorso. Essa può esigere che l'autorità cantonale le comunichi tali decisioni.

[7] Il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolge su concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera.

Bibliographie

T. Cottier/B. Merkt, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : Von Büren/Cottier (édit.), Wettbewerbsordnung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; Martenet/Rapin, Marché ; Moor/Poltier, Droit administratif II ; Zwald, BGBM. ***Eg***. A. Auer/V. Martenet, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique, DPC 2004/1, p. 277 ss *(Espace économique)* ; A. Auer/V. Martenet, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur la marché intérieur, Avis de droit complémentaire, DPC 2004/1, p. 314 ss *(Monopoles)* ; M. Bianchi della Porta/E. Philippin, Pratique du métier d'avocat en société de capitaux, GesKR 2/2010, p. 163 ss (*Métier d'avocat*) ; F. Bohnet/V. Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009 *(Profession d'avocat)* ; N. F. Diebold, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, p. 129 ss *(Herkunftsprinzip)* ; D. Dreyer/B. Dubey, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 *(Réglementation)* ; D. Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 2006, p. 203 ss *(Concessions)* ; N. Gammenthaler, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, in : Jusletter du 26 septembre 2011 ; S. Radczuweit, Il sacrificio del federalismo sanitario sull'altare dello spazio economico svizzero omogeneo, con uno sguardo alla nuova legge sul mercato interno in generale in : Rivista ticinese di dritto Bellinzona, 2010, n° 1, p. 357 ss *(Sacrificio)* ; A. Rey/B. Wittwer, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, PJA 2007, p. 585 ss *(Ausschreibungspflicht)* ; M. Schott, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigung in der Schweiz und in der Europäischen Union, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010 *(Wettbewerb)* ; R. S. Schweizer, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994, p. 739 ss *(Binnenmarkt)* ; K. Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)*.

Travaux préparatoire

Mess-LMI, FF 1995 I 1193 ss ; Mess-rév.LMI, FF 2005 I 421 ss ; Rapport LMI, FF 2000 I 5603 ss ; BO CE 1995 870 ss.

Plan N

I. Généralités . . . 1
A. Présentation . . . 1
B. Origine . . . 5
C. Contexte . . . 7
II. Activités garanties . . . 8
III. Droit d'accès au marché . . . 12
A. Nature . . . 12
B. Titularité . . . 18
C. Définition . . . 20
D. Condition . . . 25
E. Limite . . . 30
F. Exercice . . . 31
G. Preuve . . . 32
H. Décisions cantonales reconnaissant l'accès au marché prises en application du droit fédéral . . . 40
IV. Portée concrète du droit d'accès au marché . . . 43
A. Offre de marchandises . . . 43
B. Offre de services . . . 49
1. Réglementations instituant une autorisation pour l'exercice d'une profession . . . 55
2. Réglementations régissant la formation professionnelle et la reconnaissance des certificats de capacité professionnelle . . . 63
3. Réglementations régissant la concession d'une activité particulière . . . 64
4. Réglementations régissant les marchés publics . . . 73

N
C. Offre de prestations de travail 74
D. Droit d'établissement 80
V. Mandat du législateur 87
A. Généralités 87
B. Destinataires 90
C. Contenu 92
D. Exécution 96

I. Généralités

A. Présentation

L'art. 2 LMI concrétise par un droit de portée générale – la **liberté d'accès au marché** – la garantie consacrée à l'art. 1 LMI. La disposition constitue **le cœur** de la LMI (BO CE 1995 873 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 166). **1**

Depuis la révision de 2005, la liberté d'accès au marché s'étend au **droit d'établissement** dans le canton de destination. Ce droit avait été exclu du champ d'application de la LMI par la jurisprudence du TF (voir N 85). Désormais, la liberté d'accès au marché a une double dimension. Elle couvre l'activité transfrontalière depuis le lieu de provenance et le déplacement d'une activité dans le lieu de destination (ZWALD, BGBM, p. 419, N 32 ; M. SCHOTT, Wettbewerb, p. 494, N 812). Dans les deux cas de figure, celui qui conduit l'activité peut se prévaloir des règles du lieu de provenance pour accéder au marché local. **2**

La liberté d'accès au marché est un **droit individuel** accordé à toute personne exerçant une activité lucrative en Suisse. Elle l'autorise à offrir des marchandises, des services ou des prestations de travail sur tout le territoire national. La liberté d'accès au marché présente les caractéristiques suivantes : **3**

- Elle est **conditionnée** par la licéité de l'activité lucrative de l'offreur externe dans le canton ou la commune où celui-ci a son siège ou son établissement (art. 2 I *i.f.* LMI).
- Elle **s'apprécie** selon « les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement ». Une restriction de droit public qui entrave l'offreur externe dans l'exercice de son activité lucrative et qui n'a pas d'équivalent dans le droit du siège ou de l'établissement ne lui est en principe pas applicable (art. 2 III, 1 LMI).
- A titre exceptionnel, elle peut être **limitée** par le droit du lieu de destination de la marchandise, du service ou de la prestation de travail en cause (art. 3 LMI).

Parallèlement aux droits qu'il accorde aux particuliers, l'art. 2 LMI impose une **obligation** aux collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) et aux « autres organes assumant les tâches publiques ». Cette obligation est d'abord une abstention : éviter toute pratique contraire à la liberté d'accès au marché ; mais elle a également un contenu positif : toute autorité dotée d'une compétence réglementaire susceptible d'influencer l'activité économique doit veiller à ce que les prescriptions qu'elle a édictées ou qu'elle édictera soient conformes à la liberté d'accès au marché. L'adaptation de la réglementation publique aux exigences de la LMI doit être accomplie dans un laps de temps donné. **4**

B. Origine

La liberté d'accès au marché consacrée par l'art. 2 LMI trouve son origine dans **l'arrêt *Cassis de Dijon*** (voir LMI 1 N 69 ss). Selon cette jurisprudence, toute marchandise léga- **5**

lement fabriquée et commercialisée dans un Etat membre doit être admise sur le marché de tous les autres Etats membres de la Communauté, sauf exception fondée sur des intérêts publics prépondérants. L'arrêt *Cassis de Dijon* consacre le principe de la primauté du droit de provenance des marchandises. Le droit européen a étendu sa portée à la libre circulation des services. L'art. 2 LMI transpose ce principe dans l'ordre juridique suisse, en l'appliquant à l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail sur le territoire national.

6 Le droit d'établissement, quant à lui, est reconnu dans son principe par le TFUE, qui interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire des autres Etats membres. Par l'octroi de la liberté d'établissement, le TFUE garantit aux ressortissants communautaires l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés, dans les conditions applicables aux activités en cause dans le pays d'établissement.

C. Contexte

7 L'art. 2 LMI est au **centre du dispositif** de la Section 2 de la LMI, consacrée au droit matériel. L'art. 2 LMI institue un droit de portée générale : la liberté d'accès au marché. L'art. 3 LMI définit les conditions auxquelles il peut être fait exception à ce droit. Les art. 4 et 5 LMI prévoient une réglementation spéciale par rapport au droit général de l'art. 2 LMI dans deux matières spécifiques : la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux et les marchés publics.

II. Activités garanties

8 La liberté d'accès au marché s'étend à **l'offre de marchandises, de services et de prestations de travail sur tout le territoire suisse, que ce soit par la fourniture »transfrontière« de marchandises, de services ou de prestations de travail ou par l'établissement au lieu de fourniture des prestations** (art. 2 I et IV LMI).

9 La notion d'**offre** ne doit pas être interprétée de manière restrictive. L'activité lucrative ne se résume pas à l'offre de biens ; la protection de l'offreur externe comprend tous les aspects de l'activité économique, de même que les conditions préalables à l'exercice de cette activité, dont la formation professionnelle (voir LMI 1 N 118).

10 L'offre peut porter sur une marchandise, un service ou une prestation de travail :
- **Marchandises**. Il faut entendre par marchandise tout bien ayant une valeur marchande. La nature, les qualités particulières ou la destination de la marchandise importent peu. La liberté d'offrir des marchandises se confond avec la notion de libre circulation des marchandises.
- **Services**. Les services comprennent tout travail, prestation en nature ou fourniture d'autres avantages appréciables en argent, à l'exclusion des prestations offertes par le salarié (voir ci-dessous). L'offre de services inclut la fourniture de services sur le territoire suisse et, plus largement, la possibilité pour le prestataire de services de se déplacer dans ce territoire pour prester.
- **Prestations de travail**. Cette troisième catégorie vise l'activité salariée ou dépendante. Les salariés sont également titulaires des droits de la LMI et la possibilité d'offrir leurs services dans tout le pays leur est garantie.

L'énumération ci-dessus n'est pas limitative. La LMI couvre tout **bien ou prestation pouvant faire l'objet d'une transaction**. Il en va ainsi des biens matériels qui ne sont pas qualifiés de marchandises selon le langage commun (p. ex. un aéronef) comme des biens immatériels. **11**

III. Droit d'accès au marché

A. Nature

La liberté d'accès au marché de l'art. 2 LMI est un **droit individuel** ou **subjectif** (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 166). **12**

Le titulaire de la liberté d'accès au marché peut faire valoir son droit par la voie **du recours contre une décision administrative**. A cet effet, il lui est accordé le droit que la restriction dont il se plaint soit constatée dans une décision sujette à recours (art. 9 I LMI). La LMI ne confère pas un droit d'action contre la réglementation publique en cause, dans l'hypothèse où la discrimination se trouve dans la loi elle-même. A moins que le canton prévoie une voie de droit spéciale autorisant un contrôle abstrait des normes cantonales (ce que la LMI ne lui impose pas de faire), la réglementation discriminatoire n'est attaquable que de manière indirecte, par la **voie du contrôle concret de la décision** qui l'applique. **13**

Contrairement à la liberté économique, la liberté d'accès n'est **pas un droit constitutionnel** (*contra* MARTENET/RAPIN, Marché, p. 23). Le mandat donné à la Confédération de veiller à la création d'un « espace économique suisse unique » en vertu de l'art. 95 II Cst ne saurait fonder un droit fondamental des particuliers d'accéder au marché sur l'ensemble du territoire suisse. La licéité des restrictions au droit d'accès au marché s'apprécie à la lumière de critères de droit administratif fédéral (cf. SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 741). Certes, les critères qui justifient la restriction à l'accès au marché sont très proches de ceux auxquels la juridiction constitutionnelle recourt : intérêt public prépondérant et proportionnalité en particulier. Cependant, ces notions font l'objet d'une définition propre à la LMI, et leur application peut conduire à des solutions originales. **14**

La liberté d'accès au marché est un **droit d'application immédiate**. Ce droit peut être invoqué directement sans qu'il soit nécessaire de le concrétiser dans un texte d'application de la LMI (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 55). Le délai de deux ans fixé par l'art. 11 I LMI définit la période pendant laquelle les collectivités publiques et les autres organes assumant des tâches publiques doivent impérativement adapter leurs réglementations aux exigences de la LMI. Ce délai n'a pas pour effet de différer d'autant l'application des droits conférés aux particuliers et notamment la liberté d'accès au marché (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 3 ; EGV-SZ 1996, p. 150, n° 56, c. 1.a). **15**

La liberté d'accès au marché **n'est pas opposable aux particuliers**. La LMI n'a pas d'effet horizontal *(Drittwirkung)*. Si un offreur est exclu du marché par la faute d'un accord ou d'une pratique d'entreprises concurrentes, l'offreur mis à l'écart pourra invoquer la LCart. La liberté d'accès au marché ne peut être invoquée que dans les cas où l'offreur externe n'a pas accès au marché par la faute d'une réglementation publique. L'effet sur les tiers concurrents n'est qu'indirect : la non-application de la réglementation discriminatoire conduira à la suppression de l'avantage concurrentiel au profit des offreurs locaux et, ainsi, au rétablissement des conditions de la concurrence. **16**

17 La liberté d'accès au marché est un **droit à l'abstention de la collectivité publique**. Elle ne peut être invoquée pour obtenir une prestation positive de la collectivité publique (LMI 1 N 39).

B. Titularité

18 Le droit d'accès au marché peut être exercé par toute personne ayant une activité lucrative, à condition qu'elle soit établie ou ait son siège en Suisse (LMI 1 N 94 ss).

19 Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 2 IV LMI, le 1er juillet 2006, seul l'offreur externe, au sens strict d'offreur établi à l'extérieur (LMI 1 N 83), pouvait se prévaloir du droit d'accès au marché. Le TF avait en effet privilégié une interprétation littérale – et fédéraliste – de la LMI aux dépens de l'objectif d'intégration du marché intérieur. Cette jurisprudence a eu des conséquences néfastes pour la libre circulation dans la mesure où certaines professions impliquent, par leur nature même, un établissement professionnel au lieu de destination afin de pouvoir également développer une activité hors du lieu de provenance (ex. médecins, hôteliers ou cafetiers restaurateurs). Suite aux critiques déjà émises envers la jurisprudence du TF par la Commission de Gestion du Conseil national (Rapport LMI, p. 5622), le législateur a pris le contre-pied du TF et a expressément ajouté la liberté d'établissement parmi les droits conférés par la LMI. La LMI étend désormais le bénéfice du droit d'accès au marché aux personnes désireuses de s'établir professionnellement dans un autre canton, et cela **indépendamment du maintien ou de l'abandon d'un établissement commercial dans le canton de provenance**. L'offreur externe s'entend désormais de l'offreur établi à l'extérieur comme de l'offreur qui vient de l'extérieur pour s'établir dans le marché indigène.

C. Définition

20 La liberté d'accès est le droit d'offrir des marchandises, des services ou des prestations de travail sur tout le territoire suisse, ainsi que le droit de s'établir professionnellement en toute part du territoire suisse pour mener de telles activités (art. 2 I et IV LMI). Ce droit se définit comme **limite à l'action publique**. A cet égard, la liberté d'accès au marché est pour l'offreur externe le droit de s'opposer à tout acte de l'autorité publique qui rendrait impossible ou plus difficile l'accès au marché indigène convoité ou l'établissement à titre professionnel dans un tel marché.

21 Il n'est pas nécessaire que la réglementation restrictive ait pour objectif de discriminer l'offreur externe. Les normes applicables indistinctement aux offreurs locaux et aux offreurs externes sont également visées par la LMI (LMI 1 N 30). Seul compte l'**effet** de la norme sur l'activité lucrative de l'offreur externe. L'application de la norme peut se traduire pour l'offreur externe par une impossibilité pure et simple de proposer ses marchandises, services ou prestations de travail ; elle entraînera le plus souvent une difficulté ou une **gêne dans l'exercice de son activité lucrative**.

22 La gêne résultant de l'application de la réglementation en cause s'apprécie toujours **en fonction des prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement** (art. 2 III, 1 LMI). Il y a gêne toutes les fois que la réglementation du lieu de destination impose à l'offreur externe des conditions qui n'ont pas leur équivalent dans le droit du lieu de l'établissement ou du siège. La gêne de l'offreur externe se mesure par rapport aux efforts que celui-ci doit déployer, ou aux coûts auxquels il doit consentir,

pour compenser le ou les désavantages qui résultent pour lui de l'application du droit de destination.

23 La gêne de l'offreur externe est toujours le résultat d'une **adaptation** aux exigences posées par la réglementation du lieu de destination. Il importe peu que cette adaptation se traduise par des frais supplémentaires, des entraves administratives ou d'autres obstacles sources de pertes de temps, comme cela peut arriver lorsque les normes techniques pour une marchandise ou un service donné sont différentes d'un canton à un autre.

24 Le fait que les offreurs locaux soient favorisés par rapport à l'offreur externe n'est pas une condition en soi de l'exercice du droit d'accès au marché. Par exemple, un offreur externe peut invoquer la LMI contre une décision de soumettre l'accès au marché indigène à autorisation, en arguant que, selon le droit où il est établi, son activité peut être conduite sans autorisation ; dans cette hypothèse, les offreurs locaux demeurent soumis au régime d'autorisation. Cette situation est paradoxale dans la mesure où l'offreur externe réclame par la voie de la LMI le bénéfice d'un traitement préférentiel par rapport aux offreurs locaux. Elle est la conséquence de l'application du principe de primauté du droit de l'établissement, qui conduit à favoriser les membres de la collectivité publique dont la réglementation est la moins sévère. Ce risque de **nivellement par le bas** est cependant limité par l'art. 3 LMI (voir N 33).

D. Condition

25 La liberté d'accès au marché est soumise à une **condition**. L'offreur externe doit être autorisé à conduire l'activité lucrative en question dans le canton ou la commune où il a son siège ou son établissement (art. 2 I *i.f.* LMI). La condition est satisfaite toutes les fois où l'activité lucrative de l'offreur externe est licite au regard du droit du canton, respectivement de la commune, où il est établi ou a son siège et qu'il a obtenu, le cas échéant, la ou les autorisations nécessaires à la conduite de cette activité.

26 Suite à la reconnaissance du droit d'établissement à l'art. 2 IV LMI, les professionnels qui s'établissent sur le lieu de la prestation peuvent également se prévaloir d'avoir rempli la condition « à l'extérieur ». L'activité économique peut ainsi être exercée au lieu du nouvel établissement **sur la seule base de l'autorisation délivrée au lieu de l'établissement initial**. Cette modification simplifie sensiblement le processus d'installation de succursales en différents points du territoire suisse (Mess-rév.LMI, p. 440).

27 Le nouvel établissement ouvert au lieu de destination est soumis à la réglementation applicable au lieu de l'établissement initial. Dès lors, il appartient à l'autorité du lieu du second établissement de vérifier le respect des conditions d'autorisations applicables au lieu de l'établissement initial.

28 Cette **application extraterritoriale du droit cantonal ou communal** est susceptible de causer des **difficultés en matière de surveillance**, notamment en cas de modification de la réglementation applicable au lieu du premier établissement ou en cas d'abandon du premier établissement. Dans ce dernier cas, la dépendance juridique du second établissement envers le premier n'empêche pas par principe la survivance du second établissement ou de tout autre établissement supplémentaire. Il convient d'examiner les causes de l'abandon du premier établissement. Si l'abandon est motivé par le fait que les conditions imposées pour l'exploitation du premier établissement ne sont plus réunies, les établissements ultérieurs, soumis aux mêmes conditions devront également fermer. En revanche, si les causes

de la fermeture du premier établissement ne sont pas liées au non-respect des conditions réglementaires, cette fermeture ne saurait avoir pour conséquence légale l'obligation de fermer également les établissements ultérieurs (Mess-rév.LMI, p. 440-441).

29 Ceci étant, la consécration du droit d'établissement est une avancée significative dans la construction d'un marché unique, qui mettra fin à des situations indésirables de doubles standards, en particulier dans le cas d'une activité soumise à **surveillance exercée par une société disposant de succursales dans différents cantons**. Désormais, la réglementation de référence est celle du canton du siège et les autorités cantonales de surveillance au lieu des succursales devront appliquer le droit du canton du siège et ne pourront se distinguer des positions prises par l'autorité du canton du siège, sauf exceptions prévues à l'art. 3 LMI.

E. Limite

30 La loi distingue entre restrictions applicables uniquement aux offreurs externes et restrictions applicables indistinctement aux offreurs locaux et aux offreurs externes (voir LMI 1 N 30). Les premières ne sont jamais compatibles avec la LMI (art. 3 I/a LMI). S'agissant des secondes, la liberté d'accès au marché est relative. Elle peut être limitée par les prescriptions applicables au lieu de destination si ces restrictions répondent à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 I/b LMI) et au principe de proportionnalité (art. 3 I/c LMI). Les conditions imposées à l'autorité pour restreindre la liberté d'accès au marché des offreurs externes doivent être interprétées restrictivement (voir LMI 3 N 11).

F. Exercice

31 Le titulaire de la liberté d'accès au marché a le droit d'obtenir de l'autorité publique qui entrave son accès au marché une décision sujette à recours (art. 9 I LMI). L'autorité saisie d'une demande de statuer doit toujours répondre, même si la requête est irrecevable, mal adressée ou tardive. Le cas échéant, elle répondra qu'elle est incompétente (MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 336 s.). Tout refus de statuer ou tout retard indu constitue un déni de justice formel qui, comme tel, est sujet à recours. On se rapportera pour plus de détails à l'art. 9 LMI.

G. Preuve

32 Le titulaire de la liberté d'accès au marché doit **établir son droit**. Pour ce faire, il lui suffira de rapporter la preuve que l'activité qu'il entend mener au lieu de destination est licite selon le droit applicable au lieu où il est établi ou a son siège et, le cas échéant, qu'il est autorisé à la pratiquer selon ce droit (art. 2 I LMI). Dans le cas d'une profession soumise à autorisation, la production d'un certificat de capacité valable décerné par le canton d'établissement est en principe suffisante (voir LMI 4 N 24).

33 Si l'offreur externe a établi son droit à satisfaction, l'autorité ne peut s'y opposer, sauf à **démontrer que la restriction envisagée est justifiée à la lumière de l'art. 3 LMI**. L'autorité doit d'abord établir qu'il existe un motif suffisant pour restreindre la liberté d'accès au marché. Elle n'y parviendra que s'il existe un intérêt public prépondérant à la restriction (art. 3 I/b et II LMI). L'autorité devra encore démontrer que l'intérêt public prépondérant n'a pas été suffisamment pris en compte par le droit du lieu d'établissement de

l'offreur externe (art. 3 III/a LMI). Ce n'est qu'à ce titre qu'il pourra être dérogé au principe de primauté du droit d'établissement.

Cette dernière démonstration implique de **renverser une présomption légale d'équivalence des réglementations cantonales et communales**. Ce principe déjà applicable dès l'entrée en vigueur de la LMI, a été consacré expressément par l'introduction de l'art. 2 V LMI (Mess-rév.LMI, p. 438). Sa consécration dans le texte de la LMI vise à lui donner plus de force encore (ZWALD, BGBM, p. 423, N 50). Il appartient à l'autorité du lieu de destination qui s'oppose à l'accès au marché d'un offreur externe de renverser la présomption légale d'équivalence entre la réglementation du lieu de provenance et la réglementation locale applicable et non à l'offreur externe de démontrer l'équivalence entre les deux réglementations. **34**

La personne qui est en droit d'exercer une activité à son lieu d'établissement est présumée pouvoir l'exercer partout ailleurs en Suisse. On admet que les conditions d'exercice des activités lucratives protégées par la liberté économique sont équivalentes sur tout le territoire national compte tenu de l'homogénéité sociale et économique des collectivités au sein de l'Etat fédéral et que, dès lors, les intérêts publics préservés par la réglementation du lieu de destination ont déjà été suffisamment pris en compte par la réglementation du droit du lieu de provenance. Avant même l'entrée en vigueur de l'art. 2 V LMI, le TF avait jugé que le fait qu'un avocat remplisse les conditions l'autorisant à pratiquer dans son canton était un gage suffisant de moralité pour que, sauf indice du contraire, l'autorité du lieu de destination s'abstienne de réexaminer la moralité du requérant (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 4d). **35**

Cette présomption deviendrait **quasi absolue** « lorsque les mesures prises par l'autorité du lieu de destination n'ont pas de pendants dans la plupart des autres cantons ou communes dont l'ordre économique et social est largement comparable » (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 39). **36**

Dans un arrêt d'octobre 2008 relatif au droit d'établissement, le TF a précisé les modalités et les limites du **test d'équivalence** des réglementations et a également clarifié les rapports entre les art. 2 V et 3 LMI. Selon cet arrêt, la vérification de l'équivalence de la réglementation cantonale du lieu de provenance avec celle du lieu de destination doit demeurer **générale et abstraite** (ATF 135 II 12, c. 2.4). La présomption légale d'équivalence instituée par l'art. 2 V LMI serait en effet dénuée de toute portée pratique si l'autorité du lieu de destination était admise à procéder à une vérification rétroactive, au cas par cas, de la situation de l'offreur externe avec les conditions d'accès au marché (au lieu du premier établissement). Ce n'est qu'exceptionnellement, en présence d'indices concrets indiquant que l'autorité ayant délivré la première autorisation n'a manifestement pas tenu compte des intérêts publics prépondérants, que la situation personnelle de l'offreur externe peut être examinée par l'autorité du lieu de destination. **37**

Dès lors que les prescriptions d'accès au marché sont considérées comme équivalentes au lieu de provenance (ou du premier établissement) et à celui de destination, il n'y a pas de place pour des restrictions au libre accès au marché sous la forme de charges ou conditions (Comco, Rapport annuel 2008, DPC 2009, p. 16 ss, 30). L'autorisation d'accès au marché du lieu de destination doit être accordée dans tous les cas – sans charges, ni conditions aucunes – excepté lorsque l'autorité du lieu de destination parvient à démontrer que la législation du lieu de provenance ne tient pas suffisamment compte d'intérêts publics prépondérants au sens de l'art. 3 I LMI (ATF 135 II 12, c. 2.4). Seulement dans un tel cas, **38**

l'autorité du lieu de destination est autorisée à soumettre l'autorisation d'accès au marché à des charges et à des conditions, lesquelles devront encore respecter l'exigence de proportionnalité.

39 La diversité réglementaire inhérente à la structure fédéraliste de la Suisse a pour conséquence que certaines professions sont réglementées dans le canton de destination, alors qu'elles peuvent être librement exercées dans le canton de provenance. Dans un tel cas, l'autorité du lieu de destination ne saurait se contenter de relever l'absence de réglementation au lieu de provenance pour imposer des charges et des conditions. En effet, l'art 3 II/d LMI impose dans ce cas de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance et de vérifier si une protection suffisante des intérêts publics prépondérants ne peut être atteinte par ce biais (TA TI du 10 octobre 2008, cité dans le Rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 2009, p. 16 ss, 30) Le TF l'a confirmé dans un cas faisant application de l'art. 2 IV LMI. Un thérapeute pratiquant des soins alternatifs soutenait que le Canton du Tessin dans lequel il venait de s'établir ne pouvait lui imposer un examen cantonal, comme préalable à l'autorisation de pratiquer. Il invoquait le régime plus libéral du canton dont il provenait. Le Tribunal administratif tessinois et le TF lui ont donné raison. L'autorité administrative doit se laisser opposer la solution du canton de provenance, sous réserve de l'art. 3 LMI. La présomption d'équivalence des réglementations cantonales posée à l'art. 2 V LMI perdrait de son sens si l'autorité du canton d'établissement pouvait revoir l'habilitation concédée par le canton de provenance, comme s'il s'agissait d'une nouvelle procédure d'autorisation, (TF, arrêt du 15.05.2009, 2C_844/2008, c. 3 et 4).

H. Décisions cantonales reconnaissant l'accès au marché prises en application du droit fédéral

40 En vertu de l'art. 2 VI LMI, toute décision constatant la conformité d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation au droit fédéral ou autorisant son accès au marché est applicable sur l'ensemble du territoire suisse. L'art. 2 VI LMI reconnaît également le droit de recours de l'autorité fédérale chargée de veiller à l'application uniforme du droit, ainsi que le droit de cette autorité d'exiger la transmission des décisions prises par les autorités cantonales.

41 L'art. 2 VI LMI a été introduit lors de la révision de 2005, afin de **prévenir le risque d'une application hétérogène du droit fédéral par les autorités cantonales**. Cette disposition garantit que les cantons, par leurs interprétations divergentes du droit fédéral, ne fassent pas obstacle à la libre circulation des marchandises et des services. Cette nouvelle disposition est bienvenue : les dispositions de droit fédéral qui régissent les activités économiques dans le pays sont toujours plus nombreuses, et l'application de ce droit est confiée, pour une partie significative, aux cantons, dans le cadre du « fédéralisme d'exécution » (ZWALD, BGBM, p. 424, N 51).

42 L'accès au marché comprenant notamment le droit d'établissement, l'autorité de surveillance d'un canton dans lequel une société extérieure au canton souhaite établir une succursale ne saurait y faire échec au motif qu'elle ne fait pas du droit fédéral la même lecture que celle qu'en a fait l'autorité du siège lorsqu'elle a autorisé la société à conduire son activité.

IV. Portée concrète du droit d'accès au marché

A. Offre de marchandises

D'une manière générale, les marchandises circulent librement dans notre pays. C'est là une acquisition de l'Etat fédéral de 1848 (Rapport OFQC, p. 19). **43**

Cela étant, les **réglementations des marchés publics** contiennent encore de nombreuses dispositions protectionnistes. Les régimes d'acquisition des cantons et des communes sont les obstacles les plus importants à la réalisation du marché intérieur en matière d'offre de marchandises. La suppression des discriminations dans les marchés publics fait l'objet d'une réglementation distincte (art. 5 LMI). Cette disposition, en sa qualité de ***lex specialis***, prévaut sur le droit général d'accès au marché consacré par l'art. 2 LMI. **44**

Par ailleurs, les cantons, les communes et les associations professionnelles chargées par les collectivités d'établir des normes techniques peuvent, par leur activité réglementaire, entraver la circulation des marchandises. **45**

Les obstacles en la matière résultent essentiellement de la **politique énergétique**. Cette politique relève pour l'heure de la compétence des cantons, même si le législateur fédéral a manifesté son intention d'édicter des prescriptions uniformes en la matière et a déjà partiellement concrétisé ses intentions (voir l'Arrêté fédéral pour une utilisation économe et rationnelle de l'énergie du 14 décembre 1990 et son ordonnance du 22 janvier 1992). C'est ainsi que dans des domaines comme l'isolation thermique, l'installation de chauffages, la climatisation et la ventilation, l'électricité, le gaz naturel, le chauffage à distance, le chauffage central, certaines entreprises locales sont parfois favorisées au détriment des offreurs externes. Par ailleurs, le **droit de la construction**, également de la compétence des communes, contient parfois des prescriptions protectionnistes (voir Rapport OFQC, p. 4). **46**

Le droit d'accès au marché en matière d'offre de marchandises signifie concrètement la possibilité pour l'offreur externe de proposer ses marchandises sur tout le territoire suisse dans la mesure où leur mise en circulation ou leur utilisation satisfait aux prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 2 III, 2 LMI). Sauf intérêt public prépondérant, un canton (ou une commune) ne saurait interdire la vente d'une marchandise légalement commercialisée dans la collectivité où celui qui les offre a son siège ou son établissement, ou encore gêner cette vente en imposant des conditions ou des exigences supplémentaires à celles du droit du lieu de provenance. En particulier, aucune réglementation cantonale ou communale ne peut imposer à l'offreur externe un **droit d'entrée** dans le marché indigène (sous forme de taxe ou d'une autre façon) ou une **obligation de se conformer à des caractéristiques techniques spécifiques**, sous réserve de l'art. 3 LMI. **47**

A ce jour, le TF a rendu un arrêt de principe en matière d'offre de marchandises. L'activité visée était la vente par correspondance de médicaments. Au vu de cet arrêt, un canton ne peut pas simplement interdire la vente par la poste de médicaments provenant d'un autre canton lorsque la protection d'intérêts publics, en particulier la santé, est assurée par des limitations et des prescriptions applicables dans le canton de provenance (ATF 125 I 474, SJ 2000 I 369). Cet arrêt est l'une des avancées significatives vers la constitution d'un marché intérieur que la LMI a rendu possible depuis son entrée en vigueur (Rapport LMI, p. 5618). **48**

B. Offre de services

49 La liberté d'accès au marché appliquée à l'offre de services est le droit pour l'offreur externe de proposer ses services sur l'ensemble du territoire suisse. Ce droit consacre en particulier :
- la libre circulation des services distribués par les réseaux de communication (téléphone, radio, télévision, multimédia) ;
- la liberté de déplacement du prestataire de service sur le territoire suisse ;
- lorsque les services sont rendus par un indépendant, la liberté pour ce dernier d'exercer sa profession en Suisse ailleurs qu'au lieu où il est établi.

50 Défini par rapport à l'activité de l'Etat, le droit d'accès au marché des services permet de combattre les mesures susceptibles d'entraver la mobilité en Suisse des services et des prestataires de services.

51 De façon absolue, toute restriction imposée au motif que le prestataire de services n'est pas établi dans le territoire auquel les services sont destinés est contraire au droit d'accès au marché des services (art. 3 III/c LMI). Lorsqu'une réglementation qui s'applique également aux offreurs locaux affecte un offreur externe, la restriction est illicite toutes les fois qu'elle rend impossible ou plus difficile l'offre de services sur le marché local, à moins qu'elle ne réponde à des intérêts publics prépondérants et au principe de proportionnalité (art. 3 LMI).

52 La jurisprudence rendue en la matière par la CJCE, puis par la CJUE est riche en exemples. A la lumière de cette jurisprudence, reprise notamment dans la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO 2006 L 376, p. 36, sont en principe incompatibles avec la LMI, les réglementations ou décisions qui ont pour effet :
- d'affecter la capacité de l'offreur externe de prester ;
- de rendre la prestation de l'offreur externe plus onéreuse ;
- d'imposer des obstacles administratifs ou techniques propres à décourager l'offreur externe ;
- d'empêcher les clients potentiels de recourir à l'offreur externe ou influer d'une toute autre manière sur leur choix ;
- d'interdire à l'offreur externe d'exercer sa profession ou la soumettre à des conditions supplémentaires à celles en vigueur à son lieu d'établissement.

53 Il importe peu que l'entrave soit essentiellement formelle ou les conditions autorisant l'offreur externe à accéder au marché, faciles à remplir (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 4.b). L'**intensité de l'entrave** n'est pas déterminante au regard de l'art. 2 LMI. Le principe de proportionnalité consacré par l'art. 3 LMI imposera, selon les circonstances, de la prendre en compte.

54 C'est plus fréquemment la personne du prestataire de service que le service proprement dit qui fera l'objet d'une discrimination. Certaines réglementations publiques peuvent à cet égard poser problème.

1. Réglementations instituant une autorisation pour l'exercice d'une profession

55 Ces réglementations sont cantonales, sauf exception (p. ex. autorisations délivrées par les communes aux installateurs, appareilleurs et ferblantiers). Elles concernent prioritairement les professions libérales et les métiers à risque. L'autorisation répond le plus souvent

à une exigence de protection des consommateurs ; elle peut servir également d'autres intérêts publics (p. ex. la santé publique).

56 Avant l'entrée en vigueur de la LLCA le 1er juin 2002, le TF s'était déjà prononcé à plusieurs reprises sur la **réglementation de la profession d'avocats**. Ainsi, le TF avait confirmé que la LMI était applicable aux déplacements des avocats à l'intérieur du territoire suisse (ATF 122 I 109, c. 4d). Le TF s'était également fondé sur la LMI pour juger le cas d'un avocat pratiquant à Zurich et qui demandait à plaider dans le canton de Berne (ATF 123 I 313, JdT 1999 I 300). Le Tribunal cantonal bernois, sur la base de la loi cantonale, requérait un certificat de bonne vie et mœurs et une déclaration aux termes de laquelle l'avocat renonçait à son secret professionnel et autorisait l'autorité à se faire remettre des documents et informations sur son compte ; en outre, la pratique bernoise exigeait la remise d'un extrait du casier judiciaire. Les juges fédéraux n'avaient pas considéré que l'exigence d'une autorisation pour exercer une profession dans un autre canton était, en soi, incompatible avec la LMI. Selon eux cependant, tout avocat autorisé à pratiquer dans son canton d'établissement avait le droit d'obtenir, sans conditions et sans frais, une autorisation d'exercer de l'autorité du canton de provenance, sauf preuve rapportée par l'autorité que le requérant présentait une menace pour un intérêt public prépondérant. Deux arrêts ultérieurs sont venus confirmer cette jurisprudence (ATF 125 II 56 ; 125 II 406, SJ 1999 I 498).

57 La réglementation de la profession d'avocat a connu de profonds changements suite à l'entrée en vigueur de la **LLCA**. La LLCA s'inscrit dans la même dynamique d'ouverture de l'accès au marché que la LMI et ses dispositions sont venues compléter et concrétiser, pour la profession d'avocat, les buts poursuivis par la LMI. Aux termes de l'art. 4 LLCA, tout avocat inscrit au registre cantonal des avocats peut représenter son client en justice partout en Suisse. La LLCA supprime purement et simplement l'exigence d'autorisation pour les avocats inscrits au registre d'un canton suisse qui souhaitent pratiquer dans un autre canton.

58 Pour reprendre la terminologie de la LMI, le principe de libre circulation consacré par la LLCA comprend la liberté d'accès aux autres marchés cantonaux, y compris le droit de s'établir dans ces cantons. Cette liberté peut être revendiquée non seulement par l'avocat qui veut plaider dans un autre canton que celui où il est inscrit et pratique mais aussi dans une variété d'autres situations telles que l'ouverture d'un second bureau dans un autre canton, le transfert d'une étude d'un canton à un autre, le transfert d'un avocat d'une étude située dans un canton dans une étude située dans un autre canton, etc. (BOHNET/MARTENET, Profession d'avocat, p. 344, N 789).

59 Au-delà de la reconnaissance d'un droit d'accès au marché et d'un droit d'établissement, la LLCA contribue à la création d'un marché unique des avocats et des études d'avocats en Suisse de deux manières : en fixant des règles uniformes valables pour tout le territoire, ainsi des règles régissant l'organisation et la pratique du métier, ou encore en harmonisant certains aspects du métier, tels que la formation ou la rémunération des services. Dans le premier cas (uniformisation), la LLCA épuise définitivement la compétence des cantons en matière réglementaire. Dans le second (harmonisation), les cantons conservent une compétence limitée.

60 Lorsque les règles fédérales s'appliquent **uniformément** à l'ensemble du territoire, la LMI ne trouve en principe pas application (voir LMI 1 N 65). A cela une exception : si un canton fait échec au droit d'accès au marché d'un offreur externe (ou à la liberté

d'établissement) en faisant une interprétation du droit fédéral qui diverge de celle du canton de provenance, l'offreur pourra valablement invoquer l'art. 2 VI LMI, qui rappelle opportunément qu'une décision cantonale en application du droit fédéral qui donne accès à un marché s'impose aux autres cantons (voir N 41-42).

61 A cet égard, on peut citer en exemple la problématique de la transformation d'une étude d'avocats en société de capitaux avec une (ou plusieurs) succursales dans des cantons autres que celui du siège. Il est généralement admis que la LLCA consacre le libre choix de la forme juridique dans laquelle les avocats entendent conduire leur activité (pas de forme imposée), étant par ailleurs entendu que le principe d'indépendance de l'art. 8 I/d LLCA, pris dans son aspect organisationnel, impose que la structure respecte certaines exigences. Comme il existait une incertitude s'agissant notamment des exigences structurelles à satisfaire pour une société de capitaux, les autorités de surveillance de certains cantons, à commencer par celui de Zurich, ont pris position dans le cadre de décisions préalables à la transformation d'études en sociétés de capitaux. Si l'autorité de surveillance au lieu du siège de la société décide que la structure qui lui est soumise satisfait au droit fédéral et que les avocats qui y travaillent peuvent continuer de pratiquer *ès qualité*, cette décision doit s'imposer aux autres cantons, en particulier à ceux dans lesquels l'étude ouvre des succursales, sans que l'autorité de surveillance desdits cantons ne puisse réexaminer le fond, en particulier la conformité de la structure au droit fédéral (Bianchi della Porta/ Philippin, Métier d'avocat, p. 173 s.).

62 Lorsque la LLCA se contente d'**harmoniser** et laisse une autonomie aux cantons en matière de réglementation, la LMI conserve encore son utilité lorsque le canton, en exploitant sa marge de manœuvre, fait obstacle au libre accès des offreurs externes. C'est ce qu'a très bien compris le TF dans un arrêt récent sur la formation des stagiaires (ATF 134 II 329, JdT 2009 III 35). Dans cet arrêt, le TF a appelé à une application parallèle des deux lois. Ainsi, pour toutes les questions déterminant l'accès au marché et qui ne sont pas exhaustivement réglées dans la LLCA, les cantons restent soumis aux exigences et aux limites imposées par la LMI (voir LMI 1 N 66).

2. Réglementations régissant la formation professionnelle et à la reconnaissance des certificats de capacité professionnelle

63 La reconnaissance des certificats de capacité cantonaux est régie par l'art. 4 LMI ainsi que par les accords internationaux et le droit intercantonal, que cette disposition réserve expressément. Au surplus, les réglementations en matière de formation professionnelle doivent être compatibles avec la liberté d'accès au marché (voir LMI 1 N 118). En particulier, elles ne doivent pas avoir pour effet de rendre l'accès à la formation plus difficile pour les étudiants résidant hors du canton et/ou de la commune où cette formation est dispensée. Au-delà de l'accès initial aux établissements publics, la LMI devrait, dans toute la mesure du possible, être interprétée de façon à faciliter la **reconnaissance des équivalences** entre établissements d'instruction et, par là, à favoriser la circulation des étudiants sur le territoire suisse (dans ce sens, Mess-LMI, p. 1207).

3. Réglementations régissant la concession d'une activité particulière

64 Une partie non négligeable de l'activité de service fait l'objet de concessions fédérales, cantonales ou communales. Il en est ainsi de l'approvisionnement en matière d'énergie et d'eau, de la gestion et du traitement des déchets et des eaux usées, des services de transport,

des secteurs de la communication, de la radio et de la télévision et de certaines branches de l'assurance (ainsi les caisses maladie et les établissements cantonaux d'assurance incendie) (voir Rapport OFQC, p. 64 ss). On entend par concession un acte juridique par lequel l'autorité confère à un tiers, le concessionnaire, le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique. La concession se fonde toujours sur un monopole de droit de la collectivité publique (domaines juridiquement réservés à l'Etat, dit « régaliens »), ou de fait (activités économiques qui nécessitent l'usage du domaine public ou d'autres biens dont l'Etat peut seul disposer). A la différence du régime de l'autorisation, l'octroi d'une concession est un acte relativement discrétionnaire.

65 La liberté d'accès au marché consacrée par l'art. 2 LMI ne se confond pas avec le droit d'obtenir de l'autorité publique qu'elle restitue au secteur privé une activité économique que celle-ci s'est réservée. Les concessions fondées sur un monopole cantonal qui n'est pas considéré comme historique ou sur un monopole communal doivent cependant être compatibles avec les exigences de la LMI (voir LMI 1 N 44). Ainsi, l'art. 2 LMI commande à l'autorité concédante de ne pas utiliser son pouvoir d'appréciation d'une manière qui discrimine les offreurs externes (ATF 132 I 97). A titre d'exemple, les critères d'octroi des concessions d'emplacements de stationnement pour les taxis doivent être les mêmes pour tous les chauffeurs de taxi établis en Suisse et autorisés à pratiquer leur métier là où ils sont établis. Seuls des motifs tirés de l'art. 3 LMI peuvent justifier une restriction de droit public à la liberté du chauffeur de taxi « externe ».

66 Par ailleurs, l'art. 2 VII LMI, introduit lors de la révision de 2005, impose aux autorités cantonales et communales qui souhaitent transférer l'exploitation d'un monopole public en mains d'entreprises privées de passer par une procédure d'appel d'offres et leur interdit toute discrimination envers des personnes disposant d'un établissement ou d'un siège en Suisse. Si l'obligation de ne pas discriminer les offreurs ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ressortait déjà des art. 1 I et 3 IV LMI dans leur ancienne teneur, l'art. 2 VII LMI a ajouté un élément de nature procédurale, soit l'**obligation de passer par une procédure d'appel d'offres**. Les modalités de l'appel d'offres ne sont pas précisées par la LMI et demeurent de la compétence des collectivités publiques concernées. Celles-ci doivent néanmoins s'assurer que la procédure se déroule dans le respect des règles et principes applicables en matière d'attribution de marchés publics.

67 Cette obligation ne remet pas en question les compétences des collectivités publiques d'exploiter des monopoles dans les limites de l'art. 94 IV Cst ou même d'instaurer de nouveaux monopoles. Lors de la révision de la LMI, il a été envisagé de n'autoriser le maintien et la création que des monopoles cantonaux et communaux « justifiés par des motifs tirés de la sécurité publique ou de l'efficience économique » et respectant le principe de proportionnalité. Cette modification a cependant été abandonnée, notamment après que l'avis de droit des Professeurs AUER et MARTENET a conclu à l'inconstitutionnalité d'une telle modification qui limitait exagérément la marge de manœuvre des cantons reconnue à l'art. 94 IV Cst (AUER/MARTENET, Monopoles, p. 314 ss).

68 L'art 2 VII LMI peut être invoqué tant par les personnes physiques domiciliées en Suisse que par les personnes morales de droit privé ayant leur siège ou disposant d'une succursale en Suisse et protège tant les offreurs locaux qu'externes (ATF 125 I 406). L'art. 2 VII LMI vise tant les monopoles de droit que les monopoles de fait. Quand bien même la LMI ne le précise pas, les règles applicables en matière de marchés publics sont applicables par analogie à l'appel d'offres prévu par l'art. 2 VII LMI (ATF 125 I 209, Mess-rév.LMI, p. 441). Les exceptions prévues par le droit des marchés publics à l'obligation de procéder

à un appel d'offres doivent également s'appliquer aux cas visés à l'art. 2 VII LMI (Esseiva, Concessions, p. 204). Sur ces questions, il est renvoyé pour le surplus au commentaire de l'art. 2 VII LMI.

69 Certaines différences demeurent entre la procédure propre aux marchés publics et le transfert d'activités dans le cadre de l'art. 2 VII LMI. Ainsi, une procédure de soumission laissant plus de latitude aux autorités cantonales et communales concédantes dans leur processus de décision est concevable, pour autant que la procédure demeure transparente et équitable pour l'ensemble des soumissionnaires.

70 La procédure de recours reste soumise aux exigences de la LMI qui prévoit l'application de la procédure administrative ordinaire et impose aux cantons de prévoir une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (art. 9 II LMI). Les règles spéciales relatives au recours en matière de marchés publics relatives au délai de recours, à l'effet suspensif et à la responsabilité de l'autorité concédante ne sont pas applicables aux contentieux découlant de l'art. 2 VII LMI.

71 Il peut arriver que le droit des marchés publics et la LMI soient applicables en parallèle (p. ex. ramassage des ordures qui correspond à une concession de service public, mais qui est considéré comme marché public au sens de l'Annexe 4 à l'Appendice I de l'AMP). Dans un tel cas, la LMI s'effacera au profit du droit des marchés publics, qui constitue une loi spéciale.

72 Ce principe est cohérent avec la nouvelle jurisprudence du TF (ATF 135 II 49) qui a étendu le champ d'application du droit des marchés publics, tel que défini dans l'arrêt *Decaux* (ATF 125 I 209). Pour rappel, le TF avait jugé que l'octroi du monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public ne relevait pas du droit des marchés publics, dans la mesure où une telle concession n'entrait pas dans la notion de marché public, limitée aux contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) et portant sur l'acquisition de fournitures de constructions ou de services. La préoccupation désormais affichée est d'« éviter que des biens et des services qui, au vu de leur nature, ne devraient normalement être acquis par les collectivités publiques que dans le respect des règles sur les marchés publics, n'échappent aux garanties procédurales propres à cette matière, en raison de l'application stricte d'une règle faisant primer la concession » (ATF 135 II 49, c. 4.4). Ainsi, il convient d'empêcher les cantons et les communes de détourner l'application des règles sur les marchés publics par le biais de l'octroi de concessions. Tel serait le cas notamment lorsque l'octroi d'une concession est subordonné à des contre-prestations du soumissionnaire, qui entrent clairement dans la notion de marché public et qui seraient dissociables de la concession elle-même.

4. Réglementations régissant les marchés publics

73 Nombre de discriminations à l'encontre des offreurs externes ont leur origine dans les prescriptions sur les appels d'offres. La matière est régie par les réglementations sur les marchés publics, et notamment l'art. 5 LMI.

C. Offre de prestations de travail

74 Le droit d'accès au marché comprend également le droit de tout salarié établi en Suisse de travailler sur l'ensemble du territoire national sans restriction. Le salarié établi dans un canton, respectivement dans une commune, ne doit pas être entravé dans sa faculté

d'offrir son travail sur le territoire d'un autre canton, respectivement d'une autre commune.

Pour l'essentiel, le droit du travail est **fédéral**. Il en va ainsi de la réglementation du contrat de travail, de la prévoyance professionnelle et, pour l'essentiel, de la protection de la santé des travailleurs. Sur un point ou un autre, ce droit peut contenir des rigidités ayant un effet sur la mobilité des travailleurs. Ces rigidités n'entraînent pas d'inégalité entre les salariés dans la mesure où le droit fédéral s'applique uniformément sur tout le territoire suisse. **75**

Certaines **réglementations cantonales** peuvent contenir des dispositions contraires à la liberté d'accès au marché du travail. Il en est ainsi des prescriptions qui s'opposent à la reconnaissance des certificats de capacité. Le salarié, comme l'indépendant, a droit à la reconnaissance par les autres collectivités publiques suisses de la formation qu'il a acquise dans son canton, respectivement sa commune. Les décisions qui soumettent l'exercice de l'activité pour laquelle il a été déclaré capable à des conditions plus élevées ou qui rendent l'exercice de son activité salariée plus difficile sont en principe illicites (voir LMI 4 N 11). **76**

Les lois cantonales en matière d'**impôts directs** échappent à la LMI (voir LMI 1 N 35 ss). Les taux d'imposition prévus par les lois fiscales peuvent pourtant dissuader un salarié de proposer ses prestations de travail dans une autre commune ou un autre canton. **77**

La liberté de mouvement des **travailleurs étrangers** à l'intérieur des frontières suisses est un cas délicat. Elle présuppose que l'on reconnaisse aux étrangers établis ou séjournant en Suisse la titularité des droits fondés sur la LMI. A notre avis, tout étranger autorisé à travailler en Suisse devrait pouvoir proposer ses services partout en Suisse, dans les limites de la législation fédérale sur les étrangers (voir LMI 1 N 105 ss). **78**

Depuis la révision de l'art. 1 III LMI en 2005, les **fonctionnaires** jouissent, comme les autres salariés, du droit d'offrir leurs prestations de travail partout en Suisse (voir LMI 1 N 119 ss). Font exception les fonctions liées à l'exercice de la puissance publique (Zwald, BGBM, p. 418, N 29). A titre d'exemple, un juge élu dans un canton qui n'exige pas le brevet d'avocat ne peut pas ensuite prétendre à être élu dans un canton qui l'exige. **79**

D. Droit d'établissement

Depuis l'introduction de l'art. 2 IV LMI, le droit d'accès au marché garanti par la LMI comprend deux éventualités, soit, d'une part, la fourniture transfrontalière de biens et de services et, d'autre part, l'établissement dans un autre lieu de Suisse afin d'y exercer une activité économique (voir aussi N 19 et 26 à 29). **80**

Avant la modification de la LMI, les garanties constitutionnelles de la liberté d'établissement (art. 24 Cst) et de la liberté économique (art. 27 Cst), en tant que celle-ci concerne les établissements commerciaux, ne permettaient pas aux particuliers de déduire un droit subjectif à l'application des règles en vigueur dans le canton de provenance (ATF 125 I 322 c. 2c, SJ 2000 I 52 ; Auer/Martenet, Espace économique, p. 287). Seul l'art. 4 LMI permettait d'invoquer la reconnaissance de la réglementation applicable au lieu de provenance, pour les cas où l'établissement dans un autre canton dépendait de la possession d'un certificat de capacité (ATF 125 I 322, c. 2c ; TF, arrêt du 15.05.2009, 2c 844/2008, c. 3.3.1). **81**

Le droit à l'application de la réglementation applicable au lieu du premier établissement est désormais expressément garanti par l'art. 2 IV LMI. Ce droit bénéficie avant tout aux **82**

prestataires de services qui doivent s'établir dans le marché qu'ils servent en raison de la nature même de leurs activités (ZWALD, BGBM, p. 420 s., N 38, n. 43, qui cite le restaurateur, l'opticien ou le psychothérapeute). Cela peut concerner également des professions qui pourraient rendre leurs services depuis un autre canton ; ainsi les avocats, seuls ou en société, dans toute la mesure où la LMI trouve encore application dans leurs cas.

83 Concrètement, s'agissant des activités soumises à autorisation, le droit d'établissement signifie que celui qui dispose d'une autorisation en force pour pratiquer dans son lieu de provenance doit pouvoir s'établir dans le lieu de destination et pratiquer sur la base de cette autorisation. De même, si le canton d'origine lui permet d'exercer son activité sans autorisation, ce dernier doit pouvoir s'établir et travailler librement dans son lieu d'établissement. Les droits ne sont cependant pas absolus et sont en particulier limités par l'art. 3 LMI. De ce point de vue, il est soutenu qu'une personne qui s'établit dans un canton qui requiert une autorisation de pratiquer doit s'annoncer à l'autorité, pour permettre à cette dernière de veiller aux intérêts garantis à l'art. 3 LMI (ZWALD, BGBM, p. 421, N 41). Ce devoir d'annonce est discutable, à tout le moins s'agissant d'activités soumises à autorisation dans le canton du premier établissement et sous réserve des cas où il est prévu, sous une forme ou une autre, dans une loi régissant l'activité en question.

84 Ce droit concerne l'accès au marché de l'offreur qui vient s'établir dans ledit marché, non les conditions d'exercice de l'activité économique considérée. Ainsi, toute personne s'établissant dans un canton autre que celui de son établissement initial devra, dans l'exercice de cette activité, se conformer à la législation locale applicable et notamment aux règles de police du commerce.

85 A juste titre, le TF donne un sens large au droit d'accès au marché. C'est ainsi qu'il a considéré qu'un tel droit comprenait l'organisation du travail et notamment le choix des subordonnés. A cet égard, le TF a estimé que l'exigence pour les avocats établis dans le canton de Vaud de disposer de cinq ans de pratique, dans le canton, pour pouvoir former des avocats stagiaires constituait une restriction à la liberté d'établissement (ATF 134 II 329). Une telle pratique ne tenant aucun compte de l'expérience acquise par l'avocat dans d'autres cantons apparaît comme disproportionnée au sens de l'art. 3 LMI.

86 L'introduction du droit d'établissement a suscité des inquiétudes, voire des critiques. Il crée certes des perturbations dans le champ du fédéralisme, en ce qu'il permet à des personnes qui viennent s'établir dans un canton de se « soustraire » au régime d'autorisation dudit canton, en invoquant les effets « extraterritoriaux » du régime applicable à l'exercice de leur activité dans le canton dont ils viennent. Les préoccupations exprimées sont de plusieurs ordres. Le travail des autorités cantonales de surveillance se complique, dans la mesure où ces dernières sont conduites à faire des appréciations sur des sujets qu'elles ne maîtrisent pas, notamment lors de l'examen du caractère équivalent ou non des autorisations et/ou des certificats de capacité délivrés par des cantons tiers (RADCZUWEIT, Sacrificio, p. 398 s., s'agissant des autorités de santé publique). Les offreurs locaux sont discriminés dans les cas où le nouvel établi est favorisé par le régime d'autorisation plus libéral du canton où il pratiquait à l'origine (de ce point de vue, voir les développements de ZWALD, BGBM, p. 422, N 44, n. 50, sur l'application du principe d'égalité de traitement face aux offreurs venant de l'extérieur). Aux fins d'éviter une discrimination négative du type évoqué ci-avant, les cantons seront tentés de réduire les exigences pour exercer les professions qu'ils réglementent, diminuant ainsi la protection des clients, patients ou consommateurs des services ou produits concernés sur leur territoire, et créant par là-même un nivellement par le bas (RADCZUWEIT, Sacrificio, p. 399 ; DIEBOLD, Herkunfts-

prinzip, p. 150). Une nouvelle forme de « tourisme » va se développer, qui conduira les jeunes sortant des écoles à s'établir dans un canton qui connaît un régime libéral (voire qui n'exige pas d'autorisation) dans le métier qu'ils ont choisi de pratiquer (DIEBOLD, Herkunftsprinzip, p. 151). Ces considérations – qui ne sont pas toutes de même importance – méritent d'être relativisées dans un pays aussi homogène que la Suisse. A notre sens, elles doivent céder le pas face à l'effet bénéfique que l'introduction du droit d'établissement ne manquera pas d'avoir sur la concurrence dans le marché intérieur.

V. Mandat du législateur

A. Généralités

87 Les collectivités et organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent la liberté d'accès au marché (art. 2 II LMI).

88 L'art. 2 LMI n'oblige pas uniquement les autorités publiques à s'abstenir de tout acte qui pourrait avoir pour effet de violer les droits accordés aux particuliers par la LMI. Il leur impose également une **obligation positive** : veiller à ce que leurs actes garantissent les droits individuels de la LMI. Ce devoir de vigilance porte sur l'activité réglementaire à venir, mais aussi **passée**. Il implique que les réglementations déjà adoptées soient modifiées de manière à être compatibles avec la liberté d'accès au marché. Concrètement, l'art. 2 II LMI favorise l'élimination des obstacles à la mobilité des marchandises, des services et des personnes, sans attendre les procédures contentieuses.

89 A noter qu'une autre obligation positive a été mise à charge des cantons et des communes suite à l'adoption de l'art. 2 VII LMI : procéder à un appel d'offres lors de la transmission de l'exploitation d'un monopole à des entreprises privées.

B. Destinataires

90 Les destinataires du mandat législatif sont la **Confédération**, les **cantons**, les **communes** et les **autres organes assumant des tâches publiques** (art. 2 II LMI). Par organes assumant des tâches publiques, il faut entendre les personnes de droit public fédéral ou cantonal ainsi que les particuliers auxquels a été délégué un pouvoir de puissance publique (voir LMI 1 N 55 ss).

91 Toute autorité qui exerce un pouvoir législatif, réglementaire ou décisionnel ayant des effets sur une activité économique est visée par l'art. 2 II LMI, y compris le législateur fédéral. Conformément au principe de la coordination des législations, le législateur fédéral doit en particulier veiller à la concrétisation de la liberté d'accès au marché dans les lois fédérales (Mess-LMI, p. 1244). Cela étant, les prescriptions légales fédérales dérogeant au libre accès des offreurs externes l'emportent sur la LMI (voir LMI 1 N 49).

C. Contenu

92 L'art. 2 II LMI concerne essentiellement l'activité réglementaire des autorités publiques. Avant tout, les collectivités publiques et les organes assumant des tâches publiques doivent s'abstenir de manière absolue d'adopter des prescriptions qui consacrent expressément des discriminations entre offreurs locaux et offreurs externes.

93 De manière plus générale, les autorités qui réglementent des matières touchant aux activités lucratives doivent exercer leurs compétences de manière à ne pas entraver la liberté d'accès au marché des offreurs établis en Suisse. C'est une limite négative à l'exercice de leurs compétences (voir LMI 1 N 61 ss). Elle implique de l'autorité qu'elle prenne en compte les prescriptions édictées par les autres collectivités en la matière afin de comparer les conditions d'accès à un marché donné (dans ce sens, MARTENET/RAPIN, Marché, p. 38). La prise en considération des autres droits évite d'imposer, pour l'exercice d'une activité lucrative donnée, des conditions exorbitantes par rapport à celles en vigueur dans les collectivités voisines. L'autorité a tout intérêt à observer tôt dans le processus législatif ou réglementaire le principe d'équivalence, dans la mesure où seuls les offreurs locaux devront satisfaire aux conditions exorbitantes qui ne peuvent être justifiées par les critères de l'art. 3 LMI. A remarquer que, lorsqu'une collectivité impose des exigences incompatibles avec la liberté d'accès au marché, elle crée du même coup un **avantage indirect pour l'offreur externe**.

94 La LMI imposait-elle des obligations particulières aux collectivités en ce qui concerne les activités économiques impliquant un usage accru du domaine public ? Il existe un droit conditionnel à l'usage accru du domaine public à des fins notamment commerciales, avec la conséquence qu'une autorisation ne peut être refusée que dans le respect des droits fondamentaux, en particulier de l'égalité (art. 8 Cst) ainsi que de la liberté économique (art. 27 Cst). Lorsque la place à disposition est limitée, la collectivité publique doit opérer un choix selon des critères objectifs. Selon le TF, la LMI ne dicte pas les choix à opérer lorsque la place disponible est insuffisante. La collectivité doit cependant tenir compte, autant que faire se peut, du principe de non-discrimination énoncé à l'art. 3 LMI (ATF 132 I 97, c. 2.2). Ainsi, une réglementation communale qui prévoit l'attribution des emplacements de vente lors d'une foire par priorité aux commerçants de la commune, de la région, du canton ou d'un groupe de cantons est contraire à la liberté économique et aux principes consacrés par la LMI, car privilégiant systématiquement les mêmes groupes de candidats (qui en l'espèce étaient concurrents directs), et ainsi fausse la concurrence. Il est à relever que le TF a limité cette appréciation à la préférence donnée aux sociétés et marchands d'une région, d'un canton ou de groupes de cantons. La question a en revanche été laissée ouverte s'agissant de la préférence donnée aux sociétés et marchands du village. Pour le TF, une telle préférence paraît admissible, dans une certaine mesure, pour une manifestation locale, dès lors qu'il peut y avoir un intérêt public à la présence de commerçant locaux, afin d'assurer le succès et la fréquentation de la foire (ATF 132 I 97, c. 3).

95 Les autorités peuvent **prendre avis** auprès de la Comco en cas de doute sur la compatibilité de leurs pratiques ou de leurs prescriptions avec la LMI (art. 10 I LMI). Une telle initiative apparaît particulièrement opportune au stade de l'élaboration des réglementations.

D. Exécution

96 Les collectivités publiques et les autres organes assumant des tâches publiques disposaient d'un **délai de deux ans** à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour adapter leurs prescriptions à celles de la LMI (art. 11 I LMI). A l'exception des lois fédérales spéciales, toutes les prescriptions contraires aux dispositions de droit matériel contenues dans la LMI doivent avoir été modifiées au 1er juillet 1998.

97 La LMI consacre ainsi une période transitoire que les collectivités publiques et les autres organes assumant des tâches publiques devaient mettre à profit pour revoir et, le cas

échéant, adapter leurs réglementations. Cette période ne les mettait cependant pas à l'abri d'une action d'un particulier fondée sur la liberté d'accès au marché (voir N 15).

L'échéance du 1er juillet 1998 est un **délai d'ordre**. La LMI ne sanctionne pas celles des autorités publiques qui n'auraient pas procédé dans la période de transition aux modifications requises. L'exercice des droits individuels apparaît comme la seule véritable sanction de l'obligation de l'art. 2 II LMI. **98**

Art. 2 VII

[7] 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.

[7] Die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private hat auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

[7] Il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali si svolge su concorso e non deve discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera.

Bibliographie

Grisel, Liberté ; Moor, Droit administratif III ; Moor/Poltier, Droit administratif II ; BSK KG-P. Münch, ad. Art. 3 Abs. 1 ; Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II ; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht ; Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht. ***Eg***. A. Auer/V. Martenet, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur la marché intérieur, Avis de droit complémentaire, in : DPC 2004/1, p. 314 ss *(Monopoles)* ; M. Beyeler, In-house-Verbaben, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli, Marchés Publics 2010, Zurich 2010, p. 17 ss ; M. Beyeler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli, Marchés Publics 2008, Zurich 2008, p. 65 ss *(Geltungsbereich)* ; J. Dubey, Le concours en droit des marchés publics. La passation des marchés, de conception en particulier d'architecture et d'ingénierie, thèse, Fribourg 2005 *(Concours)* ; D. Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 2006 p. 203 ss *(Concessions)* ; M. Fetz, Die funktionale Ausschreibung, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli, Marchés Publics 2010, Zurich 2010, p. 101 ss *(Ausschreibung)* ; J. Fournier, Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques, Ouverture – Marchés publics – Protection de l'environnement, thèse, Fribourg 2002 *(Concessions)* ; A. Fuchs/M. Morgenbesser, Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen ?, PJA 2010, p. 1099 ss *(Ausschreibungspflicht)* ; I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011 ; I. Häner, Das Ende des Konzessionsverhältnisses, in : I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011, p. 89 *(Konzessionsverhältnisses)* ; M. Hanhardt, La concession de service public, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, thèse, Lausanne 1977 *(Concession)* ; P. Hettich/S. Bühler, Die Konzession als überholte Rechtsfigur ?, in : I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011, p. 105 ss *(Konzession)* ; R. Jagmetti, Energierecht, SBVR, vol. VII, Bâle 2005 *(Energierecht)* ; D. Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen – Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, thèse, Berne 2004 *(Konzessionen)* ; D. Kunz, Die Konzessionserteilung, in : I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011, p. 27 ss *(Konzessionserteilung)* ; M. Mader, Financement des hôpitaux et des soins : éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in : Jusletter du 16 août 2010 *(Hôpitaux)* ; V. Martenet, La notion de service public en droit suisse, in : T. Tanquerel/F. Bellanger (édit.), Le service public, Genève/Bâle/Zurich 2006, p. 9 ss (*Service public*) ; A. W. Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, thèse, Berne 2011 *(Grund)* ; T. Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Berne 1994 ; E. Poltier, Les pouvoirs adjudicateurs, PJA 2008, p. 1107 ss (*Pouvoirs adjudicateurs*) ; S. Rechsteiner/M. Waldner, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitäts-

versorgung, PJA 2007, p. 1288 *(Konzessionverträge)* ; A. Rey/B. Wittwer, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, PJA 2007, p. 585 ss *(Ausschreibungspflicht)* ; L. Richer, L'Europe des marchés publics, Marchés publics et concessions en droit communautaire, Paris 2009 *(Concessions)* ; L. Richer, Droit des contrats administratifs, 7e éd., Paris 2010 (Contrats) ; E. Riva, Konzessionsverhältnis und Leistungsstörung, in : I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011, p. 51 ss *(Konzessionsverhältnis)* ; L. Roussianos-Moayedi, Les concessions de services de télécommunication, thèse, Lausanne 2002 *(Concessions)* ; L. Roussianos, Développement des télécommunications : communes et opérateurs dans l'impasse ?, DC 2008/1 *(Opérateurs)* ; C. Ruey, Monopoles cantonaux et liberté économique, thèse, Lausanne 1988 *(Monopoles)* ; J. Schlaeppi, La rémunération du notaire de tradition latine, thèse, Lausanne 2009 *(Notaire)* ; D. Sprumont, Le service public et les services d'intérêt public : l'exemple de la santé, in : T. Tanquerel/F. Bellanger (édit.), Le service public, Zurich/Genève 2006, p. 161 ss *(Santé)* ; H. R. Trüeb/D. Zimmerli, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, p. 113 *(Ausschreibungspflicht)* ; F. Uhlmann, Verkehrsverwaltungsrecht, in : G. Müller (édit.), Verkehrsrecht, SBVR, vol. IV, Bâle 2008 ; B. Waldmann, Staatliche Monopole in der Schweiz – Eine Standortbestimmung aus verfassungsrechtlicher Perpektive, in : Annuaire ASDPO, 2007, p. 75 *(Monopole)* ; B. Waldmann, Die Konzession – Eine Einführung, in : I. Häner/B. Waldmann (édit.), Die Konzession, Zurich 2011, p. 1 ss *(Konzession)*; R. H. Weber, Rundfunkrecht, Berne 2008 *(Rundfunkrecht)* ; R. H. Weber/B. Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Berne 2005 *(Elektrizitätswirtschaftsrecht)* ; R. H. Weber/B. Kratz, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Berne 2009 *(Ergänzungsband)*.

Plan N

I. Généralités . . . 1
A. Présentation . . . 1
B. Origine de la règle . . . 5
C. Contexte . . . 8
D. Le cadre constitutionnel . . . 10
II. Le champ d'application de l'article 2 VII LMI . . . 13
A. L'existence d'un monopole de l'Etat . . . 13
1. La notion de monopole d'Etat . . . 13
B. Les activités économiques de l'Etat ; les tâches publiques au sens étroit . . . 15
1. La distinction entre monopoles fédéraux et cantonaux (ou communaux) . . . 18
2. Quelques catégories de monopoles . . . 19
a) Les monopoles de droit . . . 19
b) Le monopole de fait . . . 21
c) Les conséquences de la distinction . . . 23
C. La transmission de l'exploitation du monopole – ou concession . . . 24
1. Généralités . . . 24
2. La concession. Précisions terminologiques ; délimitations . . . 27
a) Aperçu de droit comparé . . . 27
b) Le concept de concession en droit suisse . . . 32
c) Quelques délimitations . . . 37
3. La transmission du monopole au secteur privé . . . 44
4. Quelques questions particulières . . . 46
a) Article 2 VII LMI et lois spéciales . . . 46
b) Exceptions . . . 49
c) Le renouvellement, le transfert de la concession . . . 50
d) Les marchés en aval . . . 53
III. Les exigences posées à l'article 2 VII LMI . . . 55
A. Généralités . . . 55
B. L'exigence d'une mise en concurrence . . . 59
1. L'appel d'offres en droit des marchés publics . . . 59
2. La mise en concurrence en matière de concessions . . . 62
C. Le respect du principe de non-discrimination . . . 65
1. Généralités . . . 65
2. Le cercle des « soumissionnaires » . . . 66

N
3. Les critères de choix du concessionnaire 70
a) Remarques générales 70
b) Les lois spéciales 74
IV. Brève appréciation 77

I. Généralités

A. Présentation

L'art. 2 I LMI traite de la liberté d'accès au marché et confère ainsi aux acteurs économiques privés le droit d'exercer leurs activités sur l'ensemble du territoire suisse. Avec l'art. 2 V LMI, on change de registre ; cette disposition traite au contraire des **monopoles étatiques** des cantons et des communes, que ces collectivités publiques peuvent d'ailleurs exercer elles-mêmes ; la règle concerne toutefois l'hypothèse d'une **transmission** de l'exploitation d'un tel monopole à **des entreprises privées**. On sort ainsi du champ de la liberté économique ; généralement, on en déduit d'ailleurs qu'il n'y a pas de droit à une telle transmission, qui prend la forme d'un acte appelé « concession ». **1**

L'art. 2 VII LMI **vise** néanmoins à réintroduire **une certaine concurrence** en « amont », avant l'octroi de la concession. Il pose à cet égard deux exigences, la première de nature procédurale, la seconde relevant du droit matériel. **2**

Cette disposition prévoit ainsi tout d'abord une **procédure d'appel d'offres**; en effet, seule une telle mise au concours permet aux entreprises intéressées d'avoir connaissance d'un tel marché et par conséquent de présenter leurs offres, dans le but de l'emporter sur des concurrents. **3**

L'art. 2 VII LMI prévoit en outre, sur le plan matériel, que la collectivité publique, lors d'une telle opération, doit respecter un **principe de non-discrimination** des offreurs externes par rapport aux offreurs internes (par offreurs externes, il faut entendre les entreprises dont le siège se trouve en Suisse et qui bénéficient des règles sur le marché intérieur). **4**

B. Origine de la règle

L'art. 2 VII LMI a été introduit lors de la révision de 2005, entrée en vigueur le 1er juillet 2006. Elle trouve son origine dans un avant-projet élaboré par le SECO, qui contenait une disposition portant sur les monopoles cantonaux et communaux ; les professeurs Auer et Martenet ont délivré à ce propos un avis de droit (AUER/MARTENET, Monopoles). Le premier alinéa du projet prévoyait de limiter la possibilité pour les cantons et les communes de créer ou de maintenir des monopoles ; désormais, seuls seraient admis les monopoles justifiés par des motifs tirés de la sécurité publique ou de l'efficience économique, pour autant en outre qu'ils respectent le principe de la proportionnalité. L'avis de droit est toutefois parvenu à la conclusion que cette disposition était trop restrictive par rapport à l'interprétation qu'il convenait de donner à l'art. 94 III Cst ; cet aspect du projet a donc été abandonné. **5**

Cette disposition de l'avant-projet précisait en outre que les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse ne devaient pas être désavantagées lors de l'octroi de concessions. Sur cet aspect-là, l'avis retient qu'une telle règle serait superflue (AUER/MARTENET, Monopoles, p. 324 ss). **6**

7 Le projet présenté par le Conseil fédéral aux Chambres, lors de la révision de 2005, comportait déjà une disposition dont la teneur était pratiquement identique à celle de l'art. 2 VII LMI (art. 2 VI projet) ; elle résultait d'une suggestion, lors de la procédure de consultation, émanant de la Comco et d'economiesuisse (Mess-rév. LMI, p. 436). En substance, elle prévoyait un appel d'offres pour la transmission de l'exploitation de monopoles cantonaux ou communaux et posait le principe de non-discrimination dans le cadre d'une telle opération. Elle comportait donc un élément supplémentaire, sur le terrain de la procédure, par rapport à l'avant-projet évoqué plus haut. Cependant le Conseil fédéral ne s'étendait guère sur la justification de l'introduction de cette nouvelle règle dans la LMI ; tout au plus précisait-il que l'obligation d'appel d'offres devait renforcer la concurrence et créer « un véritable marché intérieur des activités soumises à concession » (Mess-rév. LMI, p. 438 et 441).

C. Contexte

8 On a déjà relevé que l'art. 2 VII n'est guère à sa place dans le corps de l'art. 2 LMI. Cette disposition, qui prévoit un droit d'accès au marché, constitue une règle générale – et centrale – de la LMI, complétée par des dispositions spéciales prévues aux art. 4 et 5 de la loi (certificats de capacité cantonaux ; marchés publics). Il aurait été préférable d'adopter une autre disposition spécifique, propre à l'octroi de concessions de monopole ; elle aurait d'ailleurs pu s'insérer après l'art. 5 précité, cela aurait eu l'avantage de mettre en évidence à la fois la parenté et les différences dans les régimes propres à l'adjudication des marchés publics et à l'octroi de concessions (sur ces questions N 41).

9 A l'art. 2 VII LMI, il est question de monopoles. On se trouve dès lors en présence d'une hypothèse typique entrant dans les prévisions de l'art. 3 I/b LCart ; en effet, un monopole (en tous les cas un monopole de droit ; sur les différents types de monopoles, N 19 ss) suppose l'existence de prescriptions qui, sur un marché donné, excluent de la concurrence certains biens ou services et qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (cf. LCart 3 I N 42 s. ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 I N 18 s.). On notera cependant que la tendance est de retenir à cet égard une application restrictive de l'art. 3 I LCart ; autrement dit, l'exclusion des exigences découlant de la LCart n'intervient que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de la tâche publique (dans ce sens, cf. LCart 7 N 103 s. ; la notion de tâche publique de l'art. 3 I LCart doit être comprise dans un sens large ; voir au surplus N 15 ss). Quoi qu'il en soit, il y a donc lieu d'**articuler** de manière adéquate la règle de l'art. **2 VII LMI** et les dispositions de la **LCart**, qui sont en principe écartées par l'existence d'un monopole (pour plus de détails sur la portée de l'art. 3 I LCart, cf. LCart 3 I N 34 ss et 44 ss). Cela étant, même si l'existence d'un monopole exclut les mécanismes ordinaires du marché, le législateur a estimé adéquat d'introduire des éléments de concurrence « en amont », soit dans la procédure d'octroi des concessions.

D. Le cadre constitutionnel

10 On a déjà évoqué cet aspect (*supra*, N 6). En effet, la règle, sur le plan matériel, confirme le **principe de non-discrimination** qui découle déjà des dispositions du droit constitutionnel (art. 8 et 27 Cst). Par ailleurs, sous son aspect procédural, l'art. 2 VII LMI prévoit un régime, la mise au concours, qui vise à renforcer la mise en œuvre du principe matériel précité. Dans cette mesure, cette règle du droit fédéral n'est guère discutable, quand bien

même elle entraîne une limitation pour le législateur cantonal (REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, p. 587, parviennent à la même conclusion sur la base d'une argumentation fondée sur l'art. 95 Cst, qui permet à la Confédération de créer un marché intérieur).

Les **monopoles étatiques** (à tout le moins de droit) constituent des **dérogations au principe de la liberté économique**, au sens de l'art. 94 IV Cst. Les monopoles fédéraux doivent ainsi se fonder sur une base constitutionnelle, qui peut être implicite. Quant aux monopoles cantonaux de nature historique (ou régales), ils sont admissibles vu la teneur de l'art. 94 IV Cst ; la jurisprudence admet par ailleurs que les cantons sont encore habilités, dans le cadre de la nouvelle constitution, à introduire ou à maintenir des monopoles, pour autant qu'ils reposent sur des motifs de police, de politique sociale ou encore des motifs ayant trait à l'environnement, alors que des monopoles visant des fins de politique économique sont exclus (ATF 132 I 282, c. 3.3 ; ATF 128 I 3, c. 3a ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 421 s. ; AUER/MARTENET, Monopoles, p. 318 s. ; cette solution constitue d'ailleurs une confirmation de la jurisprudence rendue précédemment sous l'empire de l'ancienne constitution). Il reste que la création d'un monopole constitue une restriction d'une garantie constitutionnelle au sens de l'art. 36 Cst, de sorte que les conditions posées par cette disposition – base légale, intérêt public, proportionnalité – doivent être respectées. On peut cependant nuancer l'affirmation s'agissant de monopoles de fait, qui n'ont pas à reposer sur une base légale formelle (N 21). **11**

La transmission d'un monopole à une entreprise privée suppose un acte positif en sa faveur. Suivant une jurisprudence maintes fois confirmée, les garanties constitutionnelles ne donnent pas droit à des actes positifs de l'Etat (pour un exemple ATF 117 Ib 387, c. 6c) ; un particulier ne saurait donc déduire de la liberté économique **aucun droit à l'octroi d'une concession**. Toutefois, certains auteurs, qui s'appuient sur la jurisprudence reconnaissant un droit conditionnel à l'octroi d'une autorisation d'usage accru du domaine public (voir p. ex. ATF 105 Ia 91, c. 3), voudraient que cette solution soit transposée à l'octroi de concessions (dans ce sens, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 422 s. et les réf. ; KUNZ, Konzessionen, p. 71 ss ; elle vaut d'ailleurs, selon ces auteurs, pour toutes les concessions et non pas seulement les concessions d'usage privatif du domaine public ; WALDMANN, Konzession, p. 24 s., plus nuancé ; jusqu'ici, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas suivi cette suggestion : ATF 119 Ia 390, c. 9 ; sur les concessions d'usage privatif, voir l'état de la question dressé par MOSER, Grund, p. 276 ss). Il reste que la concession porte fréquemment sur des biens en quantité limitée, de sorte que l'autorité concédante ne peut pas respecter strictement le principe de l'égalité de traitement, tout en restant tenue par la règle de la prohibition de l'arbitraire ; dès lors, le droit positif, même s'il fixe des critères d'octroi, précise généralement qu'il n'y a pas de droit à l'octroi d'une concession (voir à ce propos TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 425 s.). **12**

II. Le champ d'application de l'article 2 VII LMI

A. L'existence d'un monopole de l'Etat

1. La notion de monopole d'Etat

L'application de l'art. 2 VII LMI suppose l'existence de monopoles cantonaux ou communaux, soit de monopoles d'Etat. Cette règle fait référence ici non pas à une notion économique de monopole, mais à une **notion juridique**. Le monopole d'Etat « se définit **13**

comme la compétence de l'Etat, garantie (directement ou non) par le droit public, d'exercer seul une activité économique, à l'exclusion de toute activité concurrente » (RUEY, Monopoles, p. 43). On se trouve donc en présence d'une compétence exclusive de l'Etat d'exercer une activité déterminée ; celle-ci repose en outre sur le droit public. Tel est le cas des différentes catégories de monopoles examinés plus loin (N 19 ss), soit les monopoles de droit, mais aussi – malgré leur dénomination – les monopoles de fait.

14 On réservera ici la notion de monopole à des **activités de nature économique** de l'Etat, par opposition à d'autres activités qu'il déploie par ailleurs, mais qui relèvent plutôt de la puissance publique et qui n'apparaissent pas comme une forme d'engagement dans le processus économique (ces dernières activités sont d'ailleurs mentionnées à l'art 1 III LMI ; voir sur ce point le texte allemand de cette disposition ; TF, arrêt du 09.08.2011, 2C_121/2011, c. 3, rendu en application de l'art. 1 III LMI, à propos des experts judiciaires). La distinction entre ces deux catégories d'activités est extrêmement délicate et mérite ici quelques développements (sur cette difficulté, voir entre autre RUEY, Monopoles, p. 35 ss ; WALDMANN, Monopole, p. 76 s.).

B. Les activités économiques de l'Etat ; les tâches publiques, au sens étroit

15 On notera tout d'abord qu'il y a ici une certaine **convergence** dans les questions à résoudre au titre des **art. 2 LCart et 2 VII LMI**. La première de ces dispositions implique de déterminer si l'Etat ou l'une de ses entités – pour savoir si l'un ou l'autre peut être considéré comme une entreprise au sens de cette disposition – exerce ou non une activité économique (pour une analyse détaillée de cette règle, cf. LCart 2 N 36 ss et plus spécialement, à propos de la nature de l'activité en cause, N 42 ss). Et l'on vient de voir qu'il faut réserver également la notion de monopole (par opposition à celle de tâche publique au sens étroit) à des activités économiques. Si la notion d'activité économique doit être interprétée de la même manière dans ces deux règles, il en découlerait que les activités d'un monopole, qui sont de nature économique au sens de la seconde disposition, entrent dans le champ d'application de la loi sur les cartels à teneur de l'art. 2 LCart (mais pourraient bénéficier du régime de l'art. 3 I LCart ; sur cette disposition, voir *supra* N 9).

16 La notion même d'activité économique est extrêmement large et mérite concrétisation ; elle appelle d'ailleurs le recours à d'autres critères complémentaires (voir ceux proposés ad LCart 3 N 42). Il en va ainsi de l'exercice de la **puissance publique**, qui constitue un indice pour écarter la nature économique de l'activité de l'Etat. La police et la justice, par exemple, constituent des activités traditionnelles de l'Etat où celui-ci exerce son « monopole » de la puissance publique ; ces deux catégories d'activités ne sauraient cependant être qualifiées d'économiques, ni dès lors relever de la notion de monopole, au sens de l'art. 2 VII LMI (WALDMANN, Monopole, p. 77 ; WALDMANN, Konzession, p. 14 ss ; peu importe d'ailleurs qu'il existe des sociétés de sécurité privée ou que l'arbitrage puisse être considéré comme une forme de justice privatisée). Il faut considérer de même que l'enseignement constitue une tâche publique de base de l'Etat, débouchant sur la délivrance de titres sanctionnant une formation reconnue, et non une activité économique, cas échéant susceptible de faire l'objet d'un monopole. C'est dire que les activités relevant de l'administration de prestations (par opposition à l'administration de police) ne sauraient être rattachées d'emblée aux activités économiques de l'Etat. Au même titre que pour l'enseignement, l'Etat accomplit une véritable tâche publique au sens étroit (et non une activité économique) lorsqu'il met en place un régime d'aide sociale.

La distinction reste néanmoins délicate, comme le montrent les quelques **illustrations** qui suivent : **17**

– Le législateur privé fédéral a prévu l'exigence de la forme authentique pour reconnaître la validité de certains actes (tel un transfert immobilier) ; cela suppose le concours d'un officier public. La question se pose ainsi de savoir si cette intervention de l'Etat, que ce dernier peut confier à des tiers (des **notaires indépendants**) doit ou non être considérée comme une activité économique et donc être qualifiée de monopole. L'analyse usuelle retient cependant qu'il s'agit d'un acte qui relève de la juridiction gracieuse et qui peut donc être rattaché à l'exercice – au sens large du terme – de la justice ; la qualification devrait alors être celle d'une tâche publique au sens étroit, qui ne saurait donc relever d'un monopole au sens de l'art. 2 VII LMI (voir à ce sujet, en dernier lieu, WALDMANN, Konzession, p. 15, et SCHLAEPPI, Notaire, p. 3 ; ce dernier évoque cependant également, à tort et sans mentionner la distinction ici en cause, la possibilité d'une concession en faveur du notaire indépendant, ce qui conduirait plutôt à la réponse inverse ; ATF 133 I 259, c. 2.2 ; pour un exemple analogue : art 183 II CPP, qui permet de désigner des experts judiciaires permanents) ;
– Par ailleurs, l'**enseignement universitaire**, débouchant sur la délivrance de titres officiels, apparaît lui aussi comme relevant de la notion d'une tâche publique au sens étroit ; dans le cas contraire, il faudrait considérer que, en tant qu'activité économique relevant de la souveraineté cantonale, il fait l'objet d'un monopole cantonal, susceptible d'être concédé à des acteurs privés (on sait qu'il existe des institutions privées reconnues pour dispenser un enseignement universitaire, ainsi l'Institut des Hautes Etudes en Administration Publique à Lausanne, IDHEAP ; on rencontre également une foule d'organismes privés actifs dans le domaine de la formation professionnelle, qui doivent aussi être considérés comme des délégataires de tâches publiques et non comme des concessionnaires de monopole) ;
– Le domaine de la **santé** soulève des questions similaires. Les tâches de police sanitaire, il est vrai, ne constituent pas des activités économiques au sens évoqué plus haut (voir à ce propos SPRUMONT, Santé, p. 166 ss ; voir aussi TF, arrêt du 4.7.2003, 2A.450/2002, qui avait trait à une délégation de tâches de police sanitaire à un organisme privé). La question se pose en revanche dans le domaine des soins hospitaliers, plus précisément pour les soins dispensés dans des hôpitaux relevant de la planification hospitalière cantonale ; néanmoins, il s'agit-là – en première analyse en tout cas – d'une activité de nature économique (quand bien même la jurisprudence a fréquemment parlé à cet égard de tâches publiques, utilisant cette notion dans un sens large, couvrant les activités économiques : ATF 132 V 6, c. 2.5.4 ; ATF 121 I 218, c. 3c ; voir également SPRUMONT, Santé, p. 169 ss et les références citées) ;
– Ce problème surgit également pour l'exploitation de l'**assurance-maladie obligatoire** par les caisses-maladie (le Tribunal fédéral y a vu parfois une activité de nature économique, susceptible de déboucher sur un monopole étatique avec un régime de concessions : dans ce sens ATF 109 V 207, c. 4d/bb ; *contra* : MOOR, Droit administratif III, p. 121) ; il convient plutôt de retenir ici une tâche publique, au sens étroit, déléguée aux caisse-maladie, compte tenu des prérogatives de puissance publique dont elles bénéficient.

1. La distinction entre monopoles fédéraux et cantonaux (ou communaux)

Généralement, cette distinction renvoie au premier chef à une **question de compétence**. En d'autres termes, il s'agit de se demander si la Constitution fédérale autorise expressé- **18**

ment, voire implicitement, la Confédération à créer un monopole ; dans l'affirmative, l'on se trouve en présence d'un monopole fédéral. A défaut, le monopole ne pourra être que cantonal, voire communal, compte tenu de la compétence générale des cantons fondée sur l'art. 3 Cst (RUEY, Monopoles, p. 75). La question soulève parfois quelques difficultés, en présence de compétences concurrentes ; il s'agit alors de déterminer à quelle collectivité appartient le pouvoir de disposer des biens en cause ou de créer le monopole. Concrètement, même si la Confédération a la compétence de légiférer en matière de chasse et de pêche, il reste que le pouvoir de disposition sur les biens en cause (gibier, poisson) appartient aux cantons ; ainsi, dans l'hypothèse où le droit cantonal connaît une régale de la chasse ou de la pêche, il s'agit alors d'un monopole cantonal et non fédéral (RUEY, Monopoles, p. 74 ss ; GRISEL, Liberté, p. 415 s. qui cite également le domaine de l'assurance maladie qui, dans le régime antérieur, constituait un monopole fédéral, pour autant que le droit cantonal prévoie une obligation d'assurance). Opérée sur la base d'un tel critère, la distinction vise principalement à analyser la licéité d'un monopole déterminé au regard du cadre constitutionnel ; en matière de monopoles cantonaux, il s'agit notamment de vérifier si l'existence de celui-ci peut se rattacher à l'art. 94 IV Cst ou s'il se justifie par des intérêts publics suffisants et qu'il est par ailleurs conforme au principe de la proportionnalité. Dans le cadre de l'art. 2 VII LMI, ce critère de distinction peut être repris dans une large mesure, du moins lorsqu'il conduit à retenir l'existence d'un monopole cantonal (ou communal). Il est cependant inadéquat dans l'hypothèse où le monopole résulte du droit fédéral, mais que ce dernier en confie l'exercice aux cantons (qui parfois peuvent le déléguer aux communes). Tel est le cas dans le domaine de la gestion des déchets où l'art. 31*b* I LPE, soit une règle de droit fédéral, charge les cantons de l'élimination des déchets urbains ; la jurisprudence en a déduit que cette règle crée un monopole en faveur des cantons, ceux-ci pouvant en déléguer l'exercice aux communes (ATF 125 II 508, c. 5 ; ATF 123 II 359, c. 5). Dans une telle hypothèse, il est plus conforme à l'esprit de l'art. 2 VII LMI de rechercher quelle est la collectivité publique qui a la compétence de gérer le monopole en cause, plutôt que de se référer à la répartition constitutionnelle des compétences entre Confédération et cantons ; en raisonnant ainsi dans le cadre de l'art. 31*b* I LPE, on se trouve en présence d'un monopole cantonal ou communal, quand bien même celui-ci repose sur une disposition du droit fédéral. Dans la mesure où l'on retient un monopole en faveur du secteur hospitalier public (N 17 et 39), il s'agira également d'un monopole cantonal ou communal, bien qu'il doive être rattaché à l'art. 39 LAMal, soit une règle de droit fédéral. Ce sont en effet les cantons qui ont la maîtrise de ce monopole, par le jeu de la planification hospitalière cantonale.

2. Quelques catégories de monopoles

a) Les monopoles de droit

19 La doctrine s'accorde à retenir l'existence d'un monopole de droit lorsqu'une norme réserve à l'Etat l'exercice d'une activité économique déterminée (monopole de droit **direct**) ; il en va de même lorsque la règle de droit, sans attribuer expressément à l'Etat l'exclusivité d'une telle activité, oblige l'administré à avoir recours à un service public pour obtenir un bien ou des prestations données (monopole de droit **indirect**; voir entre autres RUEY, Monopoles, p. 121 ss).

20 La régale du transport des personnes, la régale des postes, qui sont des monopoles fédéraux, ainsi que le monopole des ramoneurs – monopole cantonal ou communal – constituent des exemples de la première catégorie ; l'activité en cause est en effet réservée à la

Confédération, aux cantons, voire aux communes. L'assurance-incendie relève en revanche de la seconde catégorie ; en effet, les administrés assujettis à l'obligation d'assurance sont tenus de le faire auprès de l'établissement cantonal d'assurance incendie (cette forme de monopole est en effet connue dans la plupart des cantons suisses : AG p. ex., ATF 124 I 11 ; sur les différents exemples qui précèdent, WALDMANN, Monopole, p. 78 s.). On notera que le monopole de droit indirect, même s'il autorise en apparence l'exercice de l'activité en cause par des entreprises privées, dissuade les administrés de contracter avec elles et prive dès lors cette activité de tout intérêt économique réel (sur cette distinction, voir aussi RUEY, Monopoles, p. 121 ss, spéc. 134).

b) Le monopole de fait

On admet qu'il y a un monopole de fait lorsque l'Etat, par la **maîtrise** dont il dispose **sur le domaine public**, est en mesure de se réserver une tâche, une activité qui nécessite impérativement un usage (privatif) de ce domaine (GRISEL, Liberté, p. 417 s.). Dans un tel cas, il n'existe pas nécessairement de norme portant directement sur l'activité concernée ; en revanche, ce sont bien des textes juridiques qui assoient la maîtrise de la collectivité et son droit d'usage exclusif sur le domaine public. Le monopole de fait repose donc lui aussi sur des normes juridiques, figurant notamment dans la législation cantonale sur les eaux ou sur les routes ; en revanche, l'activité concernée n'est pas nécessairement traitée dans une base légale formelle, car la règle légale qui confère le pouvoir de gestion du domaine public apparaît ici suffisante (RUEY, Monopoles, p. 144 ss). Dans cette mesure, le monopole de fait se rapproche du monopole de droit ; il n'en reste pas moins qu'aucune disposition n'interdit expressément l'activité économique en cause qui est simplement inaccessible à un exercice privé pour des motifs essentiellement pratiques (l'indisponibilité du domaine public ; RUEY, Monopoles, p. 145 ss, qui parle à cet égard d' « effet réflexe » du domaine public). Les exemples les plus nombreux ont trait aux activités économiques qui supposent la création d'un réseau (de lignes ou de conduites) : ainsi la distribution d'électricité ou de gaz ; il en va de même de l'affichage sur le domaine public, qui fait fréquemment l'objet d'un monopole, généralement concédé (ATF 128 I 3, c. 3 ; ATF 125 I 209, c. 10). **21**

La maîtrise du **patrimoine administratif** n'a en revanche pas une extension suffisante pour donner naissance à un monopole de fait, comparable à celui qui est lié au domaine public ; doivent par exemple être attribués au patrimoine administratif les restaurants situés dans les périmètres des Hautes Ecoles (voire ceux exploités dans les trains) ; on ne saurait y voir là un monopole de fait portant sur la restauration, quand bien même ces établissements publics y bénéficient d'un avantage concurrentiel certain. **22**

c) Les conséquences de la distinction

La distinction entre monopole de droit et monopole de fait, dans le sens évoqué plus haut, est pratiquement constante dans la jurisprudence et pour l'essentiel de la doctrine ; elle entraîne de nombreuses conséquences juridiques (voir p. ex., ATF 129 II 497, c. 5.4.4 ss). On peut ainsi se demander, dans le contexte de l'art. 2 VII LMI, si cette disposition vise l'ensemble de ces monopoles ou si elle ne concerne que les monopoles de droit. Certains auteurs retiennent la seconde solution (RECHSTEINER/WALDNER, Konzessionsverträge, p. 1296 ; TRÜEB/ZIMMERLI, Ausschreibungspflicht, p. 129 ss ; FUCHS/MORGENBESSER, Ausschreibungspflicht, p. 1112) ; le Tribunal fédéral, dans le contexte de l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public (une concession d'affichage qui avait fait **23**

l'objet d'une mise en concurrence), a évoqué expressément l'art. 2 VII LMI sans adresser aucune critique à cet égard aux autorités genevoises intimées, laissant donc entendre implicitement que cette disposition était applicable à une telle configuration (ATF 135 II 49, c. 4.1 et 5.1) ; la Comco, ainsi que d'autres auteurs retiennent quant à eux que **cette disposition concerne aussi les monopoles de fait** (Comco, DPC 2011/2, p. 345 ; *Centralschweizerischen Kraftwerken AG*, ch. 72 s. ; ESSEIVA, Concessions, p. 203 s. ; REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, p. 590 s. ; KUNZ, Konzessionserteilung, p. 36 ; MOSER, Grund, p. 329 s.). En l'état du droit positif, il convient de se rallier à ces derniers avis, de sorte qu'un appel d'offres devrait en principe intervenir avant l'octroi d'une concession domaniale ; mais l'interprétation de la législation spéciale peut conduire à écarter cette exigence (N 45 ; voir aussi N 37).

C. La transmission de l'exploitation du monopole – ou concession

1. Généralités

24 Pour que l'art. 2 VII LMI trouve à s'appliquer, plusieurs conditions cumulatives doivent être réunies ; la première, l'existence d'un monopole au sens juridique, vient d'être évoquée (monopole de droit ou de fait ; par opposition à une tâche publique au sens étroit). Il faut en outre qu'il y ait **transmission** de l'activité économique en cause **au secteur privé** (« à des entreprises privées » selon le texte français, *« auf Private »*, *« a privati »* selon les textes allemands et italiens). On examinera tout d'abord en quoi consiste une telle transmission (N 32 ss), puis ce qu'il faut entendre par un transfert au secteur privé (N 44 ss).

25 Suivant l'hypothèse de départ, l'Etat se trouve au bénéfice d'un droit exclusif à l'exercice d'une activité économique ; c'est précisément ce droit qui est transféré à un acteur privé, qui en sera à son tour – le plus souvent – le bénéficiaire exclusif lui aussi. Cette transmission est généralement qualifiée de **« concession »**, notion dont les contours ne sont cependant pas extrêmement précis (voir à ce propos WALDMANN, Konzession, p. 2 ss ; ce dernier évoque encore, p. 4 et 21 s., des concessions instaurées exclusivement dans le but de permettre à l'Etat d'exercer une surveillance de certaines activités privées, p. ex. sur la navigation aérienne ; il retient ainsi l'existence de concessions sans monopole ; on ne traitera plus cette configuration ci-après, ce d'autant qu'elle sort du cadre de l'art. 2 VII LMI, interprété certes selon sa lettre ; quant à HETTICH/BÜHLER, Konzession, p. 120 ss, ils estiment qu'il conviendrait de détacher, sur le plan dogmatique et sans lien direct avec la disposition commentée, la concession des monopoles étatiques, pour retenir surtout, dans l'instrument de la concession, une fonction de protection des investissements). Suivant les catégories déjà évoquées plus haut, on distingue d'ailleurs des concessions de monopole, de régale, voire de service public ou encore des concessions domaniales (ayant pour objet l'usage privatif du domaine public ; WALDMANN, Konzession, p. 8 ss). Par cet acte, la collectivité cède au bénéficiaire le droit d'exercer l'activité économique, précédemment réservée à l'Etat. Ce dernier va l'exercer en son propre nom et à ses risques, au même titre qu'une entreprise privée ordinaire. Généralement, le concessionnaire est en mesure, dans le cadre de son activité, de percevoir des recettes auprès de ses usagers ou de ses clients, de manière à couvrir les charges liées à cette activité. Pour sa part, l'autorité concédante n'apparaît qu'en retrait, puisque l'entreprise concessionnaire n'agit pas en son nom ; elle se borne à exercer une surveillance de cette dernière et à offrir (souvent) une garantie que l'activité en cause se poursuivra dans l'hypothèse d'une carence du concessionnaire (MOOR, Droit administratif III, p. 121). Il reste que la concession doit offrir au bénéficiaire

une position stable qui lui permet de développer son activité économique dans la durée et, le cas échéant, d'amortir les investissements qu'il a consentis (HETTICH/BÜHLER, Konzession, p. 119 ss ; pour ces auteurs, c'est là l'utilité première de l'instrument de la concession).

Le législateur avait en vue ce type d'opération, lorsqu'il a adopté la règle de l'art. 2 VII LMI sur la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal (Messrév.LMI p. 438, qui parle précisément de concession). L'élément essentiel d'un tel acte consiste dans le **transfert de la responsabilité** de l'activité économique en cause de l'Etat concédant au concessionnaire. **26**

2. La concession. Précisions terminologiques ; délimitations

a) Aperçu de droit comparé

En première analyse, l'art. 2 VII LMI, même s'il n'emploie pas ce terme, vise l'octroi de concessions. Dans la mesure où les contours de cette notion ne sont pas très précis en droit suisse et qu'elle y revêt d'ailleurs diverses formes, l'interprète pourrait être tenté de se référer aux développements en **droit étranger** ou en **droit européen** portant sur le concept correspondant. Cependant, les ordres juridiques des pays voisins ont rencontré des difficultés analogues à celles du droit suisse pour adopter une notion unique de concession ; il était à plus forte raison malaisé de l'unifier dans le cadre du droit européen. On se gardera donc de transposer par trop rapidement les solutions européennes au droit suisse. **27**

Le **droit français**, p. ex., connaît des concessions de service public, des concessions ayant trait à l'occupation du domaine public et enfin des concessions d'aménagement (RICHER, Contrats, p. 495 ss, 554 ss et 589 ss). Si la con cession de service public du droit français présente quelques analogies avec celle du droit suisse (HANHARDT, Concession, p. 72 ss), d'autres formes comme la concession d'aménagement, ne connaissent pas nécessairement d'équivalent en droit suisse, sauf à y recevoir une qualification différente (la concession d'aménagement est un contrat par lequel une collectivité confère au concessionnaire le droit de mettre en valeur des biens en lieu et place de la puissance publique, p. ex., pour l'aménagement d'un quartier ; RICHER, Contrats, p. 589 ss ; en droit suisse, il existe de telles conventions, qui relèvent du droit administratif, mais elles ne sont pas considérées comme des concessions). **28**

Le **droit européen** définit les **« concessions de travaux »** (sur la notion, RICHER, Concessions, p. 170 ss) et les assujettit aux règles applicables aux marchés publics. Constituent des concessions de travaux les contrats présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (art. 1 § 3-4 Directive classique 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004). Concrètement, la concession de travaux implique que l'adjudicataire et concessionnaire réalise l'ouvrage en cause, puis l'exploite ; sa rémunération consiste alors (en tout ou en partie) dans les recettes dégagées par l'exploitation de l'ouvrage. Tel est le cas p. ex. pour la construction et l'exploitation des autoroutes à péage en France. Il découle ainsi du droit européen que l'octroi de telles concessions de travaux doit respecter les règles usuelles en matière de marchés publics. On notera ici que le droit suisse ne connaît pas, à proprement parler, la catégorie des « concessions de travaux ». Cependant, d'autres actes pourraient le cas échéant être qualifiés de cette manière (ou être rattachés, pour reprendre la formule de RICHER, Contrats, p. 495, à une nébuleuse de contrats qui existe partout dans le monde et **29**

qu'il est désormais usuel de désigner par l'expression « partenariat public-privé ou PPP »). Quoi qu'il en soit, force est de retenir ici que la concession de travaux du droit européen ne peut pas être transposée au droit suisse ; p. ex., l'octroi d'une concession hydro-électrique – même si elle porte également sur la réalisation d'un ouvrage d'accumulation et se rapproche ainsi d'un marché de travaux au sens du droit suisse – est régie de manière spécifique par les règles de la LFH à l'exclusion du droit des marchés publics (dans ce sens FOURNIER, Concessions, p. 275 ss et 282 s., qui compare ces deux régimes).

30 Le droit européen utilise par ailleurs la notion de **« concession de service »** (voir à ce propos, RICHER, Concessions, p. 204 ss), qui se rapproche de celle de la concession de service public du droit français. On notera que les concessions de service ne font pas l'objet de règles spécifiques dans le droit dérivé (sous réserve d'une mention à l'art. 1 § 4 Directive classique 2004/18/CE, qui précise que ce type de concession n'est pas régi par le droit des marchés publics). La jurisprudence européenne a néanmoins retenu que l'octroi de telles concessions devait respecter le principe de non-discrimination découlant du traité, ce qui imposait une obligation de transparence et de publicité préalable (CJCE, arrêt *Telaustria* du 7.12.2000, aff. C-324/98, Rec. I-10770 ; sur la concession de service public, respectivement en droit français et en droit communautaire, RICHER, Contrats, p. 496 ss et 507 ss). On notera que l'absence de réglementation des concessions de service dans le droit dérivé de l'Union européenne découle des difficultés des Etats membres à adopter une solution commune sur une notion qui connaît des formes très diverses dans les pays membres (FOURNIER, Concessions, p. 278 s. ; RICHER, Contrats, p. 507). Il reste que la jurisprudence a arrêté quelques critères permettant en particulier d'opérer la distinction entre concession de service et marché public. En substance, le critère principal a trait au transfert de responsabilité de la collectivité concédante à l'entreprise concessionnaire portant sur l'exploitation du service public et, dans le même temps, le transfert du risque économique à ce dernier. A défaut de cet élément, l'on se trouve en présence d'un marché public ; tel est le cas notamment lorsque l'adjudicataire ne s'engage que pour une prestation de service déterminée et n'était exposé à un risque que dans les limites déterminées par le prix convenu (CJCE, arrêt *Commission contre Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409, pts 7-11, 22-25 et 32 ; voir aussi RICHER, Contrats, p. 507 s. ; LMI 5 N 54 ■■■ et les références).

31 Le **droit suisse**, pour sa part, connaît la notion de **concession de service public**; il s'agit d'un cas particulier parmi les concessions de monopoles (cette catégorie est d'ailleurs admise plus ou moins largement par la doctrine : voir entre autres TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 423 s. ; HANHARDT, Concession, p. 38 ss, qui est plus large). On peut évoquer ici l'exemple des concessions de transport régulier des personnes (qui relèvent de la régale fédérale du transport des personnes). Les exemples susceptibles d'être rattachés à des monopoles cantonaux ou communaux sont moins fréquents. Quoi qu'il en soit, le critère d'un transfert de responsabilité et de risque peut être retenu en droit suisse comme caractérisant la concession et excluant un marché public.

b) Le concept de concession en droit suisse

32 Le droit suisse ne connaît **pas de concept uniforme** de la « concession ». Il regroupe en effet différentes catégories d'actes, tous désignés comme des concessions, chacune pouvant être rattachée à un type de monopole. Ainsi, les monopoles de droit (et leurs variantes) donnent lieu à des concessions de monopoles ou de régale, voire à des concessions de service public. Par ailleurs, on peut rattacher au monopole de fait de la

collectivité sur le domaine public différentes concessions d'usage privatif de celui-ci (ainsi, dans le domaine des services industriels : eau, électricité, gaz, notamment). Ces dernières concessions présentent d'ailleurs souvent un caractère mixte, à la fois domanial et de service public (sur les différents monopoles cantonaux et communaux, connus en droit suisse : RUEY, Monopoles, p. 85).

33 Néanmoins, les différentes concessions évoquées plus haut présentent un point commun. Chacune d'entre elles comporte le **transfert d'un droit**, réservé auparavant à l'Etat, aux bénéficiaires de l'acte (WALDMANN, Konzession, p. 3 ss) ; ce droit, qui porte sur l'exercice d'une activité économique, est généralement cédé à titre exclusif. En première analyse, l'art. 2 VII LMI vise l'ensemble de ces concessions. La dénomination de l'acte n'est d'ailleurs pas décisive ; le transfert d'un tel droit exclusif est régi par cette disposition, quand bien même l'acte ne serait pas expressément désigné comme « concession ».

34 Ces remarques générales appellent quelques **illustrations**, d'abord en relation avec les monopoles de droit cantonaux ou communaux. La plupart des cantons délivrent aux amateurs des permis de chasse ; on ne saurait y voir à proprement parler une concession (même si le permis permet au chasseur de disposer du gibier abattu) portant sur une activité économique. En revanche, il arrive à certains cantons d'affermer le droit de chasser dans un certain secteur ; le bénéficiaire d'un tel acte a la faculté dans ce cas d'y exploiter cette activité et il s'agit alors d'une concession (TA ZH, arrêt du 21.10.09, VB.2009.00271). Il en va de même pour la régale de la pêche ; on laissera donc de côté le cas du permis de pêche pour le pêcheur amateur. En revanche, c'est par le biais d'une concession que le droit de pêcher est délivré aux pêcheurs professionnels. Parmi les régales historiques, il y a lieu de mentionner également les mines, dont le sel est un exemple particulier. Dans ce cas, les cantons n'exercent généralement pas leur droit réservé sur les mines, mais préfèrent plutôt le transférer à des tiers par le jeu de concessions à des entreprises privées. Les cantons connaissent généralement un monopole dans le domaine de l'assurance-incendie (dont l'étendue est plus ou moins large). Cependant, la loi prévoit dans la règle que le monopole est exploité par un établissement public doté de la personnalité morale. Faut-il y voir une concession, contenue dans la norme légale elle-même ? On laissera cette question ouverte, dans la mesure où la transmission du monopole intervient ici en faveur d'une entreprise de droit public, de sorte que l'art. 2 VII LMI ne trouve de toute façon pas à s'appliquer (voir au surplus les développements qui suivent à propos des opérations *« in house »*, N 44). Il existe par ailleurs des monopoles visant des buts de santé publique (pour un exemple, voir ATF 101 Ia 124, qui prévoyait un régime d'assurance-accidents obligatoire en matière scolaire, dont l'exploitation était confiée à une caisse publique d'assurance ; ce cas appelle la même remarque que celui de l'assurance-incendie), voire d'ordre public. Tel est le cas des monopoles de droit dans le domaine des pompes funèbres ; l'exploitation de ceux-ci fait fréquemment l'objet de concessions en faveur d'entreprises privées. On peut mentionner également ici le ramonage, qui n'est pas exploité par l'Etat, mais qui est entièrement concédé à des tiers. Dans ce domaine, le régime de la concession se rapproche d'ailleurs d'une autorisation de police ; pour la collectivité, il s'agit essentiellement de s'assurer des qualifications du requérant, dans un souci notamment de prévention des incendies (ATF 109 Ia 193 ; en l'occurrence toutefois la loi genevoise prévoit en faveur du concessionnaire un droit exclusif de procéder au ramonage dans un arrondissement déterminé). On a déjà mentionné le monopole du traitement des déchets urbains (art. 31*b* LPE ; il s'agit d'un monopole cantonal, qui peut être délégué aux communes), qui est fréquemment concédé à des entreprises privées (sur ce monopole, voir ATF 125 II 508, c. 5b ; ATF 123 II 359, c. 5 et 6).

35 Par ailleurs, seuls les cantons et les communes ont la maîtrise d'un **domaine public** (à l'exclusion de la Confédération ; on réservera désormais les routes nationales, qui appartiennent depuis le 1er janvier 2008 à la Confédération) ; le monopole de fait qui s'y rattache est donc cantonal ou communal. Parmi les usages non communs du domaine public, on distingue les usages accrus, qui font l'objet de simples autorisations, des usages privatifs, qui nécessitent des concessions. Même si la distinction entre usage accru et usage privatif soulève parfois des difficultés dans son application concrète, elle reste aujourd'hui largement reconnue et elle doit être retenue ici (sur cette distinction, voir notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 463 ss). Il y a donc usage privatif dès lors que celui-ci entraîne une emprise à caractère permanent ou tout au moins durable sur l'assiette du domaine public ; ainsi, lorsque le bénéficiaire de cet usage réalise des installations sur ou sous la surface du domaine public (conduites aériennes ou souterraines ; constructions en tout genre, qu'il s'agisse de barrages ou d'ouvrages plus modestes). Il en va de même lorsque l'usager prélève sur la substance des biens publics (prélèvement d'eau, extraction de gravier dans le lit de lacs ou de rivières ; sur ces différents critères de distinction, MOSER, Grund, p. 269 ss).

36 En l'occurrence la concession a pour objet l'octroi du **droit d'usage privatif**; celui-ci correspond quelquefois à une activité économique (ainsi dans le cas de l'extraction de gravier), mais il peut également être lié indirectement seulement à de telles activités. Ainsi, on peut imaginer qu'une concession d'usage privatif soit accordée au propriétaire d'un bateau de plaisance (ce qui ne constitue pas une activité économique). Cependant, la concession d'usage privatif peut aussi être indispensable à l'exercice de certaines activités économiques, notamment toutes celles qui nécessitent l'exploitation de réseaux (distribution d'eau potable et évacuation d'eau usée ; distribution d'électricité, de gaz, de chaleur ; exploitation de réseaux câblés de télécommunication ou de télévision). L'exploitation d'installations de transports publics (installations des rails nécessaires à un réseau de tramways ; la réalisation des ports pour les transports par bateaux, notamment) implique elle aussi l'obtention de concessions d'usage privatif du domaine public (voir également les exemples de TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 425 et les références).

c) Quelques délimitations

37 Lorsque l'acte en cause a trait à une tâche publique au sens étroit, on se trouve en présence d'une délégation de **tâche publique** et non d'une concession (voir *supra*, N 16 s. ; WALDMANN, Konzession, p. 14 ss). Il n'y a concession que lorsque l'acte consiste à céder le droit, précédemment réservé à l'Etat, d'exercer une **activité économique**. On laisse ici de côté les hypothèses particulières de concessions, portant notamment sur un droit d'usage privatif du domaine public, qui ne présenteraient pas de caractère économique, ainsi la concession accordée aux plaisanciers, la concession funéraire ; on doit en effet considérer que l'octroi de ce type de concessions ne relève pas, vu la *ratio legis*, de l'art. 2 VII LMI (MOSER, Grund, p. 328 s. en exclut d'autres encore : p. ex. celle que requiert un commerçant pour réaliser un escalier d'accès à son bâtiment au dessus du domaine public).

38 L'**autorisation de police** présente certains traits communs avec la concession ; comme cette dernière, elle vise à permettre à l'administré d'exercer une activité déterminée. Il reste que celui-ci, s'il en remplit toutes les conditions d'octroi, peut faire valoir un droit à l'autorisation. Dans la règle, en revanche, il n'existe pas de droit à l'octroi d'une concession ; cela se justifie au premier chef du fait que le droit concédé présente généralement un caractère exclusif et qu'il est donc impossible de l'accorder à tout un chacun. Par ailleurs,

le droit positif prévoit parfois un régime d'autorisation assorti d'une clause de besoin ; en substance, l'installation projetée peut être autorisée pour autant qu'elle réponde à un besoin du public. Ce type d'autorisation se rapproche dans une large mesure de la concession, mais l'activité en cause ne relève pas d'un monopole (sur ces différentes distinctions, KUNZ, Konzessionen, p. 30 et 32 ; WALDMANN, Konzession, p. 12 ss ; HETTICH/BÜHLER, Konzession, p. 106 ss).

39 Le domaine de l'**assurance-maladie** soulève des difficultés significatives, dans la mesure où il met apparemment en place un régime de monopole, avec transfert de celui-ci à des privés, sans utiliser le terme de « concession ». La jurisprudence retient en effet l'existence d'un monopole de droit indirect ; en substance, la personne assurée, si elle souhaite obtenir la couverture des prestations de soins qui lui ont été dispensées, doit s'adresser à un fournisseur de prestations figurant sur une liste (il y a donc un *numerus clausus* des fournisseurs de prestations ; MADER, Hôpitaux, N 13 et 171 et références ; sur l'existence d'un tel monopole de droit indirect, valable pour tous les prestataires de soins, ATF 130 I 26, c. 4.2 et ATF 122 V 85, c. 5b/bb/aaa). La question se pose en particulier pour les hôpitaux, qui font l'objet d'une planification cantonale. Il en découle qu'un établissement hospitalier ne sera pas admis à pratiquer à charge de l'assurance maladie s'il ne répond pas à un besoin constaté dans la planification ; en outre, l'acte par lequel l'autorité cantonale inclut un hôpital (privé) dans la planification peut être considéré comme la transmission d'un monopole et il est assorti d'un mandat de prestations. Si cette analyse est exacte, il en découlerait que la procédure conduisant à une telle décision devrait faire l'objet d'un appel d'offres, conformément à l'art. 2 VII LMI, et la sélection des hôpitaux devrait obéir à des critères non discriminatoires. Une telle conséquence ne paraît pas encore avoir été envisagée jusqu'ici (même si MADER, Hôpitaux, N 269, aboutit à des conclusions très similaires s'agissant des critères de choix des hôpitaux sélectionnés ; le canton de Genève a d'ailleurs lancé un appel d'offres dans ce contexte, tout en écartant le droit des marchés publics). On pourrait toutefois soutenir également, de manière convaincante, que le régime instauré par l'art. 39 LAMal, ainsi que par l'art. 58*a* OAMal forme un ensemble de règles spéciales qui priment l'art. 2 VII LMI. Le législateur a d'ailleurs écarté le régime des voies de recours de l'art. 9 LMI s'agissant de l'admission dans la liste des hôpitaux, puisque la décision du gouvernement cantonal sur ce point est susceptible d'un recours au Tribunal administratif fédéral, à teneur de l'art. 53 LAMal.

40 On trouvera un autre exemple de ces difficultés à l'art. 5 LApEl, qui concerne **la distribution de l'électricité**. Selon cette disposition, les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseaux opérant sur leur territoire ; l'attribution d'une zone de desserte doit se faire sans discrimination et peut être accompagnée d'un mandat de prestations. Bien que le terme de concession ne soit pas utilisé, certains auteurs estiment que l'on se trouve en présence d'un tel acte, alors que d'autres le contestent (FOURNIER, Concessions, p. 127, qui s'exprime il est vrai à propos d'un projet de loi antérieur à la LApEl, mais dont cette dernière s'est inspirée sur ce point, retient la qualification de concession ; *contra* : RECHSTEINER/WALDNER, Konzessionsverträge, p. 1291 s. ; TRÜEB/ZIMMERLI, Ausschreibungspflicht, p. 123 ss : ces auteurs soulignent, à juste titre, que la LApEl ne crée pas de monopole susceptible d'être concédé).

41 Acte complexe, la concession comporte plusieurs aspects mais l'un d'entre eux a généralement pour objet des prestations (la construction d'un ouvrage, des services) promises par le concessionnaire et, en quelque sorte, commandées par l'entité concédante (pour une description du contenu typique du rapport de concession : RIVA, Konzessionsverhält-

nis, p. 55). On se rapproche dans cette mesure de la notion de **marché public**, qu'il convient donc de distinguer de la concession (voir également à ce sujet LMI 5 N 49 ss) ; il est indispensable de bien marquer le départ entre ces deux notions dans la mesure où le droit positif, selon la jurisprudence récente (ATF 135 II 49, c. 4.1 et 5 ; ATF 125 I 209 ; dans le même sens Kunz, Konzessionen, p. 175 ss), met en place des procédures distinctes, celle prévue pour les marchés publics étant plus exigeante. Le critère principal de distinction, évoqué plus haut, a trait à un transfert de responsabilités portant sur l'activité en cause de la collectivité au bénéficiaire de la concession, avec les risques qui s'y rapportent ; dans le cas d'un marché public, en revanche, l'adjudicataire limite son risque à une prestation déterminée par le contrat et le prix convenu. Le domaine de la gestion des déchets peut en fournir de bons exemples : une entreprise, désignée comme concessionnaire, peut être amenée à exploiter, à ses risques et périls, l'ensemble des activités d'élimination et de traitement des déchets ; au contraire, une collectivité peut charger, par le biais d'un marché public, une entreprise de transports, moyennant un prix, d'assurer la collecte et le transport de ceux-ci jusqu'aux installations de traitement (pour un exemple relevant de la seconde catégorie : ATF 134 II 297, c. 2 s., étant précisé que l'arrêt est très prudent sur la qualification du contrat en cause ; tout en relevant que la juridiction inférieure n'a pas violé le droit fédéral en l'attribuant au droit privé, il a exclu ainsi implicitement l'existence d'une concession). En outre, la collectivité lance parfois des **opérations combinées**, où l'on peut identifier une partie relevant d'une concession, alors qu'une autre doit être considérée comme un marché public. La jurisprudence exige alors de vérifier s'il est possible de dissocier les prestations relevant d'un marché public ; dans l'affirmative, l'autorité doit séparer ces deux éléments et soumettre celui qui relève du droit des marchés publics aux règles applicables en cette matière (ATF 135 II 49, c. 4.4). Dans le cas inverse, il devrait être possible d'appliquer les seules règles prévalant en matière de concessions, pour autant que cet aspect de l'opération soit prépondérant. Cette jurisprudence entend éviter qu'une autorité ne cherche à contourner les exigences du droit des marchés publics, en donnant la préférence à une procédure de concession.

42 Par ailleurs, l'intensité de l'usage du domaine public permet de déterminer si l'on a affaire à un **usage accru**, débouchant sur l'octroi d'une autorisation, ou sur un **usage privatif**, impliquant la délivrance d'une concession. La distinction entre les deux types d'usage est parfois difficile (Moser, Grund, p. 271 s.) ; il n'est ainsi pas surprenant que le droit cantonal ou communal utilise parfois le terme de « concession » là où une autorisation d'usage accru paraîtrait plus appropriée. Or, entre autres conséquences, la qualification de concession conduit à l'application de l'art. 2 VII LMI. L'exemple des concessions délivrées aux exploitants de taxis aux fins de parcage sur le domaine public est caractéristique à cet égard. Il n'implique généralement pas la réalisation d'installations permanentes, ni d'emprise sur le domaine public (sous réserve d'un simple marquage au sol) ; sous cet aspect, une autorisation d'usage accru pourrait donc être suffisante. On réservera cependant les régimes cantonaux qui attribuent à certaines catégories d'entreprises de taxis des tâches relevant du service public ; on se trouve alors en présence de véritables concessions, qui mêlent des éléments domaniaux et de service public (sur ce type de question, TF, arrêt du 26.1.2006, 2P. 83/2005, c. 2.3, publié in : JdT 2006 I 492, qui parle d'un quasi-service public des taxis ; TF, arrêt du 18.6.2002, 2P. 35/2002).

43 Il existe des **contrats d'affermage** (sur cette notion, en droit français, Richer, Concessions, p. 498 s.) ou baux à ferme. Il en va ainsi dans le cas où une collectivité publique, propriétaire d'un bien immobilier, le transfère à un tiers, à charge pour ce dernier de l'exploiter (p. ex. une cafétéria dans un établissement scolaire ou un restaurant universi-

taire). On a retenu plus haut que cette situation ne peut pas être qualifiée de monopole de fait, ce qui exclut l'existence d'une concession (pour certains auteurs, il y aurait là néanmoins une concession de services, au sens de la terminologie européenne : BEYELER, Geltungsbereich, p. 88 ss ; ce dernier retient qu'il y a lieu, en droit suisse, d'appliquer dans un tel cas les règles du droit des marchés publics, p. 129 ss ; *contra* : TA ZH, arrêt du 3.7.2002, VB.2002.00022, c. 2). De même, on ne saurait assimiler à une concession l'**octroi d'un droit de superficie** sur une parcelle du patrimoine financier d'une collectivité publique, quand bien même le droit en question comporterait des charges visant à la réalisation d'objectifs d'intérêt public (construction de logements sociaux ou d'un établissement médico-social ; pour un exemple où la cession – l'acte a été attribué au droit privé – visait à la réalisation d'un centre destiné à accueillir des foires commerciales : TA ZH, [date ? ■■] VK.2010.00002). En effet, il ne saurait y avoir en l'occurrence de transmission d'un monopole au sens de l'art. 2 VII LMI, puisque l'opération n'a pas trait au domaine public (selon BEYELER, Geltungsbereich, p. 130 ss, on pourrait en revanche avoir affaire, dans certains cas, à une concession de travaux, au sens du droit communautaire ; il suggère alors l'application du droit des marchés publics).

3. La transmission du monopole au secteur privé

44 L'application de l'art. 2 VII LMI suppose encore que la concession intervienne en faveur d'une entreprise privée (pour reprendre la formule du texte français de la règle ; ou à des privés selon les textes allemand et italien, déjà cités). Cela exclut très clairement l'hypothèse d'une exploitation du monopole par la collectivité publique **en régie**, soit par une entité qui relève de l'administration centrale de la collectivité concernée ; il en va de même si la gestion en est confiée à un établissement public dépourvu de la personnalité morale. Suivant la lettre du texte légal, il convient en outre d'aller plus loin et d'exclure l'exigence d'un appel d'offre lorsque la collectivité concernée entend accorder la concession **à une autre collectivité publique** (un autre canton ou une autre commune) ou **à une entreprise** revêtant une forme **de droit public** (établissement de droit public doté de la personnalité morale ; société anonyme de droit public, p. ex.). Peu importe à cet égard que, dans le dernier exemple cité, la société en cause comporte des actionnaires privés (tel serait le cas dans l'hypothèse d'une concession d'usage privatif du domaine public délivrée à Swisscom ; s'il s'agissait de l'adjudication d'un marché public, et non d'une concession, la solution serait différente, tout au moins en droit européen : cf. LMI 5 N 61 ss ; en droit suisse, BEYELER, p. 81 ss, spéc. 84 s. et 93 s.). On pourrait cependant soutenir, dans un tel cas de figure, en appliquant les critères évoqués plus bas (N 45), que l'on ne se trouve pas en présence d'une opération *in house* dans cet exemple, ce qui conduirait à appliquer l'art. 2 VII LMI malgré un transfert au sein du secteur public. Mais une telle interprétation ne s'impose pas ; la règle commentée ici traite de domaines monopolisés, pour y aménager des procédures de mise en concurrence, de sorte qu'elle ne peut être comparée au régime des marchés publics où la collectivité acquiert des biens et des services auprès du secteur privé, qui doit fonctionner pleinement suivant les règles de la concurrence.

45 Dans le cas contraire, où le bénéficiaire potentiel de la concession est une entreprise qui est une personne physique ou morale de droit privé, l'art. 2 VII LMI exige un appel d'offres. Il faut cependant réserver ici l'hypothèse dans laquelle l'**opération** peut être considérée comme réalisée « ***in house*** » (voir à ce propos avis Comco, du 28.10.2010 relatif au renouvellement d'une concession hydraulique, caractère *in house* admis, DPC

2011/2, p. 353). La solution s'inspire de celle retenue en droit des marchés publics ; elle suppose réunies diverses conditions, principalement un contrôle exercé par l'autorité (concédante, en l'occurrence) sur l'entité bénéficiaire ; en outre cette dernière doit fournir ses prestations principalement au profit de la collectivité (concédante ; avis de la Comco précité, ch. 17 ss, avec les références au droit européen ; voir au surplus 5 LMI 5 N 59 ss). En d'autres termes, en présence d'une opération *in house*, il n'y a pas transmission du monopole à une entreprise privée, malgré la forme juridique de droit privé que pourrait revêtir le bénéficiaire.

4. Quelques questions particulières

a) Article 2 VII LMI et lois spéciales

46 Diverses lois fédérales prévoient qu'elles règlent la matière de manière exhaustive et excluent d'autres décisions (autorisations) relevant du droit cantonal (ainsi, art. 44 et 49 LENu, RS 732.1 ; art. 2 IV LITC, RS 746.1 ; art. 18 IV LCdF, RS 742.101). Seule l'**interprétation** d'une telle disposition permet de savoir si elle ne se rapporte qu'aux autorisations cantonales ordinaires (dans ce sens, pour l'art. 2 IV LITC, MOSER, Grund, p. 308 ; l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public, notamment pour la traversée des lacs par des oléoducs et gazoducs, reste ainsi nécessaire ; la même solution devrait prévaloir en matière d'installations électriques et ferroviaires : MOSER, Grund, p. 306 ss) ou si elle rend en outre superflue une demande de concession pour usage privatif du domaine public (ainsi s'agissant d'installations nucléaires : prélèvement ou déversement d'eau pour une centrale ; usage du sous-sol pour l'entreposage de déchets nucléaires ; le régime découlant de l'ATF 119 Ia 390 est ainsi dépassé ; JAGMETTI, Energierecht, p. 571, 625 et 664 ss) ; dans le second cas, qui devrait rester exceptionnel, l'application de l'art. 2 VII LMI s'en trouve d'emblée écartée.

47 Mais la question est plus large : la législation spéciale peut néanmoins devoir être interprétée dans un sens analogue ; l'octroi de la concession ou de l'autorisation « principale » peut avoir pour effet d'exclure la procédure de l'art. 2 VII LMI en relation avec la concession d'usage privatif « secondaire » ou « dérivée ». Lorsque la concession délivrée par l'autorité cantonale revêt au contraire un caractère « principal », le régime de l'art. 2 VII LMI reste en revanche applicable (ainsi dans le contexte de la LFH : KUNZ, Konzessionserteilung, p. 37 ss). Mais seule une analyse approfondie de chaque loi est susceptible d'autoriser une réponse à cette question (les remarques qui suivent, de nature indicative, n'ont pas vocation à l'exhaustivité) :

– selon l'art. 35 I de la loi du 30 avril 1997 sur les **télécommunications**, la collectivité qui détient le domaine public a l'obligation d'autoriser les fournisseurs de services de télécommunication à y installer et exploiter des lignes (sous certaines réserves ; RS 784.10 ; LTC). Cette règle paraît donc conférer un droit aux fournisseurs à l'octroi d'une « autorisation » ; même si celle-ci doit être requalifiée de « concession », une mise au concours n'a apparemment guère de sens puisque l'autorisation ne confère pas de droit exclusif à son bénéficiaire (conclusion identique chez ROUSSIANOS, Opérateurs, p. 36 ; quant à MOSER, Grund, p. 294 ss et 330, il considère l'acte comme une autorisation *sui generis* et écarte donc l'application de l'art. 2 VII LMI). On pourrait considérer ici que cette « autorisation » d'usage privatif du domaine public est une conséquence nécessaire et normale de la concession dont bénéficie le fournisseur de services de télécommunication ; une procédure de mise au concours pour l'octroi de cette « autorisation » viendrait dédoubler la procédure d'octroi de la concession de télé-

communication, voire pourrait la contrecarrer. Il faut donc en l'occurrence renoncer à appliquer l'art. 2 VII LMI dans une telle hypothèse ;

– l'art. **5 LApEl** a déjà été évoqué plus haut (*supra*, N 40) ; il prévoit que les cantons désignent les zones de desserte des gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire ; l'attribution d'une telle zone doit se faire sans discrimination et elle peut être assortie d'un mandat de prestations au bénéficiaire. Là aussi, on pourrait considérer que la désignation d'une zone de desserte constitue la concession de base (mais cette analyse est rejetée par la majorité de la doctrine) à laquelle peut être rattachée la concession d'usage privatif du domaine public ; une mise au concours unique et commune apparaîtrait alors conforme à l'art. 2 VII LMI. Concrètement, une dissociation de la désignation des zones de desserte, puis de l'octroi de la concession soulèverait de toute manière des difficultés considérables (en faveur d'un traitement simultané de ces deux actes, voir TRÜEB/ZIMMERLI, Ausschreibungspflicht, p. 142 ; quand bien même ces auteurs ne considèrent pas la désignation de la zone de desserte comme une concession – au contraire de FOURNIER, Concessions, p. 127 ; TRÜEB/ZIMMERLI, Ausschreibungspflicht, p. 128, insistent encore sur le caractère subordonné de la concession d'usage privatif du domaine public en mentionnant la jurisprudence selon laquelle le droit de passage pour les lignes aériennes peut être obtenu par la voie de l'expropriation, lorsque le canton refuse l'octroi de la concession : TF, arrêt du 12.04.2006, 1E. 1/2006 ; en faveur d'un appel d'offres pour de telles concessions attribuées aux entreprises de distribution d'électricité, voir avis Comco du 22 février 2010 concernant le renouvellement de concessions en faveur de CKW AG, DPC 2011/2, p. 352, et KUNZ, Konzessionserteilung, p. 37 ss) ;

– par ailleurs, les **entreprises de transports publics** bénéficient de concessions fondées sur le droit fédéral ; cependant, elles aussi font, à des degrés divers, un usage privatif du domaine public (installation de rails dans la voie publique ; lignes électriques destinées aux trolleybus ; aires nécessaires pour les arrêts des transports en communs, voire construction d'abris ; installations portuaires pour les transports de voyageurs par bateaux ; ces concessions relèvent de l'art. 6 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transports de voyageurs ; RS 745.1 ; LTV). Là également, on devrait considérer que l'octroi de la concession initiale, fondée sur la régale du transport des personnes, rend superflue et déplacée une mise au concours pour la délivrance d'une concession d'usage privatif du domaine public (même si, selon MOSER, Grund, p. 308 ss, une véritable procédure de concession – et non une simple autorisation – est nécessaire sur ce second aspect). Il reste que le législateur fédéral introduit peu à peu des procédures d'appel d'offres en matière de commande de prestations dans le domaine du transport régional des voyageurs (soit en aval de la concession) ; ces mécanismes sont cependant trop complexes pour être présentés ici (voir notamment art. 27 OCF du 11 novembre 2009 sur l'indemnisation du trafic régional de voyageurs, RS 745.16 ; pour un exemple, rendu en application de textes antérieurs : TAF, arrêt du 27.05.2010, A-3163/2009 ; voir aussi le projet de modification de la LTV, spéc. art. 32 ss, élargissant les cas de recours à l'appel d'offres : FF 2011 916 ss et 949 ss).

48 La Comco, dans l'avis déjà évoqué, recommande l'ouverture de procédures d'appel d'offres pour le **renouvellement des concessions** nécessaires à l'**exploitation de réseaux électriques**. Elle relève toutefois les difficultés pratiques que cela peut soulever et suggère dès lors l'adoption de procédures spécifiques dans la législation spéciale, afin de mettre en œuvre l'exigence d'un appel d'offres découlant de l'art. 2 VII LMI. Quoi qu'il en soit, cette position a suscité un large débat (voir entre autres la critique de TRÜEB/ZIMMERLI,

Ausschreibungspflicht), qui a même débouché sur des propositions de modification de la LApEl et de la LFH ; suivant ces projets, l'octroi de concessions pour l'exploitation d'un réseau de transport et de distribution d'énergie électrique n'aurait plus à être précédé d'un appel d'offres (art. 3*a* projet-LApEl) ; il en irait de même de l'octroi de concessions de forces hydrauliques (art. 60 III et 60 II^{bis} projet-LFH ; FF 2011 2727 ; voir aussi le rapport de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national sur cet objet, FF 2011 2711). Ce faisant, le législateur prend l'option d'une révision des lois spéciales (au plan formel, il suit ainsi la suggestion de la Comco ; cependant, il en prend le contre-pied sur le fond, dès lors qu'il supprime, dans le cadre des deux lois en cause, la mise au concours prévue à l'art. 2 VII LMI ; on sent toutefois le législateur des plus hésitants dès lors qu'il maintient simultanément l'exigence d'un procédure transparente et non-discriminatoire, sans préciser comment la mettre en œuvre). Il est prématuré ici d'aborder en détail les dispositions projetées ; on relève cependant que les critiques adressées aux conséquences même de la règle de l'art. 2 VII LMI dans le secteur hydro-électrique pourraient être étendues à la plupart des concessions (la critique principale, qui constitue le moteur des projets, fustige la « bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques »). Cependant, la commission du Conseil national met aussi le doigt sur les difficultés particulières liées aux concessions portant sur l'exploitation de réseaux. Même si l'avis de la Comco rend le problème particulièrement aigu dans le domaine des réseaux électriques, la réflexion devrait être conduite de manière similaire dans d'autres hypothèses (les réseaux de distribution de gaz, de chaleur, de télécommunication ou encore les téléréseaux) ; il est vrai qu'une interprétation systématique de certaines législations spéciales pourrait y apporter une réponse (*supra*, N 46 s.), mais, comme on l'a vu ci-dessus, la solution paraît en l'état incertaine. La commission du Conseil national a d'ailleurs présenté une proposition concernant également les **concessions de force hydraulique**; cet aspect ne concerne plus à proprement parler les réseaux, mais la réalisation d'ouvrages d'accumulation, impliquant des investissements considérables. Sous cet aspect, les réflexions du rapport explicatif pourraient aisément être extrapolées à d'autres ouvrages d'importance comparable (réalisation d'un port de plaisance, de projets liés à la géothermie ou à l'extraction d'autres ressources naturelles). Dans toutes ces hypothèses, en effet, l'élaboration du projet suppose de nombreux travaux préparatoires avant que l'on puisse envisager l'octroi d'une concession ; et celle-ci, notamment par ses effets sur l'environnement, suppose le respect d'une procédure qui revêt déjà – indépendamment de l'application de l'art. 2 VII LMI – une extrême complexité. Le projet de modification de la LFH tranche donc dans le vif pour supprimer les difficultés qui découleraient de cette dernière disposition. Au-delà de cette solution particulière, la question se pose – par exemple pour d'autres ouvrages importants – de l'articulation à mettre en place entre la procédure de mise en concurrence, exigée par l'art. 2 VII LMI, et les procédures d'autorisation de construire (au sens très large du terme) nécessaires à leur réalisation. D'ailleurs, il y a lieu d'appliquer ici le principe de coordination, développé dans le domaine de l'aménagement du territoire (art. 25*a* LAT ; KUNZ, Konzessionen, p. 272 ss).

b) Exceptions

49 Le législateur a introduit l'art. 2 VII LMI dans le but de mettre en place, en quelque sorte, un marché propre au domaine des concessions. Cet objectif n'a de sens que si la concession se rapporte à une activité économique, ainsi la concession d'affichage sur le domaine public. En revanche diverses activités, de portée secondaire, ne remplissent pas cette qualification. Il en va ainsi de toutes les concessions qui ont trait à un usage privatif du do-

maine public lié à une simple utilisation privée ; on pense ici p. ex. à la concession que demande un plaisancier pour la construction d'un ponton sur un lac (on pourrait raisonner de la même manière pour l'octroi d'un permis de chasse ou de pêche ; ou encore pour une concession funéraire) En revanche, il ne devrait guère y avoir d'exception lorsque le transfert porte sur un monopole de droit.

c) Le renouvellement, le transfert de la concession

La concession est délivrée pour une **durée déterminée**; celle-ci est fixée de manière à permettre à son bénéficiaire d'amortir les investissements qu'il a consentis pour exercer l'activité économique en cause. Elle ne saurait être de durée indéterminée ou illimitée (ATF 127 II 69, c. 4) ; cette solution permet d'ailleurs, à l'échéance de la concession, de rouvrir le marché en cause à la concurrence. En d'autres termes, le titulaire antérieur de la concession n'a pas de droit à son renouvellement, et il est placé, dans le nouvel appel d'offres, sur le même pied que d'autres prétendants (les avis précités de la Comco ont d'ailleurs trait à des procédures de renouvellement de concessions). **50**

Sur le principe, la solution ne souffre guère de discussion. En revanche, dans la **pratique**, elle soulève des difficultés considérables (voir à ce propos HÄNER, Konzessionsverhältnisses, p. 98 ss ; cet auteur évoque également des dispositions légales spéciales prévoyant la faculté d'un renouvellement en faveur du concessionnaire ; on peut alors se demander si elles excluent une mise au concours dans ce contexte). Elle part de la prémisse que le titulaire de la concession rétablit l'état antérieur à l'échéance de celle-ci ; le port, le barrage existants sont détruits, le réseau électrique démantelé, p. ex. Autre solution, plus simple dans sa mise en œuvre pour l'autorité : les installations réalisées au bénéfice de la concession font retour à la collectivité concédante ; la concession renouvelée porterait alors non pas sur la réalisation de l'ouvrage, mais désormais seulement sur son exploitation. La règle du rétablissement de l'état antérieur figure parfois dans les textes ; d'autres lois connaissent le régime d'un droit de retour (art. 67 s. LFH). En l'absence de règle portant sur ces aspects, la fin de la concession débouche sur une situation juridique délicate : s'il va de soi que le droit concédé revient à la collectivité concédante, tel n'est pas le cas de la propriété des installations permettant l'exploitation du droit. Cela pourrait obliger la collectivité à exproprier ces installations avant de procéder au renouvellement de la concession dans la forme d'une mise au concours. Il peut en résulter des problèmes extrêmement délicats, que l'on ne développera toutefois pas ici. **51**

Par ailleurs, le **transfert des concessions** semble, à première vue, entrer en contradiction avec le régime de la mise au concours ; on pourrait craindre en effet qu'un tel transfert soit de nature à contourner les exigences de l'art. 2 VII LMI, puisque le nouveau concessionnaire n'est pas désigné à l'issue d'une procédure de mise en concurrence, telle qu'exigée par ce texte (dans le même sens, HÄNER, Konzessionsverhältnisses, p. 97 s.). Néanmoins, la possibilité d'un transfert doit être ouverte, ne serait-ce que pour permettre à une entreprise en difficulté de trouver un successeur ; le nouveau concessionnaire est alors tenu de reprendre sans changement les obligations découlant de la concession d'origine (p. ex. sans prolongement de la durée de celle-ci). La **modification de la concession** soulève des difficultés similaires ; on pourrait en effet penser que seule une nouvelle mise en concurrence peut permettre d'apporter des corrections à la concession initiale. Il faut cependant réserver des ajustements secondaires – où un appel d'offres serait trop lourd ; on notera aussi que les lois spéciales prévoient fréquemment la possibilité d'adaptations de la concession en cas de « perturbations » entre les parties à l'acte, ce qui exclut une mise en **52**

concurrence ouvrant l'accès au marché à cette occasion à des tiers (pour des exemples, tirés du droit fédéral, mais transposables en droit cantonal, RIVA, Konzessionsverhältnis, p. 59 ss ; pour un exemple où il s'agissait de qualifier l'opération de modification ou de renouvellement de la concession, TAF, arrêt du 29.08.2011, A-1939/2011).

d) Les marchés en aval

53 L'entreprise privée concessionnaire assume elle-même la responsabilité de l'activité économique (réservée, exclusive) que la collectivité lui a transférée. Il en résulte qu'elle n'a pas la faculté de céder à son tour l'exercice de cette activité à d'autres privés ; en d'autres termes, il **ne** saurait en principe y avoir de **sous-concession** (l'hypothèse devrait en outre être distinguée d'un transfert de la concession).

54 En revanche, l'entreprise privée concessionnaire a la faculté de se procurer sur le marché les biens et services nécessaires à son activité. La question se pose alors de savoir si de telles acquisitions relèvent ou non du droit des marchés publics ; la réponse est assez largement affirmative dans le domaine des secteurs EETT, voire plus largement (CLERC, LMI 5 N 81 ss ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1111 s., 1115 ss).

III. Les exigences posées à l'article 2 VII LMI

A. Généralités

55 L'art. 2 VII LMI pose le **principe de non-discrimination** en matière d'octroi de concessions ; plus concrètement, l'autorité concédante doit traiter de la même manière (toutes) « les personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ». A vrai dire, l'art. 2 VII LMI ne comporterait rien de neuf à cet égard sur le plan matériel, mais se bornerait à confirmer ce qui résulte déjà du droit positif (AUER/MARTENET, p. 324 ; pour plus de détails N 64 ss).

56 L'art. 2 VII LMI innove ainsi surtout sur le plan de la **procédure**, puisqu'il exige désormais le lancement d'un **appel d'offres** pour l'octroi de concessions à des entreprises privées. L'objectif est assurément de renforcer l'ouverture et la concurrence sur de tels « marchés », ainsi que la mise en œuvre de l'exigence d'égalité de traitement entre les requérants potentiels à la concession. Sans assise procédurale, le principe de non-discrimination apparaît en effet comme très fragile.

57 Les **art. 2 VII et 5 LMI** concordent très largement dans leurs exigences ; ils ont d'ailleurs tous deux pour objet un aspect matériel (principe de non-discrimination ; art. 5 I LMI), d'une part, et un autre de nature procédurale (l'exigence d'un appel d'offres ou d'une publication ; réservée il est vrai à l'art. 5 II LMI aux projets de grande importance), d'autre part. Cette convergence conduit logiquement à l'idée d'appliquer par analogie aux concessions les principes dégagés dans le domaine des marchés publics (Mess-Rév.LMI, p. 441) ; mais cela montre également que les deux règles sont distinctes et s'appliquent à des états de fait différents (voir d'ailleurs *supra*, N 41). Concrètement, la pratique tendra à comparer, voire à rapprocher les deux systèmes ; il reste qu'une transposition mécanique des solutions développées en droit des marchés publics au domaine des concessions serait injustifiée.

58 On traitera d'abord le volet procédural de l'art. 2 VII LMI (N 58 ss), pour aborder ensuite les conséquences à déduire du principe de non-discrimination dans de telles procédures (N 64 ss).

B. L'exigence d'une mise en concurrence

1. L'appel d'offres en droit des marchés publics

L'art. **5 II LMI** comporte une esquisse du **principe de transparence** développé dans le domaine des marchés publics. Il énonce expressément l'exigence de la publication des marchés de grande importance ; celle-ci doit porter en outre sur les critères de participation et d'attribution du marché. Le corollaire de ces exigences est que le pouvoir adjudicateur doit déterminer l'offre économiquement la plus favorable sur la base des critères qu'il a préalablement établis. **59**

Cette réglementation se rattache à un **modèle** – certes fréquent dans la pratique, mais qui n'est pas toujours réalisé –, dans lequel les prestations demandées peuvent être décrites (souvent de manière détaillée) par l'adjudicateur et où les **prestations** que peuvent fournir les soumissionnaires sont **substituables** les unes par rapport aux autres (DUBEY, Concours, p. 47 ss). C'est dans une telle configuration que l'adjudicateur est en mesure d'inviter les entreprises intéressées à présenter de véritables offres, puis, pour autant qu'elles soient conformes au devis descriptif qu'il a établi, à les comparer entre elles à l'aide des critères annoncés. **60**

Il est d'autres situations dans lesquelles l'adjudicateur n'est pas en mesure de décrire la prestation attendue, parce qu'il souhaite plutôt obtenir des propositions de solutions à un problème qu'il a identifié ; il attend alors de ses interlocuteurs des **prestations de conception** et chaque participant présentera un concept, un projet, qui constitue une prestation unique et non substituable. Le droit des marchés publics fournit à cet égard une procédure distincte de celle de l'appel d'offres, au sens strict, la procédure de concours (voir à ce propos DUBEY, Concours, p. 52 ss). Il y a par ailleurs des formules intermédiaires entre l'appel d'offres classique et le concours ; tel est le cas notamment de l'appel d'offres fonctionnel (qui se rapproche d'ailleurs dans une certaine mesure du concours de projet et de réalisation ; pour plus de détails, DUBEY, Concours, p. 143 ss ; FETZ, Ausschreibung, p. 101 ss). Il s'agit en effet notamment d'offrir une procédure adéquate au pouvoir adjudicateur qui souhaite obtenir en premier lieu des prestations de conception (l'élaboration d'un projet), puis des prestations de travaux ou de services (relevant du domaine classique des marchés publics ; on peut signaler aussi la procédure dite des « mandats d'études parallèles » : DUBEY, Concours, p. 151 ss, qui montre les difficultés à insérer cette procédure dans le cadre du droit positif des marchés publics). **61**

2. La mise en concurrence en matière de concessions

Différents types de procédures peuvent être envisagés afin d'assurer une mise en concurrence des candidats à l'octroi de concessions (pour un inventaire, voir KUNZ, Konzessionen, p. 201 ss). Il reste que, dans un premier temps, l'autorité devrait procéder à une **publication** du projet de concession, même lorsqu'elle a été saisie d'une demande formée par une entreprise intéressée (dans ce sens, KUNZ, Konzessionen, p. 215 s. ; voir cependant N 62). Cet avis devrait comporter l'indication des **critères** servant de base au choix du concessionnaire remplissant le mieux les objectifs d'intérêt public poursuivis (p. ex. dans le contexte d'une concession de service public ; KUNZ, Konzessionen, p. 221 s., parle à ce sujet de *beauty-contest*) ; en cas d'offres équivalentes, les concurrents peuvent être départagés dans le cadre d'enchères (KUNZ, Konzessionen, p. 221 ; on sait notamment que la Confédération a procédé de cette manière pour l'octroi de certaines concessions de télécommunication : voir à ce propos ROUSSIANOS, Concessions, p. 292 ss) ou par d'autre moyens. Il y a donc une certaine parenté avec l'adjudication en droit des marchés publics, **62**

qui s'appuie elle aussi, sur une batterie de critères visant à déterminer l'offre économiquement la plus favorable ; mais le modèle classique de l'appel d'offres du droit des marchés publics n'est au surplus pas transposable ici (*supra* N 59).

63 Dans la plupart des cas en effet, les prestations attendues du futur concessionnaire sont complexes. L'exemple de la réalisation de nouveaux ouvrages d'accumulation permet d'illustrer la difficulté. Un canton, par hypothèse, sait qu'il dispose d'un potentiel de production hydro-électrique, sans connaître l'implantation exacte du barrage à réaliser et moins encore la forme (optimale) qu'il devrait prendre. Sauf à réaliser lui-même de telles études, coûteuses et délicates, il n'est donc nullement en mesure de fournir un devis descriptif pour la réalisation d'un tel ouvrage (ce qui implique des prestations de travaux) et moins encore pour les prestations de services, liées à l'exploitation de l'ouvrage pendant toute la durée de la concession ; sont en effet nécessaires au préalable de nombreuses prestations de conception, ayant trait à l'analyse de la situation, puis des propositions portant sur l'implantation et les caractéristiques de l'ouvrage. On le voit bien à cet exemple : il n'est pas possible, conformément au modèle classique de l'appel d'offres du droit des marchés publics, d'obtenir des offres portant sur des prestations équivalentes et substituables ; il n'est pas évident non plus que la procédure de concours de projet et de réalisation soit véritablement adéquate. La formule du mandat d'études parallèles devrait sans doute être envisagée ; elle consisterait à charger les candidats potentiels d'élaborer des projets de solutions et celui qui fournirait le projet le plus judicieux serait ensuite retenu comme bénéficiaire de la concession (DUBEY, Concours, p. 151 ss). On souligne ici que les remarques qui précèdent ne constituent que des suggestions et des pistes de réflexion, qu'il appartient à la pratique de mettre à l'épreuve. En l'état, il n'y a pas d'expérience suffisante en cette matière pour présenter des modèles de procédure éprouvés.

64 Tout au plus peut-on s'inspirer également des procédures d'appel d'offres que quelques **lois fédérales spéciales** ont mis en place pour l'octroi de concessions (en matière de télécommunication, ROUSSIANOS, Concessions, p. 256 ss et 289 ss ; dans le même sens, KUNZ, Konzessionen, p. 225 s., qui a esquissé un modèle « simple », inspiré de la LTC ; ou dans le domaine de la radio-télévision : WEBER, Rundfunkrecht, p. 307 ss ad art. 45 LRTV). On gardera cependant à l'esprit que chaque type de concession présente des spécificités particulières, ce qui implique l'adoption d'une procédure qui lui soit adaptée ; la rédaction d'appels d'offres et surtout de cahiers des charges appropriés aux différentes concessions en cause apparaît en outre comme un exercice délicat.

C. Le respect du principe de non-discrimination

1. Généralités

65 Au même titre que l'art. 5 I LMI dans le domaine des marchés publics, le principe précité implique au premier chef un **libre accès des offreurs suisses** au « marché » des concessions. Dans un second temps, l'autorité concédante doit traiter les différents candidats de manière non discriminatoire. La procédure mise en place, évoquée plus haut, doit respecter ces exigences et l'autorité concédante doit ensuite, plus encore, les mettre en œuvre dans le cadre de ses décisions.

2. Le cercle des « soumissionnaires »

66 Les entreprises privées bénéficiaires de l'art. 2 VII LMI doivent avoir leur **établissement** ou leur **siège en Suisse**. Cette exigence peut être mise en parallèle avec l'art. 5 I/2 LMI,

formulé de manière similaire. On peut donc renvoyer ici au commentaire de cette disposition (LMI 5 N 86 ss ■■). En substance, la règle protège donc des offreurs suisses, à l'exclusion d'offreurs étrangers.

67 Il faut noter ici un paradoxe. Selon la jurisprudence, l'existence d'un monopole a pour conséquence d'écarter l'application de la liberté économique, de sorte que le candidat qui n'aurait pas été retenu pour l'octroi d'une concession, ne saurait se prévaloir dans un recours de cette garantie constitutionnelle (ATF 130 I 26, c. 4.2, certes dans un contexte un peu différent ; cf. LMI 5 N 87 et les références). Or, le cercle des bénéficiaires de l'art. 2 VII LMI coïncide avec celui des personnes titulaires de la liberté économique. Il en découle ainsi que cette garantie constitutionnelle déploie désormais aussi certains effets dans le domaine des monopoles (dans ce sens WALDMANN, Konzession, p. 22 ss).

68 Il en résulte concrètement, pour prendre un exemple, que la mise au concours précédant, par hypothèse, l'octroi de permis de pêche professionnels ne saurait être fermée à des pêcheurs provenant d'autres cantons ; en outre, les critères d'adjudication retenus ne devraient pas défavoriser ces derniers (à cet égard, il n'est pas certain que la législation ou les concordats en vigueur respectent tous les exigences précitées ; voir art. 14 et 17 du concordat sur la pêche dans le Léman adopté le 7 octobre 1999, RS VD 923.95 ; ces dispositions prévoient en effet que l'octroi d'une concession nécessaire pour l'ouverture d'une exploitation nouvelle est réservée aux personnes domiciliées dans le canton de l'exploitation à remplacer ; KUNZ, Konzessionserteilung, p. 34, n. 27, évoque une problématique similaire à Zurich, s'agissant de l'octroi d'un droit exclusif de chasse). Par ailleurs, les offreurs internes (soit ceux provenant du canton concédant) doivent également pouvoir se prévaloir de cette disposition ; en matière de marchés publics, la jurisprudence a en effet retenu que ceux-ci pouvaient s'en prendre à une éventuelle discrimination à rebours (ATF 125 I 406, c. 2d) et la solution paraît pouvoir être transposée ici (quand bien même, de manière générale, la LMI n'a pas pour vocation de combattre les mesures défavorisant les acteurs locaux par rapport aux acteurs externes).

69 En revanche, les **offreurs étrangers** ne peuvent rien tirer de l'art. 2 VII LMI. Tout au plus faut-il réserver ici les dispositions de conventions internationales, qui conféreraient aux acteurs étrangers (essentiellement européens) le droit de prendre part à des mises au concours pour l'octroi de concessions (voir à ce propos art. 18 IV du Traité sur la charte de l'énergie, entré en vigueur pour la Suisse le 16 avril 1998, dans lequel les parties contractantes s'engagent à faciliter l'accès aux ressources énergétiques, notamment en octroyant d'une manière non discriminatoire des concessions pour l'exploitation ou l'extraction de ressources énergétiques ; RS 0.730.0 ; on notera cependant que, pour l'essentiel, les dispositions de cette charte n'ont pas de caractère *self-executing* : WEBER/KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, p. 53 ss).

3. Les critères de choix du concessionnaire

a) Remarques générales

70 L'art. 2 VII LMI s'inscrit dans le contexte général de la loi. En d'autres termes, les **critères** et autres conditions applicables à l'octroi de la concession **ne** sauraient présenter un caractère **discriminatoire direct** (art. 3 I/a LMI) ou **indirect** (art. 3 III LMI) ; ils ne peuvent entraîner des restrictions d'accès aux concessions que dans la mesure où ils respectent, par ailleurs, les exigences de l'art. 3 I/b, c et II LMI. Constituerait une discrimination directe un tarif des redevances de concession plus élevé pour un offreur externe qu'un

offreur interne. Cependant, on sait que de nombreuses réglementations cantonales prévoyaient, jusqu'à une période récente, la perception d'un émolument lié à l'octroi d'un permis de chasse ou de pêche plus élevé pour les personnes non domiciliées que pour celles domiciliées sur leur territoire ; pour autant que de tels permis puissent être qualifiés de concessions, ce qui devrait être le cas de permis de pêche professionnels, la règle présenterait un caractère directement discriminatoire. La jurisprudence rendue en matière de marchés publics donne par ailleurs divers exemples de discrimination indirecte au détriment d'offreurs externes (cf. LMI 5 N 109, notamment en relation avec le critère de la distance de transport entre le lieu de production et le lieu de livraison) ; on peut imaginer des situations semblables en matière de concessions et elles devraient alors être condamnées dans la même mesure.

71 De manière générale, on observera que les **critères** retenus dans le domaine des **marchés publics** pour évaluer les offres sont largement **transposables** dans le domaine des concessions ; la question centrale est alors celle de s'assurer que le critère retenu est approprié pour évaluer le caractère économique des prestations fournies. Plus généralement, en matière de concessions, il y a lieu d'admettre l'ensemble des critères qui permettent de mesurer et d'apprécier le caractère approprié des prestations de conception, de travaux ou de services promis par les requérants, au regard des objectifs d'intérêt public fixés par la collectivité. La perspective est donc plus ouverte que dans le domaine des marchés publics où la préoccupation centrale est celle de la mise en concurrence et du caractère économique de la prestation. Lorsque l'Etat transmet l'exploitation d'un monopole, il lui est loisible de prendre en considération des **intérêts publics sur un spectre plus large** (dans ce sens Esseiva, Concessions, p. 205 s.). La collectivité concédante peut ainsi, p. ex., arrêter des critères qui, de son point de vue, permettent de déterminer le candidat qui sera le mieux à même d'accomplir la tâche publique (au sens large) en cause.

72 Il va de soi que, à l'instar de ce qui prévaut dans le domaine des marchés publics, l'autorité concédante bénéficie d'une **liberté d'appréciation** très étendue dans le choix des critères d'octroi des concessions, puis dans l'évaluation des dossiers des candidats au regard de ceux-ci. Cette remarque prend d'autant plus de poids que les mises au concours, dans le domaine des concessions, ne se déroulent pas sur un terrain aussi balisé que pour les marchés publics (spécialement ceux qui suivent le modèle classique, décrit plus haut, N 59).

73 Néanmoins : des critères, de nature sociale p. ex., considérés comme inadmissibles dans le domaine des marchés publics, peuvent-ils au contraire apparaître acceptables en matière de concession ? En marge de l'octroi d'une concession, l'autorité poserait comme condition, par hypothèse, la création d'un certain nombre d'emplois dans le canton concerné. A première vue, le procédé paraît admissible ; le canton devrait en effet pouvoir céder un droit relevant du monopole en attendant en contrepartie des prestations d'intérêt public. D'ailleurs, une telle exigence peut être posée dans le cadre d'une subvention (voire d'un allègement fiscal si la législation le permet) ; la solution doit donc pouvoir être transposée dans le cas d'une concession (on renvoie à titre de comparaison aux développements de Clerc à propos des marchés publics, LMI 5 N 93 ss et 113 ss ■■■).

b) Les lois spéciales

74 Les observations qui précèdent sont de caractère extrêmement général ; elles suggèrent de fixer les critères d'octroi domaine par domaine, voire de cas en cas. On retrouvera généra-

lement en premier lieu les critères qui ont trait à l'aptitude du concessionnaire à mener à bien sa tâche (sur le plan structurel, financier, technique, notamment ; on parle aussi de **critères de qualification**; lorsque la condition n'est pas remplie par le candidat, son dossier doit être écarté), puis ceux qui concernent plus spécifiquement les prestations attendues **(critères d'adjudication)**.

75 Ce n'est pas le lieu de passer en revue la législation cantonale, voire communale portant sur les différents types de concessions pratiquées en Suisse. On se bornera donc ici à quelques **exemples**, tirés du **droit fédéral**. En effet, bien que l'on soit ici en présence de concessions cantonales (ou communales), certaines règles de droit fédéral abordent ce type de questions :

- tel est le cas de l'art. 41 LFH, qui a trait à l'octroi de **concessions hydro-électriques**. En substance, cette disposition prévoit que, en cas de compétition pour l'obtention d'une concession, « la préférence est donnée à l'entreprise qui sert le mieux l'intérêt public, et, si les entreprises en compétition le servent dans la même mesure, à celle qui assure la meilleure utilisation du cours d'eau ». Cette formulation concrétise – à vrai dire sur un point seulement – les suggestions développées plus haut. En substance, dans le domaine de la production hydro-électrique, il s'agit d'assurer une utilisation optimale des forces qui peuvent être tirées du cours d'eau (ce critère, parmi d'autres, permet d'apprécier l'intérêt public du projet, voire le respect des exigences déduites du principe du développement durable) ;
- le second cas concerne l'**admission d'un établissement hospitalier dans la planification cantonale**, sur la base de l'art. 39 LAMal (qui peut être considérée comme la transmission d'un monopole cantonal ; *supra* N 39). Selon l'art. 39 II^{ter} LAMal, le Conseil fédéral est habilité à adopter des critères régissant cette planification, ce qu'il a fait au travers des art. 58*a* ss OAMal (voir plus spécialement les critères évoqués à l'art. 58*b* IV et V OAMal).
- à titre de comparaison (cette réglementation a trait en effet à un monopole fédéral et sort du cadre de cette étude), on citera encore l'exemple de l'art. 45 III LRTV, qui fixe des critères d'octroi des **concessions en matière de radio et télévision**. En substance, cette disposition fixe un premier critère (que la pratique subdivise en plusieurs éléments), qui a trait à la meilleure exécution du mandat de prestation (ou service public) ; par ailleurs, en cas d'équivalence de plusieurs candidatures, ce texte recourt à un critère subsidiaire, celui de la contribution la plus importante à la diversité de l'offre et des opinions. Concrètement, l'appel d'offres publié doit contenir les critères d'adjudication (art. 43 II/e ORTV), qui doivent s'inscrire dans le cadre défini par la loi.

76 On retiendra des développements qui précèdent que la détermination des critères de qualification et d'adjudication des concessions est un art extrêmement difficile (au même titre que pour un appel d'offres fonctionnel ; voir sur ce point FETZ, Ausschreibung, p. 116 ss).

IV. Brève appréciation

77 L'art. 2 VII LMI visait à introduire une certaine concurrence lorsque des monopoles cantonaux et communaux sont transférés au secteur privé. Cependant, la jurisprudence est rare à cet égard (pour un exemple : ATF 135 II 49) et l'on peut se demander si cette disposition a réellement et pleinement été mise en œuvre. On peut en douter à la lumière de l'affaire soumise pour avis à la Comco, concernant une concession dans le secteur électrique.

78 Le cas d'espèce a d'ailleurs montré les **faiblesses de la règle** ; celle-ci est en effet d'une formulation extrêmement large et elle est de ce fait susceptible de s'appliquer dans de très nombreux domaines, qui tous présentent des spécificités, parfois complexes. Il semble dès lors judicieux de remettre le problème sur le métier ; à cet égard, il apparaît surtout **nécessaire**, si l'option d'une ouverture à la concurrence est maintenue en matière de concessions (le législateur, en engageant une révision de la LApEl et de la LFH a plutôt choisi un changement de cap en renonçant – à tort ? – à l'exigence d'une ouverture de ces marchés particuliers), **d'adopter des procédures spécifiques, propres à chaque secteur**.

Art. 3

Restrictions à la liberté d'accès au marché

[1] La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :
a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;
b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;
c. répondent au principe de la proportionnalité.

[2] Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque :
a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;
b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants ;
c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ;
d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

[3] Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

[4] Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

Beschränkung des freien Zugangs zum Markt

[1] Ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern darf der freie Zugang zum Markt nicht verweigert werden. Beschränkungen sind in Form von Auflagen oder Bedingungen auszugestalten und nur zulässig, wenn sie :
a. gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten ;
b. zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind ; und
c. verhältnismässig sind.

[2] Nicht verhältnismässig sind Beschränkungen insbesondere, wenn :
a. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird ;
b. die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen ;
c. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder der Sitz am Bestimmungsort verlangt wird ;

d. der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen durch die praktische Tätigkeit gewährleistet werden kann, welche die Anbieterin oder der Anbieter am Herkunftsort ausgeübt hat.

[3] Beschränkungen, die nach Absatz 1 zulässig sind, dürfen in keinem Fall eine verdeckte Marktzutrittsschranke zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten.

[4] Über Beschränkungen ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden.

Restrizioni del libero accesso al mercato

[1] Agli offerenti esterni non può essere negato il libero accesso al mercato. Le restrizioni devono rivestire la forma di oneri o condizioni e sono ammissibili soltanto se :
a. si applicano nella stessa misura agli offerenti locali ;
b. sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti ; e
c. sono conformi al principio di proporzionalità.

[2] Le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se :
a. le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti ;
b. i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti ;
c. il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione ;
d. la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

[3] Le restrizioni ammissibili secondo il capoverso 1 non devono in alcun caso costituire una barriera dissimulata all'accesso al mercato, volta a favorire interessi economici locali.

[4] Le decisioni concernenti le restrizioni sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita.

Bibliographie

MARTENET/RAPIN, Marché ; ZWALD, BGBM. ***Eg***. A. AUER/V. MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique, DPC 2004/1, p. 277 ss *(Espace économique)* ; N. F. DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 2010, p. 129 ss *(Herkunftsprinzip)* ; D. DREYER/B. DUBEY, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 *(Réglementation)* ; N. GAMMENTHALER, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, in : Jusletter du 26 septembre 2011 ; S. RADCZUWEIT, Il sacrificio del federalismo sanitario sull'altare dello spazio economico svizzero omogeneo, con uno sguardo alla nuova legge sul mercato interno in generale, RTiD I-2010, p. 357 ss *(Sacrificio)* ; P. RICHLI/K. WUNDER, Über die Möglichkeiten zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nach dem Binnenmarktgesetz, PJA numéro spécial 1996/7 : La nouvelle loi sur les cartels, p. 908 ss *(Beschränkung)* ; M. SCHOTT, Staat und Wettbewerb – Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigung in der Schweiz und in der Europäischen Union, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010 *(Wettbewerb)* ; R. S. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994/6, p. 739 ss *(Binnenmarkt)* ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)*.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1193 ss ; Mess-rév.LMI, FF 2005 I 421 ss ; Rapport LMI, FF 2000 I 5603 ss ; BO CE 1995 870 ss.

Plan N

I. Présentation . . . 1
II. Interdiction de la discrimination formelle . . . 7
III. Préservation d'un intérêt public prépondérant . . . 8
A. Notion d'intérêt public prépondérant . . . 8
B. Absence de catalogue légal . . . 13
1. Protection de la vie et de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux . 17
2. Protection de l'environnement . . . 20
3. Loyauté des échanges commerciaux et protection des consommateurs . . . 22
4. Poursuites d'objectifs de politique sociale et énergétique . . . 25
5. Garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation . . . 29
C. Intérêts indignes de protection . . . 30
D. Principe de causalité nécessaire . . . 33
IV. Respect du principe de proportionnalité . . . 37
A. Généralités . . . 37
B. Protection suffisante du droit du lieu de provenance . . . 43
C. Rationalité administrative . . . 48
D. Interdiction de la discrimination par le siège ou l'établissement . . . 50
V. Base légale ? . . . 53
VI. Interdiction du protectionnisme . . . 54
VII. Aspects procéduraux . . . 57

I. Présentation

1 L'art. 3 LMI définit les conditions auxquelles il peut être fait exception à la liberté d'accès au marché consacrée par l'art. 2 LMI.

2 L'art. 3 LMI est une **norme d'exception**. Il permet de déroger au principe selon lequel les marchandises, services et prestations de travail qui sont proposés licitement au lieu de l'établissement ou du siège de l'offreur peuvent être offerts sur tout le territoire suisse. Il s'impose d'interpréter les conditions posées par l'art. 3 LMI de manière restrictive, sous peine de faire du principe de la primauté du droit de provenance une exception. L'art. 3 LMI ne doit pas être pour les cantons le moyen de justifier leurs pratiques passées et de maintenir ainsi un *statu quo* qui irait à l'encontre de la création d'un marché intérieur (BO CE 1995 873).

3 La révision de l'art. 3 LMI a eu pour effet de **durcir encore le régime d'exception** à la liberté d'accès au marché. Ainsi, le nouvel art. 3 I LMI interdit désormais aux autorités cantonales et communales d'opposer à des offreurs externes un refus pur et simple d'accéder au marché et ne leur permet que d'imposer des restrictions d'accès. De telles restrictions pourront uniquement prendre la forme de charges ou de conditions à respecter par les offreurs externes.

4 En outre, si des restrictions à l'accès au marché sont toujours autorisées, l'exigence de proportionnalité a été renforcée. Ce renforcement se concrétise notamment par l'obligation faite aux autorités cantonales et communales du lieu de destination de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance, lorsque l'activité économique considérée n'y est pas réglementée et que l'offreur ne peut donc se prévaloir d'un quelconque certificat de capacité (art. 3 II/c LMI, voir également TA TI du 10 octobre 2008, cité dans le Rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 2009, p. 16 ss, 30 et confirmé par le TF, arrêt du 15.05.2009, 2C_844/2008, c. 3 et 4).

5 Les conditions auxquelles la liberté d'accès au marché peut être restreinte par le droit du lieu de destination sont au nombre de trois. Les restrictions doivent :

– s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (3 I/a LMI) ;
– répondre à un intérêt public prépondérant (3 I/b LMI) ;
– être proportionnelles (art. 3 I/c LMI).

Ces trois conditions sont **cumulatives** (ZWALD, BGBM, p. 427, N 61). Seule une restriction à la liberté d'accès au marché qui les satisfait toutes les trois est admissible au regard de la LMI (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 4a ; BO CE 1995 873 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 167). Elles s'appliquent uniformément à toutes les activités lucratives protégées par la LMI, sans exception. **6**

II. Interdiction de la discrimination formelle

La première condition imposée à l'autorité qui restreint à l'offreur externe l'accès à un marché donné est l'**interdiction de la discrimination formelle**. Toute restriction à la liberté d'accès au marché doit s'appliquer également aux offreurs externes et aux offreurs locaux (art. 3 I/a LMI). Sont interdites les prescriptions diversement applicables et l'application discriminatoire de normes indistinctement applicables en fonction du lieu d'établissement ou du siège de l'offreur. Tout acte public qui établit une inégalité de traitement entre les offreurs locaux et les autres est **toujours illicite**. Sont seules admissibles les restrictions applicables à tous les offreurs, sans distinction de provenance dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt public prépondérant, et à condition de ne pas avoir pour effet d'entraver l'offreur externe de manière disproportionnée. **7**

III. Préservation d'un intérêt public prépondérant

A. Notion d'intérêt public prépondérant

Un intérêt est public lorsqu'il est commun à une partie au moins de la population. Tous les intérêts publics ne sont cependant pas dignes d'être protégés. Il n'y a pas de définition générale des intérêts publics dignes de protection. **8**

Les intérêts publics qui justifient une restriction publique à la liberté d'accès au marché sont **qualifiés**. En soi, un intérêt public ne permet pas de déroger à la liberté d'accès au marché ; il doit être prépondérant (art. 3 I/b et II LMI). **9**

L'intérêt **prépondérant** s'entend de tout intérêt qui a une importance particulière. La notion de prépondérance indique en outre que la valeur de l'intérêt n'est pas jugée dans l'absolu mais par rapport à d'autres intérêts : l'intérêt public prépondérant est celui qui par son importance l'emporte sur les autres. **10**

La prestation de l'autorité publique est ainsi toujours fonction d'une **pesée des intérêts publics en présence** (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 26). C'est de cette pesée que résultera le ou les intérêt(s) public(s) prépondérant(s). **11**

La notion d'intérêt public prépondérant n'est pas propre à la LMI. Elle est invoquée fréquemment comme limite à l'action de l'Etat. Elle est ainsi une condition pour restreindre la liberté économique (art. 36 II Cst). Elle se retrouve dans d'autres législations fédérales, notamment aux art. 8, 11 et 15 II LCart. Toutefois, les intérêts admis comme prépondérants dans un cas d'application de la liberté économique, de la LCart ou de toute autre loi fédérale ne sauraient être qualifiés a priori de prépondérants au sens de l'art. 3 LMI. La prépondérance d'un intérêt renvoie toujours à une situation de fait et se définit par rapport **12**

aux intérêts que cette situation met en jeu. Seul l'examen du cas concret permet ou non de révéler l'existence d'un intérêt public prépondérant (voir LCart 8 N 116 et 117).

B. Absence de catalogue légal

13 Jusqu'à la révision de 2005, l'art. 3 LMI dans son ancienne version proposait **un catalogue des intérêts publics prépondérants** susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une restriction à la concurrence Ainsi l'art. 3 II aLMI prévoyait des exceptions au droit d'accès au marché fondées sur des motifs suivants :

a. La protection de la vie et de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux ;
b. La protection de l'environnement ;
c. La loyauté des échanges commerciaux et la protection des consommateurs ;
d. La poursuite d'objectifs de politique sociale et énergétique ;
e. La garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation.

14 Ce catalogue était largement inspiré des dispositions du TCE, qui en son art. 30 (cf. aujourd'hui art. 36 TFUE) énumérait les raisons autorisant les Etats membres à faire obstacle à la libre circulation des biens et des personnes. Ainsi, en vertu de cette disposition du Traité, les Etats membres sont autorisés à restreindre la circulation des marchandises pour « des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale » (sur les restrictions fondées sur l'art. 30 [ex 36] TCE, voir en particulier RICHLI/WUNDER, Beschränkung, p. 912-917 et MARTENET/RAPIN, Marché, p. 30-31). Des clauses semblables existent en outre en matière de circulation des travailleurs (art. 45 TFUE [ex-art. 39 TCE]), de liberté d'établissement (art. 52 TFUE [ex-art. 46 TCE]) et de prestations de services (art. 61 TFUE [ex-art. 54 TCE]).

15 Lors de la révision générale de la LMI, ce catalogue des intérêts publics prépondérants a été abandonné. Principale justification : l'absence de nécessité d'un tel catalogue, en raison de l'identité qui existe entre, d'une part, les motifs d'intérêts publics anciennement mentionnés et, d'autre part, les motifs admis par le TF pour faire exception à la liberté économique de l'art. 27 Cst (Mess-rév.LMI, p. 441). En outre, le catalogue des intérêts publics prépondérants sous-entendait que certaines réglementations cantonales ou communales avaient été adoptées sans aucun égard auxdits intérêts, ce qui, dans son principe, va à l'encontre de la présomption d'équivalence des réglementations introduite à l'art. 2 V LMI. Enfin, le catalogue légal de l'art. 3 II aLMI ne se voulait pas exhaustif, mais seulement exemplatif, et sa suppression renforce l'idée selon laquelle les cantons et les communes ne sont pas limitées à un nombre prédéfini d'intérêts publics aptes à justifier des restrictions à l'accès au marché.

16 Sur le fond et en dépit de la suppression du catalogue légal, la nature même des intérêts publics susceptibles de justifier des exceptions au principe du libre accès au marché est restée identique. Aussi, il demeure opportun de se référer aux motifs qualifiés d'intérêts publics prépondérants en vertu de l'ancienne disposition et à la jurisprudence y relative.

1. Protection de la vie et de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux

17 Ces intérêts publics sont déjà largement protégés par la réglementation fédérale. S'agissant de la protection des animaux et des végétaux, il faut citer les art. 80 Cst

(art. 25bis aCst protection des animaux) et art. 74 Cst (art. 24^{sexties} IV aCst protection de la faune et de la flore) et leur loi d'application : la Loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005 (LPA ; RS 455), respectivement la Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (LPN ; RS 451).

La vie et la santé des êtres humains sont largement protégées par la législation fédérale. Il en va ainsi en particulier de la santé des ouvriers et des employés (cf. art. 110 Cst ; art. 34 et 34ter aCst) et de celle des consommateurs (cf. la Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 9 octobre 1992 [LDAI ; RS 817.0] ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 40). **18**

Usant de leurs compétences propres, les cantons peuvent cependant intervenir à un titre ou à un autre dans la réglementation des activités économiques qui présentent un risque pour les personnes, les animaux ou la flore. Il est légitime, en particulier en matière de santé publique, que des restrictions puissent être imposées aux offreurs externes, si celles-ci sont indispensables à limiter le risque inhérent à l'activité économique en cause. A ce propos, la question de savoir quels risques il est admissible de prendre est une question politique à laquelle les cantons peuvent répondre de façon différente, pour autant que cela ne constitue pas un obstacle aux échanges destinés à favoriser les intérêts économiques locaux (ATF 125 I 322, c. 4c, SJ 2000 I 49). **19**

2. Protection de l'environnement

La protection de l'environnement est une compétence réservée de la Confédération (art. 74 Cst ; art. 24^{septies} aCst). La politique d'environnement s'entend de la protection des hommes, des animaux, des plantes, de l'air, de l'eau et du sol contre tous types d'atteintes nuisibles ou incommodantes (art. 1 II et 7 I LPE). Les cantons sont chargés de l'exécution de la LPE et des autres lois protégeant l'environnement, sauf exception (art. 36 et 37 LPE). Par ailleurs, la LPE confère aux cantons certaines compétences spécifiques, notamment en matière de planification et de gestion des déchets et d'assainissement des sites contaminés (art. 31 ss et 32*c* ss LPE). La politique d'environnement associe largement les milieux économiques, notamment depuis les modifications de la LPE entrées en vigueur au 1er juillet 1997. La LPE prévoit du reste expressément des accords de collaboration entre les cantons, dans le cadre de leurs compétences, et les organisations économiques (art. 41*a* LPE). Les compétences exercées par les cantons en matière d'environnement sont susceptibles d'avoir des effets non négligeables sur les activités économiques, notamment les activités lucratives liées aux marchés créés ou développés par les nouvelles exigences en matière d'environnement (assainissement, recyclage, etc.). En principe, les cantons doivent veiller à traiter tous les acteurs économiques également, quel que soit le lieu de leur établissement ou de leur siège. Des exceptions à ce principe ne sont légitimes qu'à condition d'être absolument nécessaires à la réduction ou à la suppression du risque environnemental. **20**

Au surplus, la protection de l'environnement peut jouer un rôle en matière de marchés publics, surtout lors de la définition des marchés. **21**

3. Loyauté des échanges commerciaux et protection des consommateurs

L'arrêt *Cassis de Dijon* a consacré cette exigence comme une des justifications possibles à la limitation de la liberté de circulation des biens. L'exigence de **loyauté des échanges** se comprend dans un système qui consacre le principe de primauté du droit de provenance. **22**

D'une manière générale, les consommateurs s'attendent à ce qu'une réglementation s'applique de manière uniforme à tous les produits ou services qui leur sont offerts, sans distinction. Or, le principe de primauté du droit de provenance conduit précisément à paralyser l'application d'une réglementation pour certains biens ou services – ceux qui sont »importés » ou viennent de l'extérieur – au motif que leur conformité au droit d'où ils proviennent est présumée garantir la préservation des intérêts publics protégés par la réglementation du lieu de destination. Le fait que des réglementations différentes puissent s'appliquer à des biens ou des services concurrents proposés au même cercle de consommateurs peut créer un avantage indu de l'offreur externe si les consommateurs croient à tort que ces biens ou services répondent aux exigences posées par le droit du lieu de destination. Il est légitime que l'autorité du lieu de destination puisse également imposer à l'offreur externe certaines règles de nature à détromper les consommateurs, notamment en matière d'information (p. ex. étiquetage des produits).

23 La loyauté des échanges commerciaux est au bénéfice des consommateurs, car elle réduit le risque que les consommateurs se trompent sur la qualité des marchandises ou des services proposés par l'offreur externe. L'intérêt à la **protection des consommateurs** va cependant plus loin. Il couvre de manière générale toutes les situations dans lesquelles la réglementation applicable au lieu de destination protège plus efficacement leurs intérêts que celle applicable au lieu de provenance. Le motif est cependant insuffisant à justifier une restriction, si la protection obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance est équivalente à celle de la réglementation du lieu de destination, même si sur certains points elle est aménagée de manière différente (art. 3 III LMI).

24 De façon générale, la justification tirée de la loyauté commerciale et de la protection des consommateurs devrait avoir une portée pratique très limitée. En effet, la matière a été largement codifiée sur le plan fédéral, en particulier dans la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD). Des disparités entre cantons sont dans ces conditions difficilement concevables (dans ce sens, MARTENET/RAPIN, Marché, p. 44-45).

4. Poursuites d'objectifs de politique sociale et énergétique

25 La notion de **politique sociale** se définit à la lumière de l'arrêt *Griessen* (ATF 97 I 499, cf. à ce sujet RICHLI/WUNDER, Beschränkung, p. 910-911). Schématiquement, relèvent de la politique sociale les mesures qui, sans être à proprement parler des mesures de police – soit des mesures visant à préserver d'un danger qui menace des biens entrant dans la définition de l'ordre public –, tendent à procurer ou à accroître le bien-être de la population par l'amélioration des conditions de vie, de santé ou des loisirs. Ces mesures se distinguent des mesures de politique économique, dont le but véritable est d'intervenir dans la libre concurrence et qui tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan.

26 Le risque peut exister que des offreurs externes soient favorisés par rapport à des offreurs locaux parce que le coût social de la marchandise ou du service proposé est inférieur en raison de prescriptions au lieu de provenance qui protègent moins efficacement les travailleurs. La LMI ne doit pas avoir pour but d'encourager le **dumping social** (voir notamment BO CE 1995 873). Cela étant, l'imposition aux offreurs externes des prescriptions sociales applicables au lieu de destination ne se justifie pas systématiquement. Dans ce sens, l'obligation faite aux offreurs externes de se soumettre à une convention collective ou aux prescriptions de travail qui prévalent localement dans une branche donnée n'a pas de portée générale (dans ce sens, ATF 124 I 107). L'application aux offreurs externes des pres-

criptions du lieu de destination en matière de conditions de travail n'est concevable que si les prescriptions du lieu où l'offreur a son siège créent un avantage indu du fait d'une protection sociale moindre. De tels cas sont très rares en Suisse, mais pourraient justifier de favoriser l'offreur local, en particulier en matière d'adjudication de marchés publics.

La politique énergétique est caractérisée par un enchevêtrement des compétences fédérales et cantonales (art. 89 Cst ; cf. déjà art. 24^{quater} et 24^{octies} aCst). La nouvelle Constitution fédérale n'apporte pas davantage de clarté en la matière (art. 89 Cst). Les objectifs poursuivis par la politique énergétique sont multiples : garantir l'approvisionnement du pays en énergie, assurer la sécurité des usagers et des consommateurs, plus récemment utiliser l'énergie de manière économe et rationnelle. Les cantons conservent en la matière des prérogatives importantes. Par exemple, les mesures touchant la consommation d'énergie dans les bâtiments sont prises au premier chef par ces derniers (art. 89 IV Cst et 24^{octies} IV aCst, dernière phrase). De fait, des disparités importantes existent entre les cantons (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 47-48). **27**

La poursuite d'objectifs de politique énergétique est un motif qui doit être interprété de manière restrictive. Elle ne peut justifier le cloisonnement de certains marchés en matière de biens et d'appareillages électriques (BO CE 1995 873-874). Une restriction à la liberté d'accès au marché local n'est admissible que si elle s'applique également aux offreurs locaux (art. 3 I/a LMI), qu'elle est indispensable à la poursuite de l'objectif de politique énergétique invoqué (art. 3 I/b LMI), et que les prescriptions applicables au lieu de provenance ne poursuivent pas cet objectif avec une efficacité équivalente (art. 3 III/a LMI). Par ailleurs, il est interdit à une autorité cantonale ou communale chargée d'autoriser (ou de concéder) une activité dans le domaine de l'énergie de soumettre l'autorisation (ou la concession) à la condition que l'entrepreneur ait son siège ou son établissement au lieu de destination (art. 3 III/c LMI). **28**

5. Garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation

Cette garantie sert avant tout les intérêts des consommateurs. Un canton a le droit d'imposer à un offreur externe un niveau de formation équivalent à celui exigé pour les offreurs locaux quand celui-ci est indispensable à assurer la protection des consommateurs et les autres intérêts publics menacés par l'exercice de la profession. Cela étant, lorsque le niveau de formation est attesté par un certificat de capacité, le canton de destination sera tenu de le reconnaître aux conditions de l'art. 4 LMI. **29**

C. Intérêts indignes de protection

La liste ci-dessus constitue une illustration des principaux motifs d'exception susceptibles d'être reconnus comme intérêts publics prépondérants. Théoriquement, et à plus forte raison depuis l'abandon du catalogue légal, tout intérêt public peut justifier une restriction à l'accès au marché si les circonstances font apparaître sa sauvegarde ou sa promotion comme impérieuse, en particulier les intérêts dont la préservation est inscrite dans la Constitution fédérale et notamment – outre les biens publics énumérés à l'art. 3 II LMI – l'aménagement du territoire ou la protection du paysage et du patrimoine (dans ce sens SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 742). **30**

A l'opposé, certains motifs apparaissent d'emblée comme irrecevables. Il en va ainsi de ceux qui sont tirés de la **politique économique** au sens de l'arrêt *Griessen* (voir N 25). **31**

On comprendrait mal que, par des mesures de réorganisation de l'économie contraires à la liberté économique, des cantons puissent restreindre la liberté d'accès de l'offreur externe à un marché donné (dans ce sens RICHLI/WUNDER, Beschränkung, p. 912 ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 26). En particulier, la revitalisation de l'économie d'un territoire du canton (politique régionale) n'est pas un motif recevable (Mess-LMI, p. 1231).

32 De même, les **considérations d'ordre administratif**, notamment celles qui visent à faciliter le travail des autorités du lieu de destination, ne sont jamais en soi suffisantes pour restreindre la liberté d'accès au marché de l'offreur externe.

D. Principe de causalité nécessaire

33 La restriction à la liberté d'accès au marché doit non seulement servir l'intérêt public invoqué par l'autorité mais doit être « indispensable à sa préservation » (art. 3 I/b LMI). La restriction est ainsi le moyen indispensable pour sauvegarder l'intérêt public reconnu comme prépondérant (principe de la causalité nécessaire). S'il est possible d'arriver au même but tout en ménageant l'accès au marché de l'offreur externe, la restriction ne se justifie plus.

34 Le principe de causalité nécessaire implique que l'autorité publique explore les **possibilités alternatives** de sauvegarder l'intérêt public menacé. Cet examen est également dicté par l'exigence de proportionnalité. Il ne suffit cependant pas qu'une solution alternative à celle d'une restriction de la liberté d'accès au marché existe dans le cas d'espèce. Il faudra en outre qu'elle soit conforme au droit, aisée à mettre en œuvre et propre à offrir des assurances au moins équivalentes en termes de protection des intérêts menacés.

35 L'arrêt *Cassis de Dijon* offre l'exemple d'une restriction à la libre circulation d'une marchandise qui n'était pas indispensable (voir LMI 1 N 71). Les autorités allemandes soutenaient que l'importation de boissons n'ayant pas la teneur minimale en alcool imposée par le droit national menaçait les consommateurs. La CJCE a notamment jugé que l'intérêt à une concurrence loyale entre producteurs et la protection des consommateurs pouvaient être préservés par les dispositions relatives aux appellations et aux données indiquant la propriété et la composition du produit en cause (p. ex. : titre alcoométrique sur l'emballage du produit) plutôt que par une interdiction totale de vente. La CJCE a eu par la suite l'occasion de réaffirmer que l'interdiction absolue de vendre ou d'importer un produit sur un territoire donné était hors de proportion (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 60).

36 Dans le même sens, le principe de proportionnalité fait expressément obligation à l'autorité de rechercher si la protection de l'intérêt public en jeu est réalisée par les prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 3 III/a LMI).

IV. Respect du principe de proportionnalité

A. Généralités

37 La restriction à la liberté d'accès au marché doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 I/c LMI).

38 Depuis la révision de la LMI, l'autorité du lieu de destination ne peut plus interdire purement et simplement l'accès au marché d'un offreur externe, y compris son établissement au lieu de destination, mais peut néanmoins y imposer des restrictions sous la forme de

charges et de conditions (art. 3 I LMI). Au surplus, ces charges et conditions ne peuvent restreindre la liberté d'accès au marché de l'offreur externe que de façon proportionnée au but recherché, soit la préservation d'un intérêt public menacé.

39 Le durcissement du test de proportionnalité de l'art. 3 LMI était l'un des objectifs de la révision de 2005, suite à laquelle la structure de l'art. 3 III LMI a été modifiée des deux manières suivantes :

- **Sur la forme**, en introduisant une formulation négative qui énumère non plus les éventualités dans lesquelles une restriction à l'accès au marché respecte l'exigence de proportionnalité mais celles dans lesquelles de telles restrictions sont disproportionnées ; et
- **Sur le fond**, en introduisant l'obligation pour les autorités du lieu de provenance de tenir compte de l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance (art. 3 II/d LMI).

40 Si le passage d'une formulation positive à une formulation négative n'a pas de portée juridique autonome, l'ajout d'une condition de fond a un impact important. En effet, jusqu'alors l'expérience professionnelle était uniquement prise en compte dans le cadre de la procédure de reconnaissance des certificats de capacité en vertu de l'art. 4 LMI. Grâce à cette nouvelle disposition, l'expérience professionnelle peut être invoquée dans les cas où l'activité économique ne dépend pas de l'obtention d'un certificat de capacité au lieu de provenance (l'offreur ne pouvant donc pas se prévaloir d'un tel document), ainsi que dans les cas où le titre acquis au lieu de provenance ne peut pas donner lieu à une reconnaissance en vertu de l'art. 4 LMI, notamment lorsque le titre invoqué n'existe pas au lieu de destination (Mess-rév.LMI, p. 442). Ainsi, il devient possible de contrer un refus d'accès au marché sans devoir déposer, dans le même temps, une demande de reconnaissance d'équivalence des diplômes.

41 L'exigence de proportionnalité implique que la restriction à la liberté d'accès au marché remplisse les conditions ci-dessous :

- **Aptitude à atteindre le but visé**. La mesure qui affecte l'offreur externe doit être non seulement de nature à préserver les intérêts publics invoqués, mais également indispensable à leur préservation (art. 3 I/b LMI). Cette condition a été examinée ci-dessus (N 8 ss).
- **Nécessité au sens du lieu de provenance**. Pour bénéficier de la liberté d'accès au marché, l'offreur externe doit être autorisé à exercer l'activité lucrative en cause au lieu où il est établi ou a son siège (voir LMI 2 N 18). Dans la mesure où les intérêts publics prépondérants invoqués à l'appui de la restriction sont déjà suffisamment pris en compte par le droit du lieu de provenance, ou par l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance, la restriction n'est plus nécessaire. L'examen du droit du lieu de provenance et de l'expérience professionnelle est imposé expressément par la LMI (art. 3 II/d LMI).
- **Interdiction des formalités excessives**. Les autorités du lieu de destination doivent prendre en compte les formalités effectuées par l'offreur externe au lieu de provenance (art. 3 II/b LMI).
- **Proportionnalité au sens strict**. Etant admis que la mesure restrictive est propre à atteindre le but visé et nécessaire au vu du droit du lieu de provenance et de l'expérience professionnelle qui y a été acquise, il reste à vérifier que la gravité des effets de la restriction sur l'offreur externe et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public invoqué par l'autorité ne sont pas dans un rapport disproportionné. Cette appréciation

est fonction de la situation concrète de l'offreur externe et du coût auquel ce dernier doit consentir pour s'adapter à la réglementation restrictive. Dans tous les cas où l'autorité fait du siège ou de l'établissement au lieu de destination une condition de l'exercice de l'activité lucrative, la mesure sera considérée comme disproportionnée (art. 3 II/c LMI).

42 S'il contient des redites et n'est pas très heureux du point de vue systématique, l'art. 3 II LMI rappelle opportunément à l'attention des autorités du lieu de destination les vérifications à accomplir dans chaque cas concret afin de s'assurer que la restriction qu'elles imposent à l'offreur externe au nom de l'intérêt public ne sont pas par ailleurs inadmissibles ou excessives au regard de sa liberté d'accès au marché indigène.

B. Protection suffisante du droit du lieu de provenance

43 La restriction à la liberté d'accès au marché ne répond pas au principe de proportionnalité si une protection suffisante peut être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (art. 3 II/a LMI). Si, l'exigence à laquelle répond la mesure restrictive est déjà satisfaite par les règles imposées à l'offreur externe par le droit de l'établissement ou du siège, cette mesure fait double emploi et par conséquent ne s'impose pas.

44 Il importe peu que les prescriptions du lieu de destination soient identiques à celles auxquelles l'offreur externe a satisfait au lieu de l'établissement ou du siège. Il suffit que la protection assurée au moyen des prescriptions du lieu de provenance soit **suffisante**. Le critère à retenir est celui du **résultat en termes de protection des intérêts publics en cause** et non les moyens pour parvenir à ce résultat.

45 Avec la révision de la LMI le critère déterminant est celui d'une protection « suffisante » des intérêts publics en présence par le droit du lieu de destination ou l'expérience professionnelle acquise. L'introduction de ce critère objectif a pour conséquence de limiter encore la marge de manœuvre des cantons dans la définition du niveau de protection des intérêts publics qu'ils sont admis à garantir par leur réglementation. Un offreur peut ainsi invoquer l'art. 3 II/a LMI non seulement pour faire reconnaître l'équivalence de la protection offerte par le droit applicable au lieu de provenance (laquelle est présumée en vertu de l'art. 2 V LMI) ou l'expérience professionnelle acquise, mais aussi, à notre sens, le niveau excessivement élevé de protection visé par le droit du lieu de destination.

46 L'autorité du lieu de destination se demandera si les normes du lieu de provenance répondent à l'objectif recherché par le droit du lieu de destination et permettent d'atteindre un niveau de protection comparable (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 4c).

47 L'existence d'une protection équivalente doit être examinée dans le cas concret : seules les exigences du droit de provenance satisfaites par l'intéressé seront prises en compte.

C. Rationalité administrative

48 L'exigence de proportionnalité implique en outre que l'autorité du lieu de destination tienne compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance (art. 3 II/b LMI). Cette exigence concrétise le principe selon lequel le droit du lieu de provenance doit systématiquement être pris en considération (art. 3 II/a LMI) ainsi que la présomption d'équivalence des réglementations (art. 2 V LMI). Elle a avant tout une portée procédurale. Si l'offreur externe a déjà produit devant les autorités

du lieu de provenance des certificats ou des attestations à l'appui d'une demande d'autorisation ou de toute autre démarche visant à autoriser l'exercice de son activité lucrative au lieu d'établissement, il s'impose que l'autorité du lieu de destination les reçoive comme preuves valables et en tienne dûment compte. Cet objectif obéit à un souci de rationalité administrative. L'offreur externe ne doit pas être mis en position de devoir prouver chaque fois qu'il souhaite accéder à un nouveau marché des compétences et autres qualités qui ont déjà été attestées. On ne peut lui imposer deux fois les mêmes formalités administratives.

La reconnaissance des certificats de capacité par l'autorité du lieu de destination fait l'objet d'une procédure spéciale (voir LMI 4 N 28 ss). **49**

D. Interdiction de la discrimination par le siège ou l'établissement

Les restrictions à la liberté d'accès au marché sont disproportionnées lorsque l'autorité impose le siège ou l'établissement au lieu de destination comme condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative (art. 3 II/c LMI). Cette disposition est une **règle absolue** : toute décision subordonnant l'exercice d'une activité lucrative à des considérations de provenance de l'offreur est en soi disproportionnée. Cela se comprend : pour l'offreur externe, la décision qui consacre une telle discrimination équivaut à une interdiction pure et simple d'accéder au marché local contraire dans son principe même à l'art. 3 I LMI. **50**

La reconnaissance légale du droit d'établissement en vertu de l'art. 2 IV LMI lors de la révision de la loi n'a pas eu pour effet de modifier cette disposition. **51**

Sur ce point, la LMI va plus loin que le droit européen qui permet à un Etat membre, dans des circonstances exceptionnelles et moyennant un intérêt public impérieux, de limiter l'exercice d'une activité lucrative aux personnes domiciliées sur le territoire dudit Etat. **52**

V. Base légale ?

L'exigence d'une base légale ne figure pas au nombre des conditions de restriction de la liberté d'accès au marché aux termes de l'art. 3 LMI. On peut se demander si l'autorité du lieu de destination qui restreint l'accès au marché indigène à un offreur externe doit impérativement se fonder sur une loi au sens formel ou, à tout le moins, sur un règlement ou une ordonnance lorsque la restriction n'est pas grave (art. 36 I, 2 Cst). Certains auteurs ont répondu par l'affirmative, en se fondant sur la prémisse, à notre sens erronée, que la liberté d'accès au marché est assimilable à un droit constitutionnel (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 23-25). En tout état de cause, l'exigence de base légale n'est formulée ni dans la LMI ni dans les travaux préparatoires (Rapport LMI, p. 5612). **53**

VI. Interdiction du protectionnisme

Une restriction à la liberté d'accès au marché ne peut avoir pour objectif réel de favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 III LMI). Si les intérêts publics évoqués par l'autorité ne sont qu'un prétexte pour protéger l'économie locale en général ou certaines entreprises locales en particulier, la restriction est toujours illicite. **54**

Le rappel de l'al. 3 n'est pas nécessaire en soi. Soit un intérêt public à la restriction existe et sa prépondérance a été démontrée par l'autorité, soit celui-ci n'existe pas ou n'est pas **55**

prépondérant ou encore la restriction n'est pas indispensable à le préserver et, dès lors, l'accès de l'offreur externe au marché local ne peut être entravé. La disposition réaffirme cependant un des objectifs principaux de la LMI : la lutte contre toutes les formes que peut revêtir le protectionnisme local. A ce propos, une attitude relativement fréquente des autorités politiques consiste à déguiser des mesures protectionnistes par des considérations d'ordre public ou de politique sociale (voir typiquement TF, DPC 1997/4, p. 640). L'autorité judiciaire doit se montrer particulièrement vigilante face à ce type de comportement et rechercher les véritables motifs de la mesure restrictive (MARTENET/RAPIN, Marché, p. 22).

56 L'art. 3 III LMI (« barrière déguisée à l'accès au marché ») s'écarte de la terminologie de l'ancien art. 3 IV LMI, (« obstacle déguisé aux échanges »). Ce changement dans le choix des mots n'a pas de portée juridique autonome et vise avant toute chose à souligner que l'expression ne se limite pas à la libre circulation des marchandises, mais vise également la prestation de services (Mess-rév.LMI, p. 442).

VII. Aspects procéduraux

57 L'art. 3 IV LMI impose aux cantons et aux communes de prononcer toutes les décisions relatives aux restrictions d'accès au marché selon une procédure simple, rapide et gratuite.

58 Cette exigence reprend celle de l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI – qui était strictement limité à la procédure en matière de reconnaissance des certificats de capacité – et l'étend à toutes les décisions relatives à des restrictions d'accès au marché. Cette extension a rendu l'ancienne disposition redondante. Celle-ci a logiquement été abrogée lors de la révision.

59 La procédure imposée par l'art. 3 IV LMI doit répondre à une **triple exigence** de simplicité, de rapidité et de gratuité. Ces exigences s'appliquent tant à la procédure administrative qu'à la procédure contentieuse. Le TF a cependant confirmé que cette disposition n'était pas applicable aux diverses procédures de recours intentées par l'offreur débouté (ATF 134 II 329, c. 7).

60 La procédure doit être **gratuite**. Aucun frais ou émolument de procédure ne doit être perçu par l'autorité qui statue, ce quel que soit le résultat de la procédure. Ainsi, des frais de recours même modérés ne sont pas acceptables (TF, DPC 1997/3, p. 393, c. 5).

61 La procédure doit être **simple**. Les cantons sont en principe libres d'édicter les dispositions d'organisation nécessaires (art. 11 I LMI). Cela étant rappelé, la procédure cantonale doit éviter tout formalisme ou complication inutile. La preuve que l'offreur externe a acquis des compétences suffisantes d'une autre manière ne doit pas être soumise à des conditions particulières.

62 La procédure doit être **rapide**. La LMI ne donne aucune indication supplémentaire en la matière. A notre sens, les lois cantonales d'organisation devraient prévoir des délais d'ordre en la matière.

Art. 4

Reconnaissance des certificats de capacité

[1] Les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'art. 3.

[2] …

[3] Si le certificat de capacité ne répond que partiellement aux exigences en vigueur au lieu de destination, l'intéressé peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique.

[3bis] La reconnaissance de certificats de capacité pour les activités lucratives couvertes par l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes est régie par cet accord.

[4] Lorsque les cantons prévoient la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité dans un accord intercantonal, les dispositions de ce dernier l'emportent sur la présente loi.

Anerkennung von Fähigkeitsausweisen

[1] Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gelten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 unterliegen.

[2] …

[3] Erfüllt der Fähigkeitsausweis die Anforderungen des Bestimmungsortes nur teilweise, so kann die betroffene Person den Nachweis erbringen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben hat.

[3bis] Die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit fallen, erfolgt nach Massgabe dieses Abkommens.

[4] Soweit die Kantone in einer interkantonalen Vereinbarung die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen vorsehen, gehen deren Vorschriften diesem Gesetz vor.

Riconoscimento di certificati di capacità

[1] I certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3.

[2] …

[3] Se il certificato di capacità adempie solo in parte le condizioni richieste nel luogo di destinazione, l'interessato può provare di aver acquisito le conoscenze necessarie nel quadro di una formazione o di un periodo di pratica svolti altrove.

[3bis] Il riconoscimento di certificati di capacità per attività lucrative che rientrano nel campo di applicazione dell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone è operato conformemente a tale Accordo.

[4] Se i Cantoni prevedono il riconoscimento reciproco di certificati di capacità in un accordo intercantonale, le disposizioni di quest'ultimo sono poziori alla presente legge.

Bibliographie

F. Berthoud, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in : Thürer et al. (édit.), Bilaterale Verträge I & II, p. 249 ss ; P. Bois, Art. 5 DT-aCst in : Aubert et al. (édit.), Constitution *(Art. 5 DT-aCst)* ; Martenet/Rapin, Marché ; M. Wild, Die Anerkennung von Diplomen im Rahmen des Abkommens über die Freizügigkeit der Personen, in : Felder/Kaddous (édit.), Accords, p. 383 ss ; Zwald, BGBM. ***Eg***. D. Dreyer/B. Dubey, Réglementation professionnelle et marché intérieur : une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003 *(Réglementation)* ; N. Gammenthaler, Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des FZA, Annuaire suisse de droit européen 2008/2009, p. 419 ss ; N. Gammenthaler, Die Auslegung des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) im Vergleich zum europäischen Binnenmarktrecht, in : Jusletter du 26 septembre 2011; M. S. Nguyen, L'impact du droit des Accords sur la libre circulation des personnes sur la Loi sur le marché intérieur, in : 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 213 ss ; K. Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)*.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1193 ss ; Mess-Cst, FF 1997 I 1 ss ; Mess-rév.LMI, FF 2005 I 421 ss ; Rapport LMI, FF 2000 I 5603 ss ; BO CE 1995 870 ss.

Plan N

I. Généralités . . . 1
A. Présentation . . . 1
B. Genèse . . . 7
II. Droit à la reconnaissance du certificat de capacité . . . 11
A. Notion de certificat de capacité . . . 11
B. Titularité du droit . . . 16
C. Portée du droit . . . 17
III. Restriction à la reconnaissance des certificats de capacité . . . 23
IV. Procédure spéciale . . . 28
A. Objet de la procédure . . . 28
B. Caractéristiques de la procédure . . . 31
C. Aspects du droit de la preuve . . . 32
V. Normes supplétives . . . 34
A. Primauté de l'ALCP . . . 35
B. Réserve du droit intercantonal . . . 45

I. Généralités

A. Présentation

1 L'art. 4 LMI consacre le principe de la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité délivrés par les cantons ou reconnus au niveau cantonal.

2 L'offreur externe a le droit d'obtenir des autorités du canton dans lequel il souhaite exercer une activité lucrative la reconnaissance du certificat de capacité qui l'autorise à exercer cette activité là où il est établi. Ce **droit à la reconnaissance du certificat de capacité** est un droit dérivé de la liberté d'accès au marché ; il permet à son titulaire d'accéder au marché cantonal, en principe sans examen du certificat de capacité.

3 Comme la liberté d'accès au marché, le droit à la reconnaissance du certificat de capacité n'est **pas absolu**. Il peut être restreint aux conditions de l'art. 3 LMI. En particulier,

l'autorité cantonale pourra s'opposer à la reconnaissance du certificat de capacité si le certificat de capacité garantit un niveau de formation insuffisant (art. 3 II/b LMI).

Si l'autorité du canton du lieu de destination s'oppose à la reconnaissance du certificat de capacité pour un motif tiré de l'art. 3 LMI, l'art. 4 LMI accorde à l'offreur externe deux droits supplémentaires de portée procédurale. D'une part, celui-ci a droit à ce que l'autorité cantonale se détermine dans le cadre d'une procédure simple, rapide et gratuite sur la question de son libre accès au marché sur la base de son certificat de capacité (art. 3 IV LMI). D'autre part, si l'autorité conteste que le certificat de capacité réponde aux exigences au lieu de destination, l'offreur externe peut apporter la preuve qu'il a acquis la connaissance requise d'une autre manière dans le cadre d'une formation ou d'une activité pratique (art. 4 III LMI). **4**

Le système mis en place par l'art. 4 LMI est **subsidiaire**. Lorsque les cantons prévoient la reconnaissance mutuelle d'un certificat de capacité dans un accord intercantonal, les dispositions du concordat l'emportent (art. 4 IV LMI). **5**

Avec l'entrée en vigueur le 1er juin 2002 de l'ALCP, le risque existait d'une discrimination des citoyens suisses par rapport aux ressortissants européens se voyant reconnaître un droit d'accès au marché intérieur suisse. Un alinéa 3bis a ainsi été ajouté lors de la révision de la LMI afin de garantir que les offreurs européens soient traités sur un pied d'égalité en matière de reconnaissance des certificats de capacité. **6**

B. Genèse

Le droit fédéral réglementait déjà partiellement la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux. Selon l'interprétation couramment admise de l'art. 5 DT-aCst, un certificat de capacité délivré par un canton pour une profession libérale valait sur tout le territoire de la Confédération comme s'il s'agissait d'un certificat de capacité fédéral au sens de l'art. 33 II aCst (Bois, Art. 5 DT-aCst, p. 1, N 1). Le TF a cependant concédé que le canton pouvait soumettre l'exercice de l'activité libérale en cause à d'autres conditions de police que l'existence d'un certificat de capacité, y compris des conditions ayant trait à la capacité professionnelle du requérant (p. ex. ATF 84 I 24, JdT 1958 I 184). Avec le temps, le TF a encore atténué la portée de l'art. 5 DT-aCst comme droit du titulaire d'un certificat de capacité cantonal d'accéder au marché des autres cantons (voir en particulier ATF 111 Ia 108, JdT 1986 I 355). **7**

La portée de l'obligation faite aux cantons de reconnaître les certificats de capacité a fait l'objet de discussions dans le cadre du processus législatif. L'avant-projet de la LMI proposait deux solutions. La première consacrait la reconnaissance de principe du certificat de capacité, sauf examen provoqué par le canton du lieu de destination pour des motifs d'intérêts publics prépondérants. Une variante moins audacieuse et proche de la jurisprudence de la CJCE se limitait à attribuer au requérant un droit à une procédure d'examen simple, rapide et gratuite de la compatibilité du certificat de capacité avec les exigences du lieu de destination, ainsi que la possibilité pour le requérant, en cas de compatibilité partielle, d'apporter la preuve de connaissances non attestées d'une autre manière (Rapport explicatif concernant l'avant-projet de la LMI, p. 48-49). Cette seconde solution a été écartée comme trop timide. **8**

Le texte a, par la suite, subi quelques modifications mineures. La notion de « certificat de capacité obtenu en Suisse » a été remplacée par celle de « certificat de capacité cantonal ou **9**

reconnu au niveau cantonal » pour éviter d'étendre la notion de certificat de capacité aux certificats décernés par le secteur privé. Par ailleurs, le législateur a pris soin de préciser que les certificats de capacité devaient s'entendre des certificats « permettant d'exercer une activité lucrative » ; ceci n'est autre que la réaffirmation, au niveau d'une disposition spéciale, du champ d'application de la LMI (voir LMI 1 N 113). Enfin et surtout, la version définitive consacre le principe de subsidiarité de l'art. 4 LMI par rapport au droit intercantonal.

10 L'art. 4 LMI a subi deux modifications lors de la révision générale de 2005 :
- L'art. 4 II LMI dans son ancienne teneur reconnaissait aux offreurs se voyant opposer des restrictions en vertu de l'art. 3 LMI le droit à l'examen de leur droit d'accès au marché sur la base de leur certificat de capacité selon une procédure simple, rapide et gratuite. Cette disposition est devenue redondante suite à l'introduction de l'art. 3 IV LMI, qui a étendu le droit à une procédure simple, rapide et gratuite à toutes les décisions relatives aux restrictions d'accès au marché en vertu de l'art. 3 LMI. L'art. 4 II LMI a donc été supprimé.
- Un nouvel art. 4 III^{bis} LMI a été ajouté. Cette disposition impose de suivre la procédure prévue par l'Accord de libre-échange du 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union européenne pour toutes les décisions relatives à la reconnaissance des diplômes pour les activités économiques visées par cet accord. L'art. 4 III^{bis} LMI concrétise l'un des objectifs du législateur lors de la révision de la LMI, soit de contrer, et si possible d'empêcher, toute discrimination « à rebours » au préjudice des offreurs suisses par rapport aux offreurs européens (Mess-rév.LMI, p. 422, 443). L'introduction de cet alinéa a un autre motif : la volonté d'uniformiser les règles de reconnaissance et de faciliter par là leur mise en œuvre (ATF 136 II 470, c. 3.2 ; Zwald, BGBM, p. 445, N 136, n. 178).

II. Droit à la reconnaissance du certificat de capacité

A. Notion de certificat de capacité

11 Il faut comprendre par certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal tout document certifiant une capacité professionnelle, décerné par une autorité cantonale ou un établissement dépendant du canton ou reconnu par lui. Le certificat de capacité de l'art. 4 LMI revêt un **caractère officiel**, à l'opposé des certificats décernés par le secteur privé, exclus de l'art. 4 LMI (BO CE 1995 875 ; Mess-LMI, p. 1246 ; Zwald, BGBM, p. 432, N 83). La marge d'appréciation dont dispose l'autorité dans la délivrance du certificat de capacité importe peu (ATF 136 II 470, c. 5.3). Les certificats de capacité étrangers sont exclus du champ d'application de l'art. 4 LMI (ATF 125 I 267, critiqué dans Rapport LMI, p. 5622).

12 Le certificat de capacité se rapporte toujours à une **activité lucrative** au sens d'activité bénéficiant de la protection de la liberté économique (Weber, Binnenmarktgesetz, p. 168 ; LMI 1 N 113 s.). Il atteste l'aptitude de celui à qui en bénéficie à l'exercice d'une telle activité (ATF 136 II 470, c. 4).

13 Le certificat de capacité atteste un **niveau de formation** relativement à l'activité lucrative en cause. La formation peut être comprise au sens pratique, soit une expérience se rapportant à l'activité lucrative, ou au sens théorique, soit un enseignement dispensé par une école et portant sur les connaissances nécessaires à l'exercice de l'activité lucrative (ATF

136 II 470, c. 3.2). Le certificat de capacité peut attester l'un ou l'autre, ou encore les deux. Les certificats décernés par les écoles publiques qui n'attestent pas une formation professionnelle (théorique ou pratique) ne sont pas visés par l'art. 4 LMI.

Concrètement, l'art. 4 LMI vise en particulier les diplômes d'enseignant, les certificats de capacité relatifs aux professions de l'hôtellerie, de chauffeur de taxi, de guide de montagne, de moniteur de ski, de gérant d'immeubles, de négociant en vin et les certificats de capacité relatifs aux professions paramédicales (physiothérapeute, technicien-dentiste, laborantin, opticien, etc.) (Mess-LMI, p. 1206 ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 50-51). Dans ce dernier domaine cependant, des accords intercantonaux ont depuis unifié la reconnaissance des diplômes de vingt professions médicales (Rapport LMI, p. 5619). L'art. 4 LMI ne vise plus les brevets d'avocats depuis l'entrée en vigueur de la LLCA. S'agissant des notaires, leur métier n'est pas couvert par la liberté économique selon la jurisprudence constante du TF (ATF 131 II 639, c. 6.1), critiquable à bien des égards. Par voie de conséquence, l'application de l'art. 4 LMI au notariat est douteuse (cf. ZWALD, BGBM, p. 418, N 29, n. 33). **14**

Les **certificats de capacité fédéraux** sont exclus de l'art. 4 LMI (p. ex. diplômes de médecine). **15**

B. Titularité du droit

Est **titulaire du droit** toute personne porteur d'un certificat de capacité à condition d'avoir un établissement en Suisse au sens de l'art. 1 LMI. **16**

C. Portée du droit

L'art. 4 LMI confère à l'offreur externe le droit d'obtenir la reconnaissance de son certificat de capacité par l'autorité cantonale du canton dans lequel il souhaite exercer son activité lucrative. **17**

Le droit à la reconnaissance du certificat de capacité consacré par l'art. 4 I LMI concrétise la liberté d'accès au marché pour les activités lucratives dont l'exercice est subordonné à la preuve d'une formation suffisante. Selon les termes mêmes de l'art. 2 LMI, toute personne a le droit d'offrir ses services sur tout le territoire suisse pour autant qu'elle soit autorisée à exercer l'activité lucrative en question dans le canton où elle est établie. **18**

A l'instar de la liberté d'accès au marché, le droit à la reconnaissance du certificat de capacité n'est **pas absolu**. Le canton de destination peut restreindre l'accès au marché cantonal de l'offreur externe porteur d'un certificat de capacité pour les motifs et aux conditions énumérés à l'art. 3 LMI. L'autorité cantonale doit cependant agir selon une procédure qui obéit à des règles spécifiques (voir LMI 3 N 59 ss). **19**

L'art. 4 LMI consacre un **système original**. Un principe est posé : la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ; mais l'autorité du canton de destination conserve la possibilité de s'opposer à l'accès au marché du titulaire du certificat de capacité à condition d'apporter la preuve que le certificat de capacité en question ne garantit pas un niveau de formation suffisant ou ne satisfait pas à la préservation de tout autre intérêt public prépondérant. **20**

Le système consacré par l'art. 4 LMI ne confère pas de droit matériel supplémentaire à celui de l'art. 2 LMI mais bien plutôt des **avantages procéduraux**. Si l'autorité du **21**

lieu de destination refuse de reconnaître le certificat de capacité, elle doit admettre la preuve que l'offreur externe a acquis ses compétences professionnelles d'une autre manière.

22 La reconnaissance du certificat de capacité n'est pas toujours synonyme pour le titulaire dudit certificat d'un droit d'exercer son activité lucrative dans le canton de destination. Le canton soumet parfois l'autorisation d'exercer l'activité lucrative à d'autres conditions que l'obtention d'un certificat de capacité. Outre des exigences de formation, attestées par le certificat de capacité, le requérant peut être amené à établir sa réputation, sa moralité ou toute autre condition liée à sa personne. Le TF a résolu par l'affirmative la question de savoir si une autorisation de police pouvait encore être exigée d'un offreur externe disposant d'un certificat de capacité cantonal. Il a été ainsi jugé, ce avant l'entrée en force de la LLCA, que les avocats inscrits dans un barreau ne pouvaient tirer de la LMI un droit inconditionnel à pratiquer dans un autre canton (voir ATF 123 I 313, c. 5a).

III. Restriction à la reconnaissance des certificats de capacité

23 Les certificats de capacité visés par l'art. 4 LMI sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet d'une restriction au sens de l'art. 3 LMI (art. 4 I LMI). En conséquence, le canton de destination ne pourra imposer des exigences supplémentaires à celles attestées dans le certificat de capacité de l'offreur externe que si ces exigences (a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 I/a LMI), (b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 I/b LMI) et enfin (c) répondent au principe de la proportionnalité (art. 3 I/c LMI).

24 La garantie d'un niveau de formation suffisant pour les activités professionnelles soumises à autorisation constitue, si elle est établie, un intérêt public prépondérant. Il faut admettre ainsi qu'un canton peut imposer aux offreurs externes une formation plus élevée que celle attestée dans le certificat de capacité. La discrétion du canton en la matière est cependant limitée : si la formation établie par le certificat de capacité est « suffisante » pour exercer l'activité professionnelle soumise à autorisation, le canton n'a d'autres choix que de reconnaître le certificat de capacité, quand bien même des exigences supérieures ou supplémentaires seraient imposées aux offreurs locaux.

25 La question de la formation suffisante est discutée dans un arrêt du TF (RJJ 1997/1, p. 23). Une opticienne qui pratiquait jusqu'alors dans le canton de Neuchâtel recourait contre le refus du canton du Jura de l'autoriser à procéder aux examens de la vue et à l'adaptation des lentilles de contact, aux motifs que la recourante ne disposait que d'un certificat de fin d'apprentissage et non d'un diplôme supérieur d'opticien, comme l'exigeait le droit jurassien. Les juges fédéraux ont rejeté le recours. La recourante a limité ses griefs à la violation de la liberté économique. L'art. 4 LMI aurait pu conduire à un résultat différent. L'opticienne disposait d'une formation complémentaire en matière de lentilles de contact et d'une expérience pratique de plus de dix ans, qu'elle a du reste fait valoir dans le cadre de la procédure d'autorisation. Ses compétences professionnelles apparaissaient dès lors suffisantes pour garantir la santé des patients.

26 En tout état de cause, la non-reconnaissance d'un certificat de capacité par l'autorité cantonale du lieu de destination est toujours disproportionnée lorsque le certificat de capacité du lieu de provenance assure aux consommateurs un degré de protection équivalent à celui garanti par le droit du lieu de destination.

Les limites imposées à la reconnaissance des certificats de capacité permettent de parer au **nivellement par le bas**, conséquence d'une application mécanique du principe de primauté du droit d'établissement. Ainsi, la mobilité des personnes exerçant une activité professionnelle certifiée est garantie, sans risque d'une perte de niveau préjudiciable aux destinataires des prestations offertes (Mess-LMI, p. 1246-1247). En tout état, le nivellement par le bas ne doit pas se présumer. Il faut partir du principe que le canton de provenance n'octroie pas de certificats de capacité à la légère (ATF 136 II 470, c. 5.3). **27**

IV. Procédure spéciale

A. Objet de la procédure

A la lettre de la loi, les exigences procédurales posées à l'art. 4 III LMI concernent l'**examen des connaissances de l'offreur externe**, par opposition aux conditions personnelles à l'exercice de l'activité lucrative en cause. La procédure doit permettre à l'autorité qui refuse sa reconnaissance au certificat de capacité produit par l'offreur externe de se déterminer sur « la question de son libre accès au marché sur la base de son certificat de capacité ». **28**

L'autorité doit examiner non seulement les connaissances attestées par le certificat de capacité, mais également, si ces connaissances sont jugées insuffisantes, les connaissances acquises par le requérant en dehors de la formation professionnelle attestée par le certificat de capacité (art. 4 III LMI). **29**

Dans un arrêt relatif à la profession d'avocat, le TF a étendu **l'exigence de gratuité** à toute procédure visant à autoriser un offreur externe à exercer une activité lucrative sur le territoire suisse, ce sans distinction des questions examinées dans le cadre de cette procédure : niveau de formation (ou de connaissances) ou satisfaction des conditions personnelles. Selon le TF, il serait contraire à l'esprit de la LMI d'entraver la mobilité du prestataire de service par une procédure inutilement lourde ou onéreuse dès lors que la LMI consacre la liberté d'accès au marché de façon générale (ATF 123 I 313, c. 5, JdT 1999 I 300). Cette jurisprudence a été confirmée depuis (ATF 136 II 470, c. 3.2 et c. 5.3 ; ATF 125 II 56 ; ATF 125 II 406, SJ 1999 I 498). L'exigence de gratuité s'applique à la procédure de première instance, à l'exclusion de la procédure de recours (ATF 136 II 470, c. 3.2 et c. 5.3 ; ATF 134 II 329, c. 7). **30**

B. Caractéristiques de la procédure

Comme toutes les procédures en matière de restrictions à l'accès au marché (art. 3 IV LMI), les procédures de reconnaissance de certificats de capacité doivent respecter la **triple exigence de simplicité, de gratuité et de rapidité** (voir LMI 3 N 59 ss). Il convient donc de se référer ici aux remarques générales faites en relation avec l'art. 3 IV LMI. **31**

C. Aspects du droit de la preuve

Le principe est celui de la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux (art. 4 I LMI). Conformément à cette disposition et aux principes généraux de la LMI, il faut admettre qu'il existe une **présomption** que les certificats de capacité visés par l'art. 4 LMI sont compatibles avec les exigences imposées par le canton de destination en matière de formation (ATF 125 I 322, c. 4b, SJ 2000 I 49 ; ATF 125 II 56, c. 4b). Cette présomption **32**

s'étend du reste non seulement au niveau de la formation certifiée par le diplôme mais aussi aux conditions personnelles attachées à l'autorisation cantonale d'exercer l'activité professionnelle en cause, ainsi l'honorabilité ou la confiance. Il incombe au canton de destination de renverser la présomption, en démontrant que le certificat de capacité ne satisfait pas (ou satisfait partiellement) aux exigences du droit du lieu de destination (Mess-LMI, p. 1246 ; MARTENET/RAPIN, Marché, p. 51). Cette preuve doit être administrée dans le respect de l'art. 3 LMI.

33 L'art. 4 LMI ménage cependant à l'offreur externe une **contre-preuve**. Si le canton établit que le certificat de capacité ne répond que partiellement aux exigences en vigueur au lieu de destination, l'intéressé peut apporter la preuve qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière (art. 4 III LMI). La contre-preuve est à la charge de l'offreur externe. Elle porte non pas sur le certificat de capacité mais sur les connaissances acquises par l'offreur externe de manière générale. Si ce dernier parvient à établir qu'il a acquis, d'une autre manière, les connaissances requises par le droit du lieu de destination, l'accès au marché local lui est ouvert. La contre-preuve peut être rapportée de toutes les façons. Il importe à l'offreur externe d'établir que (a) outre la formation attestée par le certificat de capacité, il bénéficie d'une formation théorique et/ou pratique complémentaire et que (b) cette formation (ajoutée à celle attestée par le certificat de capacité) lui confère un niveau de connaissance suffisant au regard des intérêts publics menacés par l'exercice de l'activité lucrative.

V. Normes supplétives

34 La LMI connait aujourd'hui trois régimes de reconnaissance des certificats de capacité : celui des accords intercantonaux, celui de l'ALCP et celui, supplétif, de l'article 4 I et III LMI (ATF 136 II 470, c. 3.2 ; ZWALD, BGBM, p. 431, N 81).

A. Primauté de l'ALCP

35 Afin d'éviter les risques de discrimination des offreurs suisses par rapport aux offreurs européens bénéficiant depuis le 1er juin 2002 des dispositions de l'ALCP, une nouvelle disposition, l'art. 4 III^{bis} LMI, a été introduite lors de la révision partielle de 2005.

36 L'art. 4 III^{bis} LMI introduit une **procédure différenciée**, dans la mesure où il soumet la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux ou reconnus au plan cantonal à la procédure mise en place dans le cadre de l'exécution de l'ALCP, **pour les professions visées par cet accord**.

37 Cette disposition n'est toutefois valable que **sous la réserve de l'art. 4 IV LMI** qui prévoit la prévalence des accords intercantonaux sur les dispositions de la LMI. Ainsi, la reconnaissance des diplômes continue à être régie par **l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993 (AIRD)**, pour les professions visées par celui-ci, (Mess-rév.LMI, p. 443). L'AIRD s'applique aux métiers éducatifs, sociaux et artistiques et les métiers de la santé ne nécessitant pas de formation universitaire.

38 L'art. 4 III^{bis} LMI concrétise, en matière de reconnaissance des certificats de capacité, le principe inscrit à l'art. 6 I LMI selon lequel « toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à

ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux » (ATF 136 II 470, c. 3.2).

Le mécanisme européen de reconnaissance des certificats repose à l'heure actuelle sur une série de directives sectorielles, spécifiques à certaines professions et sur trois directives générales. **39**

Les directives sectorielles sont au nombre de douze et concernent les sept professions suivantes : médecin, dentiste, vétérinaire, pharmacien, infirmier en soins généraux, sage-femme et architecte (ALCP, Annexe III). Pour ces professions, la reconnaissance est quasi automatique. **40**

Les directives générales, au nombre de trois, sont définies par la durée de la formation nécessaire à l'accès aux professions concernées : **41**

- La directive générale 1989/48/CE du 21 décembre 1988 concerne les professions qui ne sont pas couvertes par les directives spéciales et pour lesquelles un enseignement supérieur d'au moins trois ans est nécessaire. Cette directive s'applique à la plupart des diplômes décernés par les universités et les hautes écoles professionnelles.
- La directive générale 1992/51/CE du 18 juin 1992 s'applique aux professions réglementées pour lesquelles une formation de moins de trois ans d'enseignement supérieur est requise et pour lesquelles il n'y a ni directives spéciales, ni directives transitoires. On y retrouve notamment les professions du domaine paramédical et du domaine socio-pédagogique.
- Enfin, la directive générale 1999/42/CE du 7 juin 1999, entrée en vigueur pour la Suisse le 30 avril 2004, remplace les nombreuses directives transitoires et vise avant tout les professions des domaines du commerce, des arts et métiers, et de l'artisanat.

Ce système segmenté vit ses dernières heures. En effet, au mois de juin 2008, la Suisse a décidé la **reprise de la nouvelle directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005** – entrée en vigueur dans toute l'UE le 20 octobre 2007 – qui consolide et modernise les règles actuelles régissant la reconnaissance des qualifications professionnelles. L'Annexe III a été modifiée en conséquence le 30 septembre 2011 et est applicable provisoirement à partir du 1er novembre 2011. **42**

Cette nouvelle directive opère une consolidation des douze directives sectorielles et des trois directives générales en une seule et même directive, en n'apportant que très peu de modifications substantielles. Il est à noter que toutes les directives figurant aujourd'hui dans l'Annexe III à l'ALCP ne seront pas intégrées à la Directive 2005/36/CE. En effet, les directives spécifiques relatives à la prestation de service et à l'établissement des avocats resteront applicables (quand bien même la reconnaissance du titre d'avocat, régie alors par la Directive 89/48/CEE, passera sous le régime de la nouvelle Directive 2005/36/CE). Les autres directives transitoires, notamment relatives au commerce des produits toxiques ou aux agents commerciaux indépendants, ne seront pas non plus touchées par la nouvelle directive (Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, Nouvelle directive européenne sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, Directive 2005/36/CE, Rapport explicatif). **43**

Enfin, en plus de la consolidation et la simplification des mécanismes applicables, la Directive 2005/36/CE apporte également d'autres nouveautés soit : **44**

- La libéralisation partielle des prestations de service : sous l'empire de cette directive, il ne sera plus nécessaire de passer par la voie de la reconnaissance des diplômes pour offrir des prestations de services transfrontalières (séjour de courte durée n'excédant

pas 90 jours), et cela même pour les professions réglementées. Les activités susceptibles de porter préjudice à la santé ou à la sécurité des personnes sont toutefois réservées.
– La création par les associations professionnelles de plates-formes permettant de faciliter les mesures de compensation exigibles en cas de différences dans la formation d'un Etat à l'autre (examen ou stage d'adaptation).

B. Réserve du droit intercantonal

45 Les dispositions des accords intercantonaux qui prévoient la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité l'emportent sur la LMI (art. 4 IV LMI).

46 En présence d'un concordat intercantonal réglant la reconnaissance d'un certificat de capacité, le régime de l'art. 4 I et III LMI ne s'appliquera que si (a) le canton du lieu de destination n'est pas partie au concordat et (b) le concordat va contre le sens de la loi (ATF 136 II 470, c. 3.3 ; Mess-LMI, p. 1247). Les dispositions concordataires ne doivent pas rendre plus difficile la reconnaissance des certificats de capacité. Il en irait ainsi si le concordat refusait le principe de la reconnaissance mutuelle des certificats de capacité, ou autorisait les cantons membres à ne pas reconnaître le certificat pour des motifs qui ne figurent pas à l'art. 3 LMI. Par ailleurs, il est admis que la LMI s'applique de manière subsidiaire dans la mesure où le concordat intercantonal concerné est lacunaire ; dans ce cas, la LMI vaut à titre supplétif, en complément du concordat (ATF 136 II 470, c. 3.3).

47 Quelle que soit la solution consacrée par le concordat intercantonal, la procédure de reconnaissance – dans la mesure où celle-ci n'est pas automatique – doit répondre aux exigences minimales de gratuité, de simplicité et de rapidité (ATF 136 II 470, c. 5.3). Enfin, l'existence d'un concordat intercantonal ne devrait pas avoir pour effet de priver le requérant de son droit à la contre-preuve des connaissances suffisantes (art. 4 III LMI).

48 L'accord le plus important en la matière est l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993 (AIRD). Tous les cantons y ont adhéré. Le concordat porte sur la reconnaissance des diplômes cantonaux de fin d'études en Suisse. Il s'applique selon ses termes à « toutes les formations et à toutes les professions qui sont réglementées par les cantons » (art. 2 I AIRD). Les diplômes de fin d'études, dès lors qu'ils permettent d'accéder à une profession, constituent des certificats de capacité au sens de l'art. 4 LMI. L'accord n'uniformise pas les conditions de reconnaissance des diplômes de fin d'études. Il institue des autorités de reconnaissance (conférence des directeurs de l'instruction publique et conférence des directeurs des affaires sanitaires) chargées d'édicter – ou si la préparation en est confiée à des tiers, d'accepter – des règlements relatifs à la reconnaissance d'un type ou d'une catégorie de diplômes de fin d'études. L'accord attache à la reconnaissance des effets similaires à ceux de la LMI. Il prévoit en particulier que les cantons garantissent au titulaire d'un diplôme reconnu le même droit d'accès aux professions réglementées sur le plan cantonal que celui accordé à leurs propres ressortissants au bénéfice d'un diplôme de fin d'études correspondant (art. 8 II AIRD). Les travaux législatifs nous éclairent peu sur les rapports entre l'art. 4 LMI et l'accord intercantonal (voir cependant Mess-LMI, p. 1232). Dans la mesure où un certificat de capacité n'a pas fait l'objet d'un règlement de reconnaissance au sens de l'accord intercantonal, l'art. 4 LMI demeure pleinement applicable (dans ce sens, WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 168). Le TF a ainsi donné raison à un enseignant en géographie contre la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique qui refusait au re-

quérant la reconnaissance au niveau suisse de deux autorisations cantonales d'enseigner, en se fondant sur ledit accord intercantonal. Le TF a précisé à cette occasion que l'accord intercantonal et les règlements de reconnaissance pertinents prévoyaient uniquement la reconnaissance des diplômes de fin d'études, ce que les autorisations litigieuses n'étaient manifestement pas. En conséquence, la reconnaissance de ces autorisations – qui équivalaient à des certificats de capacité au sens de l'art. 4 LMI – devait s'apprécier exclusivement au regard de l'art. 4 I et III LMI (ATF 136 II 470).

Art. 5

Marchés publics

[1] Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3.

[2] Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération.

Öffentliche Beschaffungen

[1] Die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben richten sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht.

[2] Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Sie berücksichtigen dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen.

Appalti pubblici

[1] I mercati pubblici dei Cantoni, dei Comuni e degli altri enti preposti a compiti cantonali o comunali sono retti dal diritto cantonale o intercantonale. Tali prescrizioni e le decisioni fondate sulle stesse, non devono discriminare coloro che hanno il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera, in modo contrario all'articolo 3.

[2] I Cantoni, i Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti cantonali e comunali vegliano affinché i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto, siano pubblicati su un organo ufficiale. Tengono conto degli obblighi internazionali della Confederazione.

Bibliographie

AUBERT/MAHON, Constitution, ad art. 95 Cst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse I/II ; G. BIAGGINI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in : D. Thürer et al. (édit.), Bilaterale Verträge I & II, p. 651 ss *(Abkommen)* ; T. COTTIER/B. MERKT, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; M. FETZ, Öffentliches

Beschaffungsrecht des Bundes, in : Cottier/Oesch (édit.), Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, p. 461 ss *(Beschaffungsrecht)* ; Grisel, Droit administratif ; Y. Hangartner, ad Art. 190 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung *(Art. 190 Cst)* ; R. Jacobs, ad Art. 95 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung *(Art. 95 Cst)* ; Martenet/Rapin, Marché ; Moor/Poltier, Droit administratif II ; M. Oesch/T. Zwald in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 5 BGBM ; W. Portmann, Die flankierenden Massnahmen I und II zum Abkommen über die Freizügigkeit, in : Thürer et al., Bilaterale Verträge I & II, p. 327 ss *(Flankierenden Massnahmen)* ; R. A. Rhinow, ad art. 31 aCst., in : Aubert et al. (édit.), Constitution *(Art. 31 aCst.)* ; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht, p. 353 ss ; R. Schweizer, ad Art. 8 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung *(Art. 8 Cst)* ; Senti/Baltensperger, Binnenmarkt ; H. S. Trüeb, in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 1-35 BöB ; K. Vallender, ad Art. 27 BV, in : Ehrenzeller et al., Bundesverfassung *(Art. 27 Cst)* ; D. Veuve, Mesures d'accompagnement dans le domaine des personnes, in : Felder/Kaddous, Accords, p. 283 ss *(Mesures d'accompagnement)* ; Zwald, BGBM, p. 438 ss. ***Eg***. S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 2e éd., Londres 2005 *(Utilities)* ; G. Aubert, Soumissions publiques et conventions collectives de travail, in : C.-A. Morand (éd.), Les instruments d'action de l'Etat, Bâle 1991, p. 147-176 *(Soumissions)* ; A. Auer/V. Martenet, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur la marché intérieur, Avis de droit complémentaire, DPC 2004/1, p. 314 ss (Monopoles) ; A. Bass/A. Crameri/H. Lang/V. Malfanti/P. Spörri, Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige, ZBl 2000, p. 249-254 *(Anwendung)* ; F. Bellanger/C. Bovet, Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage ?, DC 1999, p. 164-166 *(Affichage)* ; F. Bellanger, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 403 ss *(Jurisprudences)* ; M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme der Gemeinwesen, thèse, Fribourg 2004 *(Beschaffung)* ; M. Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts : Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Zurich 2008 *(Ziele)* ; M. Beyeler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 65 ss *(Geltungsbereich)* ; M. Beyeler, In-house-Vergaben, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 17 ss *(In-house)* ; G. Biaggini, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, Zurich 2003, <http ://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html ?lang=fr> ; G. Biaggini, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005, <http ://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html ?lang=fr> ; D. Biggar, Passation des marchés publics – Note de référence, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1 no 4, p. 104-125 *(Passation)* ; C. Bock, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993 *(Vergaberecht)* ; C. Bock, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht, PJA 1995, p. 709-718 ; C. Bovet, Les marchés publics face au droit de la concurrence, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 377 ss *(Marchés publics)* ; C. Bovis, EC Public Procurement : Case Law and Regulation, Oxford/New York 2006 *(Case Law)* ; B. Christ, Die Submissionsabsprache, thèse, Fribourg 1999 *(Submissionsabsprache)* ; E. Clerc, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, PJA 1997, p. 804 ss *(Contrat)* ; E. Clerc, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997 *(Marchés)* ; E. Clerc, La mondialisation des marchés publics : bilan et perspective de l'accord OMC sur les marchés publics, in : D. Batselé et al., Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle, Bruxelles 2000, p. 141-194 *(Mondialisation)* ; E. Clerc, Le champ d'application du droit des marchés publics et les différentes procédures possibles, in : Colloque Marchés publics 2002, Fribourg 2002 *(Champ d'application)* ; E. Clerc, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2008/2009, p. 45 ss *(Marchés publics 2008/09)* ; E. Clerc/M. Viro Moser, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2009/2010, p. 49 ss *(Marchés publics 2009/10)* ; E. Clerc/Y. Fauchère, Droit des marchés publics, in : cemaj, Le droit pour le praticien 2010/2011, p. 43 ss *(Marchés publics 2010/11)* ; Commission suisse des cartels, Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes, Publ. CCSPr 1988/2 ; Commission de gestion du conseil national, Rapport LMI du 27 juin 2000, in : FF 2000, p. 5603 ss ; Conférence romande des travaux publics, Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et annexes, décembre 1999, mise à jour régulière, <http ://www.marches-publics.vd.ch> ; T. Cottier/A. Caplazi, Marktzugang, Strukturerhaltung und Sozialdumping : Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in : P. Forstmoser/H.C.

Von der Crone/R.H. Weber/D. Zobl (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 257-279 *(Spannungsfelder)* ; T. COTTIER/B. MERKT, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse : l'influence du droit européen et du droit international économique, in : P. Zen-Ruffinen/A. Auer (édit.), De la Constitution : Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 449 ss *(Influence)* ; T. COTTIER/S. PANNATIER/M. WAGNER, Les accords du GATT/OMC et la construction, DC 1995/2, p. 27 ss *(Accords)* ; T. COTTIER/M. WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss *(BGBM)* ; A. CRAMERI, Das öffentliche Beschaffungswesen aus der Sicht Graubünden, ZGRG 1998, p. 130 ss *(Beschaffungswesen)* ; P. DANIOTH/H. LANG, Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, DC 1999/2, p. 61 ss *(Beschaffungswesen)* ; C. DE KONINCK/W. PELZER/T. RONSE, Europäisches Vergaberecht : 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, Berne 2009 *(Vergaberecht)* ; DTAP/CDEP, Message du 28 avril 1995 relatif à l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 ; J. DUBEY, Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie, thèse, Fribourg 2005 *(Concours)* ; J. DUBEY, La pratique judiciaire depuis 2006, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 375 ss (*Pratique*) ; M. FETZ, Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen – Gesammlte Rechtsprechung ab 1996 bis und mit 2006, Berne 1.1.2007, <http ://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02558/index.html ?lang=fr> *(Gesammlte Rechtsprechung)* ; A. EGGER, Europäischer Vergaberecht, Baden-Baden 2008 *(Vergaberecht)* ; D. ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 3/2006, p. 203 ss *(Concessions)* ; P. GALLI, Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) : die ersten Entscheide und ihre Tragweite, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zurich 1998, p. 103 ss *(Beschaffungswesen)* ; P. GALLI/D. LEHMANN/P. RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 *(Beschaffungswesen)* ; P. GALLI/A. MOSER/E. LANG/E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, vol. I, Zurich 2007 *(Beschaffungsrecht)* ; P. GAUCH, Das neue Beschaffungswesen des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, RDS 1995 I, p. 313 ss *(Bundesgesetz)* ; P. GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, DC 1996/4, p. 99-105 ; P. GAUCH, Der Werkvertrag, Zurich 1996 *(Werkvertrag)* ; P. GAUCH, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in : Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Baurechtstagung, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss *(Liberalisierung)* ; P. GAUCH/H. STÖCKLI, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999 *(Marchés publics)* ; Y. HANGARTNER, Ist das Binnenmarktgesetz verfassungskonform ?, in : NZZ 7. 7. 1994, p. 13 *(Binnenmarktgesetz)* ; B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS (édit.), Law and policy in public purchasing : the WTO agreement on government procurement, Ann Arbor 1997 *(WTO agreement)* ; R. HÜRLIMANN, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, DC 1996/1, p. 3 ss *(Unternehmervarianten)* ; M.-G. INEICHEN-FLEISCH/B. WERNLI, Umweltfreundliche Beschaffung : Beschaffungsvorschriften und Spielraum bei Bund, Kantonen und Gemeinden, VGL Information 1998/2, p. 6 ss *(Beschaffung)* ; H. KELLER/W. STOCKER, WTO und GATT '94 aus umweltrechtlicher Sicht, URP 1994, p. 457 ss *(WTO)* ; G. KUNNERT, WTO-Vergaberecht – Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Baden-Baden 1998 ; H. LANG, Binnenmarkt : Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – Das Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zurich 1998, p. 15 ss *(Binnenmarkt)* ; H. LANG, Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, PBG 1999/4, p. 5 ss *(Wandlungen)* ; H. LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, p. 225 ss *(Offertenbehandlung)* ; A. LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2009 ; M. LIENEMEYER, « Öffentlicher Auftraggeber » im Vergaberecht – das Beispiel der Messegesellschaften, EWS 2000, p. 448 ss *(Auftraggeber)* ; D. LUTZ, Die fachgereichte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008, p. 215 ss ; V. MALFANTI, Due esempi di applicazione della normativa sulle commesse pubbliche, RDAT I-2002, p. 97-101 *(Due esempi)* ; P. MAVROIDIS, Trade and Environment after the *Shrimps-Turtles* Litigation, JWT 2000/34 n° 1, p. 73 ss *(Environment)* ; M. METZ/G. SCHMIDT, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, ZBl 1998, p. 49 ss

(Rechtsgrundlagen) ; N. MICHEL, La conclusion des marchés publics : les procédures de mise en soumission et d'adjudication des travaux et fournitures par les collectivités publiques : droit suisse et droit international, thèse, Genève 1979 *(Conclusion)* ; N. MICHEL, Soumissionner en Suisse, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1995, p. 22 ss *(Soumissionner)* ; N. MICHEL, Les marchés publics dans la jurisprudence européenne, Fribourg 1995 *(Marchés publics)* ; N. MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996 *(Construction)* ; N. MICHEL/E. CLERC/V. CARRON/J. FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics – Etude de droit comparé – Règles types et rapport explicatif, Fribourg 2002 *(Protection juridique)* ; N. MICHEL/J.-B. ZUFFEREY, Le Registre professionnel des entreprises et les marchés publics, DC 1994/1, p. 11 ss *(Registre)* ; A. MOSER, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, PJA 2000/6, p. 682 ss *(Überblick)* ; J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz : im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO Pakte, 4e éd., Berne 2008 *(Grundrechte)* ; OCDE, Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics, Paris 2009, <http ://www.oecd.org/competition/bidrigging> (16.07.2011) *(Soumissions)* ; J. PICTET/D. BOLLINGER, Aide multicritère à la décision : Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, DC 2000/2, p. 63 ss *(Marchés publics)* ; E. POLTIER, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, RDAF 2000, p. 297 ss ; E. POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs – Champ d'application personnel du droits des marchés publics, PJA 2008, p. 1107 ss *(Pouvoirs adjudicateurs)* ; E. POLTIER, Les subventions, in : A. Lienhard (édit.), Finanzrecht, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. X, Bâle 2011, p. 343 ss *(Subventions)* ; H.-J. PRIESS, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Cologne et al. 1994 *(Auftragswesen)* ; H.-J. PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe, Köln/Berlin/München 2005 ; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, PJA 1995/5, p. 593 ss *(Kartellgesetz)* ; F. RITTNER, Die « sozialen Belange » i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, p. 677 ss *(Vergaberecht)* ; O. RODONDI, Le droit cantonal des marchés publics, in : RDAF 1999 I p. 265 ss ; O. RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in : RDAF 2007 I p. 277 ss ; C. ROOS, Möglichkeiten und Grenzen interkantonaler Vereinbarungen unter besonderer Berücksichtigung des Konkordates über das öffentliche Beschaffungswesen, LeGes 1995/1, p. 23 ss *(Vereinbarungen)* ; U. RUST, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, p. 453 *(GWB)* ; U. RUST, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, EuZW 2000, p. 205 ss *(Vergaberecht)* ; B. SCHAERER, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Coire/Zurich 1992 *(Subventionen)* ; E. SCHEIDEGGER, Schweiz-EG 92 : Mehr Wettbewerb durch den Binnenmarkt, Coire/Zurich 1992 *(Binnenmarkt)* ; R. J. SCHWEIZER, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), PJA 1994, p. 739 ss *(Binnenmarkt)* ; H. STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz : Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, 7e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008 ; P. TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in : Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss *(Libéralisation)* ; P. TERCIER/A. RAAS/M. WAGNER/P. ZURKINDEN, Politique de la concurrence de la Suisse dans un contexte international, La Vie économique 1998/2, p. 12 ss ; P. TREPTE, Public Procurement in the EU, 2e éd., Oxford/New York 2007 *(Public)* ; S. ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure unter besonderer Berücksichtigung des neuen Bundesrechts, in : A. Koller (édit.), Bau- und Bauprozessrecht : Ausgewählte Fragen, Saint-Gall 1996, p. 127 ss *(Öffentliche Aufträge)* ; P. VALADOU, La notion de pouvoir adjudicateur en matière de marchés de travaux, L'Entreprise 1991/3, p. 33 ss *(Pouvoir adjudicateur)* ; K. VALLENDER, Grundzüge der « neuen » Wirtschaftsverfassung, PJA 1999/6, p. 677 ss *(Wirtschaftverfassung)* ; L. WASESCHA, Öffentliches Beschaffungswesen und Umsetzung der Verhandlungsergebnisse der Uruguay-Runde in Bund und Kantone, in : T. Cottier (édit.), GATT-Uruguay-Round, Berne 1995, p. 173 ss *(Beschaffungswesen)* ; L. WASESCHA, La libéralisation des marchés publics – Quelles sont les prochaines étapes ?, La Vie économique 1999/9, p. 28 ss *(Libéralisation)* ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, in : RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)* ; R. WOLF, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 127 ss *(Freihändige)* ; K. WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse, Bâle 1998 *(Binnenmarktfunktion)* ; R. ZÄCH, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 59 ss *(Rolle)* ; P. ZEN-RUFFINEN, Marchés publics : pratiques suisses, in : N. Michel (édit.), Aspects du droit des marchés publics – Droit suisse, droit européen et droit comparé, Fribourg 1992, p. 1 ss *(Marchés publics)* ; J.-B. ZUFFEREY/J. DUBEY, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, rapport relatif au mandat de recherche confié à l'Institut suisse et inter-

national de la Construction par la Commission des achats de la Confédération, Fribourg 2003 *(Marchés publics)* ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002 ; J.-B. Zufferey/B. Revaz, Le nouveau droit des marchés publics : introduction, sources légales et autres documents pratiques, 2e éd., Fribourg 1998 ; J.-B. Zufferey, Le droit des « PPP » : état des lieux, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010, p. 247 ss *(PPP)* ; J.-B. Zufferey, Le champ d'application du droit des marchés publics, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, p. 145 ss *(Champ d'application)* ; J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, Zurich 2010 ; J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1230-1231, 1234-1235, 1237, 1247-1250 ; Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) (Message 1 GATT), du 19 septembre 1994, no 94.079, FF 1994 IV 1-994 *(Mess-1 GATT)* ; Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) (Message 2 GATT), du 19 septembre 1994, no 94.080, FF 1994 IV 995-1259 *(Mess-2 GATT)* ; Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440 ss (5511-5521) *(Mess-AccordsSectoriels)* ; Département fédéral des finances, Rapport explicatif du 1er janvier 2010 sur le projet de consultation concernant la révision de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics, Berne 2010 ; Département fédéral des finances, Rapport explicatif du 30 mai 2008 sur le projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, Berne 2008.

Plan N

I. Généralités . . . 1
A. Présentation . . . 1
1. Contenu de la disposition . . . 1
2. Intégration dans le système de la loi . . . 3
B. Origine de la règle . . . 11
C. Contexte . . . 15
1. Rôle modèle du droit de l'Union européenne et du droit international économique 15
2. Répartition des compétences entre Confédération et cantons . . . 20
3. Réglementations applicables . . . 26
a) Marchés publics fédéraux . . . 26
b) Marchés publics cantonaux et communaux . . . 30
4. Rapport entre l'art. 5 LMI et les droits cantonaux/communaux . . . 36
5. Interdiction de la discrimination à rebours et clause de la nation la plus favorisée conditionnelle . . . 40
6. Compétences de la Commission de la concurrence . . . 45
II. Analyse . . . 55
A. Champ d'application . . . 55
1. Notion de marché public . . . 56
a) Définition . . . 56
b) Concessions . . . 61
c) Subvention, dotation en capital ou apport en nature . . . 64
d) Marché *in house* ou délégation interne à l'administration . . . 68
e) Coopération entre pouvoirs adjudicateurs . . . 77
2. Types de marchés publics . . . 80
a) Types de marchés . . . 80
b) Marchés mixtes . . . 81
3. Valeur des marchés . . . 82
4. Pouvoirs adjudicateurs visés . . . 85
a) Organismes de droit public . . . 93
b) Entreprises publiques, entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs et autres entités passant un marché subventionné . . . 105
5. Cercle des soumissionnaires . . . 109

N

B. Libre accès et restrictions 116
1. Principe de non-discrimination 116
2. Restrictions justifiées à l'accès aux marchés publics 135
3. Conditions de travail 145
a) Soumissionnaires établis en Suisse 148
b) Soumissionnaires établis à l'étranger 153
c) Absence de discrimination à rebours 166
C. Passation des marchés de grande importance (art. 5 II LMI) 168

I. Généralités

A. Présentation

1. Contenu de la disposition

1 L'**art. 5 I LMI** constitue une **loi limitée aux principes**. Il confère un droit d'accès non discriminatoire aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs de **niveaux cantonal et communal**. Les marchés de niveau fédéral échappent entièrement à la LMI (Mess-LMI, p. 1230 s. et 1234 ; *infra* N 86). L'applicabilité de l'art. 5 I LMI est en outre limitée aux seules relations intercantonales et intercommunales. Dans le cadre des exigences minimales de la LMI, il appartient au **« droit cantonal ou intercantonal »** de régir la passation des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (Mess-LMI, p. 1249 s. ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 164 ; *infra* N 25 et 36-39).

2 L'**art. 5 II LMI** constitue une **harmonisation minimale** de la passation des **marchés « de grande importance »**. Il exige la publication d'un appel d'offres ainsi que celle des critères d'aptitude et d'adjudication.

2. Intégration dans le système de la loi

3 Le **droit d'accès** aux marchés publics de l'art. 5 LMI constitue une ***lex specialis*** par rapport à la règle générale de libre accès au marché prévue à l'**art. 2 LMI**. Alors que l'accès au marché est fondé à l'art. 2 sur le respect des dispositions applicables au lieu de provenance des marchandises ou des prestataires de services, il implique, en matière de marchés publics, le respect des **règles applicables au lieu de passation du marché**, pour autant que ces règles ne soient pas discriminatoires (Mess-LMI, p. 1247 s.). Il découle de la relation de spécialité entre ces deux dispositions que, lorsque l'accès à un marché public ne peut être déduit de l'art. 5 LMI, il ne peut pas être fondé sur la règle générale de l'art. 2 LMI. En revanche, l'art. 5 LMI ne règle pas spécialement les conditions justifiant d'éventuelles restrictions à l'accès aux marchés publics, de sorte qu'il faut se reporter à la règle générale de l'art. 3 LMI (*infra* N 5 et 116-167).

4 L'art. 5 LMI s'inscrit dans le cadre du but général de l'**art. 1 LMI**. Il vise et est limité à la réalisation du **marché intérieur suisse** en matière de marchés publics. Il n'a d'effet que sur le plan interne et ne protège que les soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement en Suisse (*infra* N 109 ss). Le droit d'accès des soumissionnaires domiciliés ou établis **dans d'autres Etats** aux marchés publics passés en Suisse est régi par le droit international, en particulier l'Accord OMC sur les marchés publics (Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0.632.231.422, AMP ; *infra* N 27 et 31), l'Accord bilatéral sur les marchés publics (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération

suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68, Accord MP ; *infra* N 28), la Convention AELE (art. 34, 37 et Annexe R) et de nombreux accords de libre-échange (*infra* N 27). Les accords internationaux sont concrétisés par les réglementations fédérales, intercantonales, cantonales et communales applicables à la passation des marchés publics (Mess-LMI, p. 1239 ; *infra* N 29-35 et 113).

Des **restrictions** au principe du libre accès aux marchés publics ne sont admises qu'aux conditions de l'**art. 3 LMI**, c'est-à-dire si elles sont appliquées de manière non discriminatoire, poursuivent un intérêt public et répondent au principe de proportionnalité (Oesch/Zwald, BGBM, Art. 5 N 2 ; *infra* N 116-167). **5**

L'**art. 6 LMI** vise à éviter que des personnes établies dans d'autres Etats ou dans des cantons parties à un accord intercantonal ne soient mieux traitées que des personnes établies en Suisse, respectivement dans un canton non partie à un accord intercantonal. Il ne présente qu'un intérêt limité en matière de marchés publics, compte tenu de l'harmonisation de fait très large réalisée par l'art. 5 LMI et par l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, dans sa version modifiée le 15 mars 2001 (AIMP, RSN 601.71 ; *infra* N 35-39). Inversement, l'**art. 6 IV Accord MP et l'art. 7 *i.f.* de l'Annexe R à la Convention AELE** créent une réserve au principe général de non-discrimination pour ce qui concerne soit les mesures rendues nécessaires par le développement du marché intérieur suisse, soit celles résultant du traitement préférentiel accordé en vertu d'accords d'intégration économique régionale existants ou futurs avec des pays tiers. Cette réserve limite la portée du principe du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée (art. 6 I/a/i et ii Accord MP ; art. 6 Annexe R à la Convention AELE) accordés aux produits et soumissionnaires provenant des Etats membres de l'UE ou de l'AELE. **6**

La passation des marchés publics doit être distinguée de l'attribution de **concessions de travaux ou de services**, en particulier lorsqu'une telle concession est liée à la transmission de l'exploitation d'un **monopole** cantonal ou communal à une entreprise privée au sens de l'**art. 2 VII LMI** (*infra* N 61-63 ; cf. LMI 2 VII). **7**

Les restrictions à la liberté d'accès aux marchés publics prévue à l'art. 5 LMI doivent faire l'objet de **décisions** qui sont sujettes à **recours** devant au moins une autorité juridictionnelle cantonale, aux conditions fixées à l'**art. 9 LMI**. Un recours ultérieur au Tribunal fédéral peut être déposé aux conditions prévues par les règles ordinaires de la LTF, qu'il s'agisse du recours en matière de droit public ou du recours constitutionnel subsidiaire (cf. LMI 9 N 127 ss). **8**

La **Commission de la concurrence** peut, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur les cartels (LCart) le 1er juillet 1996, immédiatement exercer les compétences non contraignantes que lui confèrent les **art. 8 et 10 LMI** ainsi que les règles de la **LCart** en matière de restrictions de droit public ou de droit privé à la concurrence en matière de marchés publics (Clerc, Marchés, p. 442 s. ; Zäch, Rolle, p. 59 ss ; *infra* N 40-44). En outre, l'art. 9 II^{bis} LMI, introduit par la révision du 16 décembre 2005, confère à la Comco la qualité pour recourir en cas de restriction indue à l'accès au marché, tout en limitant les conclusions de cette autorité à la seule constatation de la violation de la LMI. Cette disposition trouve aussi application en matière de marchés publics (cf. LMI 9 N 91-93, 101, 135). **9**

La LMI, et en particulier ses art. 3 et 5, est **entrée en vigueur** le 1er juillet 1996 et devait être respectée dès cette date dans les décisions relatives à des marchés tombant dans le champ d'application de la LMI et dans le droit nouvellement adopté. L'**art. 11 I LMI** **10**

conférait aux cantons, et le cas échéant aux communes, un délai de deux ans, échu le 1er juillet 1998, pour adapter leurs prescriptions existantes, y compris les dispositions d'organisation judiciaire nécessaires à garantir la voie de recours exigée par l'art. 9 LMI. Cette règle d'ordre n'avait pas pour effet de repousser l'application des dispositions matérielles de la LMI, devenues pleinement effectives le 1er juillet 1996. Adoptée à la demande des cantons, la disposition transitoire de l'art. 11 LMI différait de deux ans au maximum la protection juridictionnelle en matière de marchés publics, i. e. l'application de l'**art. 9 I-III LMI** se rapportant à l'art. 5 LMI (RO 1996, p. 1742 ; Mess-LMI, p. 1256 s. ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; ATF 123 I 313, c. 3 qui rejette l'interprétation de GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 19-21 ; ainsi que ATF 125 II 86, c. 2 a ; ATF 125 I 406 c. 2 c ; cf. LMI 9, N 7-9 ; LMI 11 N 3-5).

B. Origine de la règle

11 Hormis les objections relatives à la constitutionnalité de la LMI (Mess-LMI, p. 1215 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 603), l'assujettissement des marchés publics cantonaux et communaux à la LMI a été le sujet le plus **controversé** lors de l'adoption de la loi (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 169 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 52).

12 Les discussions ont d'abord porté sur la nécessité même d'une application de la LMI aux marchés publics cantonaux et communaux, alors que les cantons avaient adopté un **Accord intercantonal sur les marchés publics**, le 25 novembre 1994. Outre l'ouverture internationale des marchés cantonaux, l'AIMP vise aussi la suppression des obstacles intercantonaux et la réalisation du marché intérieur suisse en matière de marchés publics (ROOS, Vereinbarungen, p. 23 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 24 s. ; CLERC, Marchés, p. 395). Le Parlement a cependant jugé nécessaire l'adoption de l'art. 5 LMI dès lors que l'AIMP, à tout le moins dans sa 1ère version du 25 novembre 1994, allait sur plusieurs points moins loin que la LMI (*infra* N 39).

13 La question des **relations de l'art. 5 LMI avec l'AIMP** ainsi qu'avec les réglementations cantonales et communales a fait l'objet de modifications successives de formulation, sans que la substance de la règle n'en soit altérée. Suite à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de LMI, le Conseil fédéral avait introduit dans le projet de LMI le principe d'une subsidiarité conditionnelle de l'art. 5 LMI par rapport à un accord intercantonal en matière de marchés publics, pour autant que celui-ci satisfasse aux exigences minimales de la loi (art. 5 III du projet LMI ; Mess-LMI, p. 1270). Sur proposition de la commission « économie et redevances » du Conseil des Etats, cette disposition a été supprimée lors des débats devant les Chambres et reprise, sous la forme d'une disposition fédérale limitée aux principes, dans l'art. 5 I LMI (intervention de R. SIMMEN in : BO CE 1995 931 et 934 ; *infra* N 36-39).

14 Ont aussi été débattues la question du respect des **conditions de travail** au lieu de provenance de l'adjudicataire ou au lieu d'exécution du marché (proposition de C. EYMANN in : BO CN 1995 1156 et proposition de H. BISIG in : BO CE 1995 p. 931 s. ; diverses interventions in : BO CE 1995 p. 931-934, BO CN 1995 p. 1156-1158, BO CN 1995 p. 2052-2054 ; *infra* N 145-167) ainsi que celle de la **protection juridictionnelle** (cf. LMI 9).

C. Contexte

1. Rôle modèle du droit de l'Union européenne et du droit international économique

15 La suppression du protectionnisme cantonal et communal en matière de marchés publics, prévue par l'art. 5 LMI, est calquée sur l'application des règles du **TFUE** aux marchés publics passés dans les Etats membres de l'UE (Mess-LMI, p. 1216-1223 ; COTTIER/MERKT, Influence, p. 466 s. ; CLERC, Marchés, p. 399 s. ; TREPTE, Public, N 1.01-1.35 ; EGGER, Vergaberecht, N 100-283 ; BOVIS, Case Law ; ARROWSMITH, Utilities, N 4.1-4.66 ; DE KONINCK/PELZER/RONSE, Vergaberecht ; *infra* N 17-19). De plus, les mécanismes du droit OMC, et en particulier de l'AMP (*infra* N 27), sont à la base de l'art. 5 II LMI (*infra* N 168-180), de l'art. 6 II et III LMI (*infra* N 43-44 ; cf. LMI 6) et de l'art. 9 LMI (COTTIER/MERKT, Influence, p. 469-471 ; cf LMI 9).

16 Les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres de **l'UE** sont réglés principalement par **deux directives matérielles**, qui constituent du droit dérivé faisant l'objet d'une transposition dans le droit interne des Etats membres (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO 2004 L 134/1, ci-après « Directive secteurs 2004/17 » ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO 2004 L 134/114, ci-après « Directive classique 2004/18 »). Une **troisième** directive règle spécialement les achats dans les domaines de la **défense** et de la sécurité (Directive 2009/81/CE du Parlement et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO 2009 L 216/76).

17 Au niveau du droit primaire, même si l'ouverture des marchés publics ne fait pas l'objet d'une disposition spéciale du TFUE, elle reste soumise au respect des **quatre libertés fondamentales de circulation du TFUE, ainsi que des principes généraux** qui en découlent, parmi lesquels l'égalité de traitement (CJCE, arrêt *La Cascina* [du ? ■■ - arrêts cité : parfois la date est indiquée, parfois non], aff. jtes C-226/04 et C-228/04, Rec. 2006 p. I-1347, pt 22 ; arrêt *Universale-Bau*, aff. C-470/99, Rec. 2002 p. I-11617, pts 91-92 ; CJCE, arrêt *Traunfellner*, aff. C-421/01, Rec. 2003 p. I-11941, pt 29), la transparence (CJCE, arrêt *SIAC*, aff. *Construction*, C-19/00, Rec. 2001 p. I-7725, pt 42), la reconnaissance mutuelle (CJCE, arrêt *Commission c/Espagne*, aff. C-71/92, Rec. 1993 p. I-5923, pts 52-54) et la proportionnalité (CJCE, arrêt *Contse*, aff. C-234/03, Rec. 2005 p. I-9315, pts 25, 41-46, 49 et 53-76). En effet, la liberté d'établissement (art. 49 TFUE), la libre prestation de services (art. 56 TFUE) et l'interdiction de discrimination selon la nationalité (art. 18 TFUE) sont une expression particulière du principe général d'égalité de traitement, qui fait partie des principes généraux du droit de l'UE. En matière de marchés publics, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires vise à garantir l'égalité des chances entre soumissionnaires, et cela même en l'absence d'une discrimination selon la nationalité, c'est-à-dire dans le cadre d'une situation purement interne où tous les participants (pouvoir adjudicateur, adjudicataire et recourant) se trouvent dans un seul et même Etat membre (CJCE, arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 46-48 ; arrêt *ANAV*, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 17-20). Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination selon la nationalité impliquent une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette

obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant l'ouverture des marchés publics et des concessions de services à la concurrence ainsi que le contrôle [juridictionnel] de l'impartialité des procédures d'adjudication (CJCE, arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV*, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 17-22).

18 La jurisprudence applique les libertés fondamentales du TFUE et les principes généraux en découlant d'une part aux marchés qui sont dans le champ d'application des directives et, d'autre part, aux marchés non visés par les directives. En premier lieu, la Cour de justice applique le droit primaire aussi bien pour **renforcer l'interprétation de dispositions des directives de l'Union que pour en combler les lacunes**, dans la mesure où les directives en matière de marchés publics n'établissant pas une réglementation uniforme et exhaustive (CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. jtes C-20/01 et C-28/01, Rec. 2003 p. I-3609, pts 35-43 ; arrêt *Commission c/Grèce*, aff. C-399/05, du 18.07.2007, non publiée, pt 29). En second lieu, le droit primaire trouve application à trois **situations non ou partiellement visées par les directives** « marchés publics », à savoir : (i) les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils d'application des directives (CJCE, arrêt *Vestergaard*, aff. C-59/00, Rec. 2001 p. I-9505, pts 19-21), (ii) les marchés de services non prioritaires visés par l'annexe II B de la Directive classique 2004/18 et à l'annexe XVII B de la Directive-secteurs 2004/17, pour les aspects non couverts par ces directives (CJCE, arrêt *Contse*, aff. C-234/03, Rec. 2005 p. I-9315, pts 47 ss), et (iii) les concessions de services (CJCE, arrêt *Telaustria*, aff. C-324/98, Rec. 2000 p. I-10745, pt 60 ; arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 46 ; arrêt *Coname*, aff. C-231/03, Rec. 2005 p. I-7287, pt 16 ; arrêt *ANAV*, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pts 16-21). Dans cette seconde hypothèse, les marchés non visés par les directives ne sont toutefois soumis à l'application des règles et principes découlant du TFUE que s'ils présentent un **intérêt transfrontalier certain**, ce qui présuppose que le marché concerné soit susceptible, eu égard à ses caractéristiques propres, d'intéresser une entreprise située dans un Etat membre autre que celui dans lequel ce marché est attribué (CJCE, arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-507/03, Rec. 2007 p. I-9777, pt 29). Un tel intérêt transfrontalier dépend notamment de la valeur estimée du marché, en combinaison avec sa technicité ou avec le lieu d'exécution du marché. L'appréciation de l'intérêt transfrontalier certain appartient en principe, pour chaque marché donné, au pouvoir adjudicateur, sous réserve d'un contrôle juridictionnel ultérieur ; il est toutefois loisible à la réglementation nationale d'établir des critères objectifs. Si un marché de faible valeur ne revêt généralement pas d'intérêt transfrontalier certain, il peut toutefois en aller autrement lorsque ce marché est passé par une agglomération située sur le territoire d'Etats membres différents. Le fait que le marché litigieux soit susceptible d'intéresser des entreprises situées dans d'autres Etats membres peut aussi résulter de la publication d'un appel d'offres au Journal officiel de l'Union européenne ou de la circonstance que plusieurs soumissionnaires établis dans d'autres Etats membres ont déposé une offre (CJCE, arrêt *SECAP et SANTORSO*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008 p. I-3565, pts 20-21, 24, 30-32 ; arrêt *ASM Brescia*, aff. C-347/06, Rec. 2008 p. I-5641 ; arrêt *Wall*, aff. C-91/08, du 13.04.2010, Rec. 2010 p. I-2815, pts 35, 37 ; arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-226/09, du 18.11.2010, non encore publié, pt 33). Cette jurisprudence de la Cour de justice a été résumée dans une *Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »* (JO 2006 C 179/2, confirmée par Trib., arrêt *Allemagne c/Commission*, aff. T-258/06, du 20.05.2010, Rec. 2010 p. II-2027).

Ainsi, une part significative de la réalisation du marché intérieur en matière de marchés publics repose sur l'application faite par la Commission européenne et par la Cour de justice de l'Union européenne des règles et principes généraux de droit primaire de l'Union, en particulier (MICHEL, Marchés publics, p. 2-32 ; BOCK, Vergaberecht, p. 142-205 ; PRIESS, Auftragswesen, p. 5-18 ; Livre vert 1996 de la Commission européenne, n° 2.1 ; CLERC, Marchés, p. 32) : **19**

- **la libre circulation des marchandises** (art. 34 TFUE) : CJCE, arrêt *Commission c/Irlande*, aff. 45/87, Rec. 1988, p. 4929 ; arrêt *Du Pont de Nemours Italiana SpA c/Unità sanitaria locale n° 2 di Carrara*, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. I-889 ; arrêt *Laboratori Bruneau c/Unità sanitaria locale RM/24 di Monterotondo*, aff. C-351/88, Rec. 1991, p. I-3641 ; arrêt *Commission c/Danemark*, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659 ; arrêt *The Queen c/Secretary of State for the Home Department, ex parte : Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd*, aff. C-324/93, Rec. 1995, p. I-563 ; arrêt *Commission c/Pays-Bas*, aff. C-359/93, Rec. 1995, p. I-157 ; arrêt *Commission c/Autriche*, aff. C-328/96, Rec. 1999, p. I-7479 ; arrêt *Vestergaard*, aff. C-59/00, Rec. 2001, p. I-9505 ; arrêt *Medipac-Kazantzidis*, aff. C-6/05, Rec. 2007, p. I-4557 ; arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-141/07, Rec. 2008, p. I-6935 ;
- **la libre prestation de services** (art. 56 TFUE) : CJCE, arrêt *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c/Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. 62 et 63/81, Rec. 1982, p. 223 ; arrêt *SA Transporoute et travaux c/Ministère des travaux publics*, aff. 76/81, Rec. 1982, p. 417 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Rush Portuguesa Lda c/Office national d'immigration*, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417 ; arrêt *Commission c/Danemark*, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-360/89, Rec. 1992, p. I-3401 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409 ; arrêt *RI.SAN Srl c/Commune di Ischia e.a.*, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219 ; arrêt *Commission c/France*, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 76-90 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz c/Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037 ; arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-493/99, Rec. 2001, p. I-8163 ; arrêt *Contse*, aff. C-234/03, Rec. 2005, p. I-9315 ; arrêt *Commission c/France*, aff. C-264/03, Rec. 2005, p. I-8831 ; arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-119/06, du 29.11.2007, non publié ; arrêt *SECAP et Santorso*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008, p. I-3565 ; arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175 ; arrêt *Rüffert*, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989 ; arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-160/08, du 29.04.2010, Rec. 2010 p. I-3713 ; arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, aff. C-376/08, du 23.12.2009, Rec. 2009 p. I-12169 ; arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-226/09, du 18.11.2010, non encore publié ; TPI, arrêt *Centro Studi Manieri/Conseil*, aff. T-125/06, du 28.01.2009, Rec. 2009 p. II-69 ;
- **la liberté d'établissement** (art. 49 TFUE) : CJCE, arrêt *P. Steinhauser c/Ville de Biarritz*, aff. 197/84, Rec. 1985, p. 1819 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409 ; arrêt *RI.SAN Srl c/Commune di Ischia e.a.*, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219 ; arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-493/99, Rec. 2001, p. I-8163 ; arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission c/Italie*, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Corres-*

pondencia, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175 ; arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, aff. C-376/08, du 23.12.2009, Rec. 2009 p. I-12169 ; arrêt *Commission c/Irlande*, aff. C-226/09, du 18.11.2010, non encore publié ; Trib., arrêt *Centro Studi Manieri/ Conseil*, T-125/06, du 28.01.2009, Rec. 2009 p. II-69 ;

– **la libre circulation des travailleurs** (art. 45 TFUE) : CJCE, arrêt *Commission c/Danemark*, aff. C-243/89, Rec. 1991, p. I-3659. En revanche, le détachement temporaire de travailleurs par leur entreprise dans un autre Etat membre afin d'effectuer des travaux ou services dans le cadre d'un marché public attribué à cette entreprise, ne relève pas de la libre circulation des travailleurs, mais de la libre prestation de services, car de tels travailleurs retournent dans leur Etat de provenance après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil (CJCE arrêt *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, Rec. 1990 p. I-1417, pts 15-19) ;
– **les articles 101 et 102 TFUE** interdisant les **accords anticoncurrentiels** et les **abus de position dominante** ne s'appliquent pas au comportement des pouvoirs adjudicateurs ou des autorités concédantes, car ceux-ci ne peuvent pas être qualifiés d'entreprises (CJCE, arrêt *Coname*, aff. C-231/03, Rec. 2005, p. I-7287, pt 12 ; arrêt *Bodson*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 18 ; arrêt *FENIN c/Commission*, aff. C-205/ 03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 1 et 25-27 confirmant l'arrêt du TPI dans l'arrêt *FENIN c/Commission*, aff. T-319/99, Rec. 2003, p. II-357, pts 35-45, 49-50). En revanche, ces dispositions sont applicables au comportement des soumissionnaires, par exemple en cas de cartel de prix et/ou de répartition territoriale des marchés (Commission européenne, décision *Industrie de la construction aux Pays-Bas* du 05.02.1992, 92/204/ CEE, IV/31572 et IV/32571, JO 1992 L 92/1, confirmée par arrêt du TPI dans l'arrêt *SPO e.a c/Commission*, aff. T-29/92, Rec. 1995 p. II-289 ; CJCE, arrêt *Belasco e.a. c/ Commission*, aff. 246/86, Rec. 1989, p. 2117 ; Commission européenne, décision *Bitumes (Pays-Bas)* du 13.09.2006, 2007/534/CE COMP/F/38.456, JO 2007 L 196/40).

2. Répartition des compétences entre Confédération et cantons

20 La question de savoir si et dans quelle mesure la Confédération pouvait légiférer en matière de marchés publics cantonaux a constitué la pièce de résistance des débats ayant entouré l'adoption de la LMI. Cette répartition a été pour l'essentiel confirmée lors des travaux ayant débouché sur l'avant-projet du 30 mai 2008 de révision totale de la LMP (avant-projet abandonné par le Conseil fédéral le 17 juin 2009 en raison du rejet par la quasi-totalité des cantons de l'harmonisation partielle du droit des marchés publics cantonaux et fédéraux ; voir Projet de consultation concernant la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008 – <http ://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetz gebung/00571/01239/index.html ?lang=fr>, ainsi que les deux avis de droit élaborés à cette occasion : Biaggini, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht ; Biaggini, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005) et par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 I 156).

21 La réglementation des marchés publics est une **compétence partagée** ou **parallèle** de la Confédération et des cantons. Pour les cantons, cela résulte de la clause générale de l'art. 3 Cst : les cantons sont compétents pour réglementer la passation de leurs propres marchés, sous réserve du respect des accords internationaux (art. 5 IV Cst). Pour la Confédération, il s'agit d'une compétence inhérente rappelée à l'art. 164 I/g Cst : l'Etat fédéral

doit être à même de faire les acquisitions et de requérir les services nécessaires à l'exercice des tâches qui lui sont attribuées par la Constitution et par le droit international (cf. notamment l'art. 81 Cst concernant les travaux publics ; ATF 130 I 156, c. 2.6). La Confédération, les cantons, voire les communes lorsque celles-ci disposent d'une autonomie en la matière, sont chacun compétents pour régler la passation des marchés par les pouvoirs adjudicateurs qui dépendent d'eux. Ces pouvoirs adjudicateurs peuvent soit relever de l'administration centrale, soit constituer des organismes de droit public ou des entreprises publiques (tels que définis aux annexes 2 et 3 de l'AMP, à l'art. 3 Accord MP et aux annexes I-IV à l'Accord MP, à l'art. 2 de l'Annexe R à la Convention AELE et aux Appendices 1-9 de l'Annexe R ; *infra* N 93-104 et 105-108). Le **critère** déterminant pour la compétence est celui du **pouvoir adjudicateur** :

- L'administration fédérale est régie par le droit fédéral, les administrations cantonales par le droit intercantonal et cantonal. Il en va de même pour les régies. Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord MP, les administrations communales sont nouvellement assujetties à l'AMP, pour leurs marchés supérieurs aux seuils de cet accord. En outre, les communes sont soumises à l'AIMP ;
- La compétence pour réglementer la passation des marchés passés par des entités actives dans les **secteurs eau-énergie-transports-télécommunications (EETT)** est prévue à l'art. 2*a* I OMP, qui introduit deux critères alternatifs de répartition des compétences :
  (i) **la dominance** : sont assujetties au droit fédéral les entités publiques ou privées qui sont sous l'influence dominante de la Confédération (notamment du fait de la détention de la majorité du capital, des actions ou lorsque plus de la moitié des membres de la direction ou de l'organe de surveillance sont des représentants de la Confédération, ou du fait des règles régissant l'entité concernée). Une telle dominance est présumée lorsque la corporation publique en cause (Confédération, canton ou commune) détient la majorité du capital de l'entreprise ou des voix attachées aux actions émises ou lorsqu'elle désigne plus de la moitié des membres chargés de la gestion de l'entreprise ou de sa surveillance (Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; CLERC, Marchés, p. 328). *A contrario*, une influence dominante des cantons et/ou des communes résulte en un assujettissement au droit intercantonal et cantonal ;
  (ii) le **service public sur l'ensemble du territoire suisse** : sont assujetties au droit fédéral les entités privées titulaires d'un droit spécial ou exclusif et qui assurent un service public sur l'ensemble du territoire suisse.
- Lorsqu'un **marché est passé en commun** par plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal, le droit applicable est celui de l'**adjudicateur qui supporte la part de financement la plus importante** (art. 2*c* OMP ; ATF 130 I 56, c. 2.4-3.4).
- Si **un tiers représentant un pouvoir adjudicateur** procède à une passation de marché pour ce dernier, il est assujetti aux règles sur les marchés publics (art. 2*d* OMP). Cette disposition vise l'hypothèse d'une entité non expressément mentionnée dans les Annexes aux accords internationaux en matière de marchés publics, mais qui est très étroitement liée à un pouvoir adjudicateur lui-même expressément assujetti. Tel est le cas soit lorsque l'entité et le pouvoir adjudicateur doivent être considérés comme une unité du point de vue juridique (en examinant notamment si l'entité est dotée de la personnalité juridique, si elle a rédigé et adopté ses statuts, si elle dispose de ses propres cadres et employés qui ne sont pas des fonctionnaires du gouvernement, si elle a publié l'appel d'offres et adressé les invitations de son propre chef, si elle conclut en son pro-

pre nom le contrat avec l'adjudicataire, si elle finance le marché avec ses propres ressources, et en vérifiant qui nomme les membres du conseil d'administration, les directeurs et les cadres supérieurs de l'entité), soit lorsque l'entité agit au nom, i.e. comme représentant ou agent du pouvoir adjudicateur expressément assujetti, au moins pour ce qui concerne la passation du marché en cause (en vérifiant notamment si l'entité est compétente pour négocier et conclure le contrat avec l'adjudicataire, ou si elle constitue une marionnette entre les mains du pouvoir adjudicateur expressément assujetti dont elle serait *l'alter ego*, et en examinant le degré d'intervention et de contrôle dans l'activité quotidienne de l'entité selon une *principal/agent relationship*) (cf. décision du panel de l'OMC, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163R, adoptée par WT/DSB/M/84 le 15 juin 2000, § 7.52 – 7.73 ; décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28.09.2001, CRM 2001/007, JAAC 66/2002 n° 5, c. 3c/cc). Sont également concernés par l'art. 2*d* OMP les tiers auxquels l'adjudicateur a délégué une tâche publique (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 03.09.1999, CRM 1999/006, JAAC 64/2000 n° 30, c. 1b/bb), à condition que cette tâche ne leur ait pas été attribuée selon le droit des marchés publics (principe de l'appel d'offres unique) (Rapport explicatif du 01.01.2010 sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), ad art. 2*d* OMP, accessible sur <http ://www.efd.admin.ch/00468/index.html ?lang=fr&msg-id=30179>).

– Enfin, il existe un certain nombre d'assujettissement spéciaux. En premier lieu, les constructeurs des nouvelles transversales ferroviaires alpines NLFA sont tous assujettis au droit fédéral (art. 4 Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes [Ordonnance sur le transit alpin, Otransa], RS 742.104.1). En second lieu, les marchés relatifs aux routes nationales sont en principe assujettis au droit fédéral, à tout le moins pour ce qui concerne les nouvelles routes nationales et l'aménagement des routes nationales existantes. En revanche, l'achèvement du réseau des routes nationales déjà existantes relève encore de la compétence des cantons (art. 40*a* et 41 II de la Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales [LRN], RS 725.11 ; art. 32-40 et Annexe 1 de l'Ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales [ORN], RS 725.111).

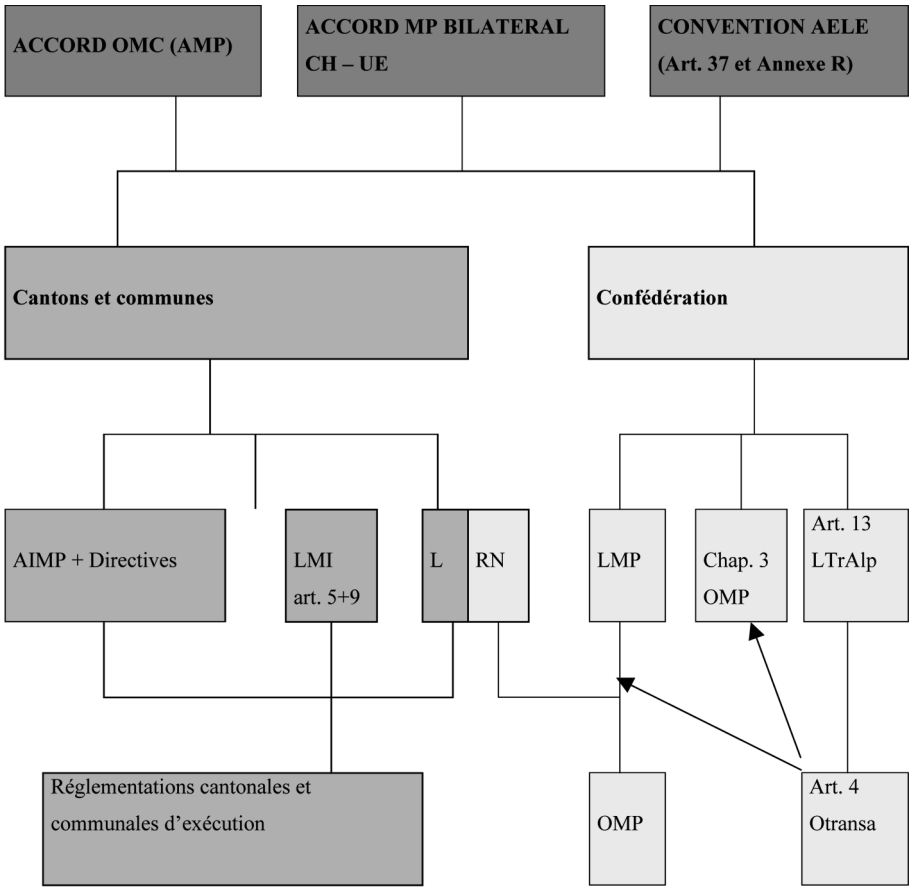
22 La **Confédération** est compétente pour régler la passation de ses propres marchés sur la base de ses compétences en matière d'organisation (art. 164 I/g Cst). Elle ne dispose pas d'une base constitutionnelle pour adopter une réglementation exhaustive des marchés publics cantonaux et communaux (Rapp-AP-LMP, ch. 11.2 ; MICHEL, Marchés publics, N 1888 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 603 ; Mess-LMI, p. 1230), mais peut y intervenir à trois titres (ATF 130 I 156, c. 2.7). **Indirectement**, la Confédération est compétente sur le plan externe pour conclure des **traités internationaux**, même lorsqu'il s'agit de matières relevant, sur le plan interne, des compétences parrallèles de la Confédération et des cantons, comme c'est le cas des marchés publics. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 instaure toutefois un fédéralisme de type coopératif dans le domaine des relations internationales, qui contraint la Confédération à tenir compte des compétences des cantons, à sauvegarder leurs intérêts (art. 54 Cst), à associer les cantons à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels, voire à les associer de manière appropriée aux négociations internationales lorsque leurs compétences sont affectées (art. 55 Cst ; LF du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération [LFPC], RS 138.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, N 1262-1265 ; sur la participation des cantons à la négociation de

l'accord bilatéral sur les marchés publics, voir LANG, Wandlungen, p. 12 s.). De tels accords internationaux, comme l'Accord OMC sur les marchés publics (*infra* N 27) ou l'accord bilatéral sur les marchés publics conclu entre la Suisse et l'UE (*infra* N 28), lient ensuite les cantons et les communes qui sont toutefois compétents pour en assurer la transposition dans leurs propres réglementations (CLERC, Marchés, p. 325-329). **Directement**, la Confédération dispose d'une compétence limitée sur la base de l'**art. 95 II Cst** (art. 31 bis II aCst ; JACOBS, Art. 95 Cst, N 16 ; *infra* N 25), dans le cadre de son devoir d'assurer la fonction fédérative de la liberté économique. La **LMI**, fondée sur cette disposition, promeut l'homogénéité de l'espace économique suisse, notamment en matière de marchés publics par le biais des art. 5 et 9 LMI (ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; Mess-LMI, p. 1230 et 1238 ; COTTIER/MERKT, Influence, p. 459 s. ; WUNDER, Binnenmarktfunktion, p. 189 s.). Au-delà de la LMI, l'Etat fédéral pourrait se fonder sur l'art. 95 II Cst pour harmoniser, sur certains points, le droit des marchés publics (ATF 130 I 156, c. 2.7.3 ; G. BIAGGINI, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen : Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, <http ://www.bbl.admin.ch/bkb/00389/02604/02651/02653/index.html ?lang=fr>). Se référant à une étude de droit constitutionnel, le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de révision de la LMP résume ainsi les compétences de la Confédération pour légiférer en matière de marchés publics cantonaux et communaux sur le fondement de l'art. 95 II Cst : la Confédération peut légiférer globalement pour assurer les objectifs de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ; elle ne peut en revanche édicter que des règles-cadres afin d'assurer l'utilisation rationnelle des deniers publics ; enfin, l'encouragement de la concurrence est un cas limite dans l'optique du partage des compétences entre la Confédération et les cantons. Ces limites découlent des principes de subsidiarité et de l'autonomie en matière de procédure et d'organisation des cantons, qui représentent la « contre-partie » fédéraliste à la compétence fédérale en matière de marché intérieur. Quant aux cantons, ils peuvent gérer librement leurs propres finances (Rapp-AP-LMP, ch. 1.3.5 et ch. 11.2 et G. BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005). L'opposition de la quasi-totalité des cantons a toutefois conduit à l'abandon de l'avant-projet de révision totale de la LMP allant dans le sens d'une unification partielle du droit des marchés publics (Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18.11.2009, <http ://www.efd.admin.ch/00468/index.html ?lang=fr&msg-id=30179> ; Département fédéral des finances, AP-LMP : Rapport du 18.11.2009 sur les résultats de la procédure de consultation, <http ://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html ?lang=fr>). Enfin, la pratique relative au droit fédéral des marchés publics constitue une **source d'interprétation** pour l'application du droit cantonal (ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; ZUFFEREY/DUBEY, Marchés publics, p. 17-18), Au surplus, les **cantons** sont compétents pour régler la passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs qui dépendent d'eux.

23 Le renvoi de principe de l'art. 5 LMI à la réglementation cantonale pose la question du droit applicable dans des situations de conflit de lois potentiel. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur exerce une activité dans **plusieurs cantons**, comme les entreprises d'électricité ou de chemins de fer, ou en cas de **coopération inter-cantonales**. L'art 8 IV AIMP prévoit deux critères de rattachement alternatif lorsque le marché n'est pas exécuté au lieu du siège du pouvoir adjudicateur : soit le droit du canton du siège de l'adjudicateur, soit le droit du lieu de l'activité principale, qui paraît notamment viser le lieu d'exécution des travaux suggéré en doctrine pour des motifs liés à la souveraineté cantonale (LANG, Binnenmarkt, p. 23 ; ég. note C. BOVET in DC 1999/4, p. 137 s.). Une réglementation cantonale

qui choisirait comme critère unique le droit du canton du siège de l'adjudicateur aurait l'avantage de la sécurité juridique et ne devrait pas trop empiéter, de fait, sur la souveraineté cantonale en raison de l'effet d'harmonisation exercé par les accords internationaux en matière de marchés publics, l'AIMP et la LMI. Selon l'art. 8 III AIMP, lorsqu'un marché est passé en commun par plusieurs adjudicateurs soumis à l'AIMP, le droit applicable est celui du siège de l'adjudicateur principal. Les marchés lancés par une organisation commune sont soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci n'a pas de siège, le droit applicable est celui du lieu où l'activité principale est déployée ou au lieu d'exécution. Une convention contraire reste réservée.

24 **L'imbrication** et **l'interaction** des accords internationaux ainsi que des réglementations fédérales, cantonales et communales en matière de marchés publics nuisent à la transparence des normes dans ce domaine du droit et n'en facilitent pas l'application. Le foisonnement de textes législatifs, applicables souvent cumulativement, ne constitue pas une particularité helvétique, mais se retrouve également dans le droit de l'Union européenne, où se superposent accords internationaux, règles de droit primaire du TFUE et principes généraux du droit, directives, communications et réglementations nationales (CLERC, Marchés, p. 383-403 et 452-457). En réponse partielle à cette problématique, l'Union européenne a simplifié et modernisé son cadre juridique en consolidant l'essentiel du droit matériel dans deux directives, la Directive classique 2004/18 et la Directive secteurs 2004/17, alors que la protection juridictionnelle est assurée par deux directives recours (Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO 1989 L 395/33 ; Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO 1992 L 76/14). De même, les cantons ont adopté le 15 mars 2001 une version révisée de l'AIMP, qui étend le champ d'application de l'AIMP afin d'y transposer les obligations découlant de l'Accord MP entre la Suisse et l'UE, de la Convention AELE et de l'art. 5 LMI. L'AIMP révisé, ratifié et entré en vigueur pour tous les cantons, assujettit ainsi des marchés initialement exclus de l'accord intercantonal, comme les marchés de services non soumis aux accords internationaux ou les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux ; il vise aussi expressément les marchés des communes. La portée résiduelle de l'art. 5 LMI est désormais ténue, cette disposition servant désormais essentiellement à interpréter le champ d'application de l'AIMP, en particulier pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs assujettis (*infra* N 85-108). En revanche, les cantons se sont opposés à l'étape ultérieure d'une unification partielle, par le biais de la LMP, des droits fédéraux et cantonaux en matière de marchés publics (Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18.11.2009, <http ://www.efd.admin.ch/00468/index.html ?lang=fr&msg-id=30179> ; Département fédéral des finances, AP-LMP : Rapport du 18.11.2009 sur les résultats de la procédure de consultation, <http ://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01611/index.html ?lang=fr>). L'imbrication des sources peut être schématisée ainsi (CLERC, Champ d'application) :



AMP	Accord OMC sur les marchés publics, entré en vigueur le 1.1.1996, RS 0.632.231.422
Accord MP	Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, entré en vigueur le 1.6.2002, RS 0.172.052.68
Convention AELE	Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, version consolidée entrée en vigueur le 1.6.2002, RS 0.632.31
LMP	Loi fédérale du 16.12.1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
OMP	Ordonnance du 11.12.1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11
LTrAlp	Loi fédérale du 4.10.1991 relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes, RS 742.104
Otransa	Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Ordonnance sur le transit alpin), RS 742.104.1
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics du 25.11.1994, modifié le 15.03.2001, RSN 601.71
LMI	Loi fédérale du 6.10.1995 sur le marché intérieur, RS 943.02
LRN	Loi fédérale du 8.3.1960 sur les routes nationales, RS 725.11

Les règles de la **LMI** en matière de marchés publics sont édictées essentiellement sur la base de l'art. 95 II Cst (art. 31[bis] II aCst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 912 et 918 ; MARTENET/RAPIN, Marché ; AUBERT/MAHON, art. 95 Cst, N 8 ; JACOBS, Art. 95 Cst, N 14-16 ; VALLENDER, Wirtschaftsverfassung, p. 684 s. ; MÜLLER/ **25**

SCHEFER, Grundrechte, p. 1048-1051). Elles n'ont pas de portée internationale. L'art. 5 LMI est une disposition de droit fédéral dont le contenu matériel est essentiellement de nature **intercantonale et intercommunale** : il vise la suppression des barrières étatiques à la réalisation du marché intérieur en matière de marchés publics (Mess-LMI, p. 1230 et 1238 ; SCHWEIZER, Binnenmarkt, p. 746 s. ; HANGARTNER, Binnenmarktgesetz, p. 13 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 603 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 169 ; Mess-1 GATT, p. 363 ; Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; ROOS, Vereinbarungen, p. 45 ; MICHEL, Marchés publics, N 1888 ; CLERC, Marchés, p. 432 s. ; d'une portée plus large toutefois, ATF 125 I 406, c. 2.d, et *infra* N 114). Au surplus, l'art. 5 I/1 LMI rappelle la compétence générale des cantons et des communes de régler la passation de leurs propres marchés (*infra* N 32-39). Cette solution correspond au partage traditionnel des compétences en matière de marchés publics entre Confédération et cantons et garantit la constitutionnalité de la LMI en la matière.

3. Réglementations applicables

a) Marchés publics fédéraux

26 Les marchés publics de niveau fédéral sont régis, d'une part, par les **accords internationaux** auxquels la Suisse est partie (*infra* N 27 s.) et, d'autre part, par des règles de **droit fédéral** (*infra* N 29).

27 Les pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral doivent respecter en premier lieu les **accords internationaux** conclus par la Suisse en matière de marchés publics. Il s'agit d'abord de l'AMP (**Accord OMC sur les marchés publics** du 15 avril 1994, RS 0.632.231.422 et AF du 30 avril 1997 portant approbation de l'extension du champ d'application de l'Accord OMC sur les marchés publics, RS 172.056.2), qui a succédé au Code GATT conclu dans le cadre du Tokyo Round (Accord relatif aux marchés publics du 12 avril 1979, RS 0.632.231.421) (HOEKMAN/MAVROIDIS, WTO agreement ; CLERC, Mondialisation, p. 141-194 ; CLERC, Marchés, p. 273-355). L'AMP est en cours de révision, dans le cadre du cycle de Doha. Ensuite, l'**Accord MP** fait partie des accords bilatéraux sectoriels conclus le 21 juin 1999 entre la Suisse et l'UE, et entrés en vigueur le 1er juin 2002 (*infra* N 28). Par ailleurs, l'art. 37 et l'Annexe R de la **Convention AELE** élargissent, entre les Etats membres de l'AELE, la portée des engagements pris au titre de l'AMP, afin de couvrir les mêmes marchés que ceux visés par l'Accord MP (Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), conclue à Stockholm le 4 janvier 1960, version consolidée entrée en vigueur le 1er juin 2002, RS 0.632.31). Enfin, de nombreux **accords de libre-échange** conclus entre les pays de l'AELE et des pays tiers contiennent tantôt une disposition unique et tantôt des engagements plus substantiels en matière de marchés publics (art. 29 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et les Etats de la SACU [Afrique du Sud, Botswana, Lesotho, Namibie, Swaziland], RS 0.632.311.181 ; art. 26 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République d'Albanie, RS 0.632.311.231 ; art. 20 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Canada, RS 0.632.312.32 ; art. 47-71 et Annexes XIII et XIV de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République du Chili, RS 0.632.312.451 ; art. 7.1-7.21 de l'Accord de libre-échange entre la République de Colombie et les Etats de l'AELE, RS 0.632.312.631 ; art. 6.1 - 6.3 et Annexe XII de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République de Corée, RS 0.632.312.811 ; art. 15 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République de Croatie, RS 0.632.312.911 ; art. 33 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la

République arabe d'Egypte, RS 0.632.313.211 ; art. 14 de l'Accord entre les Etats de l'AELE et Israël, RS 0.632.314.491 ; art. 16 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et le Royaume hachémite de Jordanie, RS 0.632.314.671 ; art. 28 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République du Liban, RS 0.632.314.891 ; art. 15 de l'Accord entre les Etats membres de l'AELE et la République de Macédoine, RS 0.632.315.201.1 ; art. 15 de Accord entre les Etats de l'AELE et le Royaume du Maroc, RS 0.632.315.491 ; art. 56-68 et Annexes XII-XX de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et les Etats-Unis du Mexique, RS 0.632.315.631.1 ; art. 14 de l'Accord intérimaire entre les Etats de l'AELE et l'OLP agissant pour le compte de l'Autorité palestinienne, RS 0.632.316.251 ; art. 7.1 - 7.31 et Annexes XIII-XIV de l'Accord de libre-échange entre la République du Pérou et les Etats de l'AELE, RS 0.632.316.411 ; art. 27 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République de Serbie, RS 0.632.316.821 ; art. 51-53 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République de Singapour, RS 0.632.316.891.1 ; art. 30 de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République Tunisienne, RS 0.632.317.581 ; art. 14 de l'Accord entre les pays de l'AELE et la Turquie, RS 0.632.317.631 ; art. 6.1 – 6.13 et Annexes XIV-XV de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et l'Ukraine, FF 2011 1461 ; art. 6.1 – 6.25 et Annexes XIII-XIV de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et les Etats membres du Conseil de coopération des Etats arabes du Golfe [CCG], FF 2009 6595). Dans quelques cas, l'accord de libre-échange est conclu bilatéralement par la Suisse seule avec l'Etat tiers (art. 130-132 de l'Accord de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon, RS 0.946.294.632).

1. L'**accord MP** (Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics) implique, en partie *de jure* et en partie *de facto*, une extension des règles de l'AMP entre les Parties (voir MessAccordsSectoriels, p. 5511-5521 ; LANG, Binnenmarkt, p. 41-45 ; WASESCHA, Libéralisation, p. 30 ; DANIOTH/LANG, Beschaffungswesen, p. 61-64). D'une part, les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs des districts et des communes, initialement non soumis à l'AMP, y sont désormais expressément assujettis (Annexe 2 de l'Appendice I à l'AMP déposé par la Suisse ; art. 2 Accord MP et Déclaration commune des Parties figurant dans l'Acte final de l'Accord MP in RS 0.172.052.68). D'autre part, l'Accord MP ouvre aux soumissionnaires de chaque Partie les marchés passés par des entités de droit public ou de droit privé actives dans les chemins de fer, les télécommunications et l'énergie (autre que l'électricité) ainsi que les marchés passés par des entités privées non dominées par l'Etat mais titulaires de droits spéciaux ou exclusifs et assurant un service au public dans les secteurs eau/énergie/transports/télécommunications (art. 3 §§ 1-3 Accord MP ; sur les engagements de la Suisse au titre de l'AMP, CLERC, Marchés, p. 294 s.). Pour les marchés relevant de cette seconde catégorie et dont la valeur est supérieure à des seuils déterminés, repris de l'AMP ou de l'ancienne Directive-secteurs (art. 3 § 4 Accord MP ; Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14.6.1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO 1993 L 199, p. 84 et JO 1998 L 101, p. 1 ; à noter que cette Directive a été abrogée dans l'UE et remplacée par la Directive secteurs 2004/17), l'Accord MP formule des règles de passation calquées sur celles de l'AMP et des directives de l'Union. Les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et d'interdiction des marchés compensatoires, ainsi que des règles sur la publication et le contenu de l'appel d'offres, les délais de dépôt des offres, la documentation relative à l'appel d'offres, les critères **28**

d'aptitude et d'adjudication et les spécifications techniques s'appliquent de manière contraignante à la passation des marchés supérieurs auxdits seuils (art. 4 et art. 6 §§ 1-2 Accord MP). Une Déclaration commune des Parties contractantes, figurant dans l'Acte final de l'Accord MP, prévoit que le respect des règles de passation de l'AMP ou des directives de l'Union suffit à remplir les obligations imposées par les art. 4 et 5 de l'Accord MP (RS 0.172.052.68). L'**art. 37 et l'Annexe R de la Convention AELE** sont le miroir des dispositions de l'Accord MP, dont le champ d'application est ainsi *de facto* étendu aux soumissionnaires provenant d'Etats membres de l'AELE.

2. Chaque Partie doit mettre sur pied **une voie de recours** juridictionnelle rapide, non discriminatoire, transparente et efficace auprès de laquelle les soumissionnaires puissent contester des violations de l'accord (art. 5 et annexe V à l'Accord MP ; art. 9 de l'annexe R à la Convention AELE).

3. Pour les marchés d'une valeur inférieure aux seuils, la Suisse et l'UE (respectivement l'AELE) feront preuve de bonne volonté dans l'application du principe de **non-discrimination** aux entreprises originaires de l'autre Partie qui soumissionneraient pour un marché, sans toutefois s'engager juridiquement à respecter ce principe (art. 6 § 3 Accord MP ; art. 7 de l'annexe R à la Convention AELE).

4. Le principe de non-discrimination ne s'applique pas au traitement préférentiel des soumissionnaires de l'UE/AELE, respectivement de la Suisse, qui résulterait du processus d'intégration propre à l'UE, respectivement au marché intérieur suisse (art. 6 § 4 Accord MP ; art. 7 *i.f.* de l'annexe R à la Convention AELE ; sur la non-invocabilité de l'art. 5 LMI par les soumissionnaires non établis en Suisse, *infra* N 110 et 113). Cette réserve vise en particulier à permettre à la Suisse de ne pas ouvrir aux soumissionnaires de l'UE/AELE les voies de recours cantonales instituées sur la base de l'art. 9 LMI pour les marchés publics d'une valeur inférieure aux seuils de l'Accord MP, respectivement de la Convention AELE (sur l'absence de qualité pour agir des soumissionnaires étrangers au titre de l'art. 9 LMI, LMI 9 N 99 ; CLERC, Marchés, p. 631-636, 527 s. et 531 s.).

5. La **surveillance de l'Accord MP** est garantie par une autorité indépendante aussi bien dans l'UE (Commission européenne) qu'en Suisse (Commission pour l'introduction et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics = Commission des marchés publics Confédération-cantons CMCC/Kommission zur Umsetzung und Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens = Kommission Beschaffungswesen Bund/Kantone KBBK) (art. 68*a*-68*d* OMP ; décisions du Conseil fédéral des 4.12.1995 et 3.4.1996 et décision de la Conférence des gouvernements cantonaux du 21.7.1996 ; Déclaration commune des Parties contractantes, RS 0.172.052.68 ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5520 ; CLERC, Marchés, p. 458-461 ; WASECHA, Libéralisation, p. 30). Au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur de l'Accord MP, ces autorités de surveillance seront compétentes pour prendre des mesures administratives (déclarations et recommandations) et pour agir en justice *(« Aufsichtsbeschwerde »)* à l'encontre de pouvoirs adjudicateurs de niveaux fédéral, cantonal ou communal ayant violé l'accord (art. 8 Accord MP). Les divergences sur l'interprétation et l'application de l'Accord MP sont soumises à un Comité mixte (art. 10 et 11 Accord MP).

6. Les Parties s'engagent à collaborer étroitement pour assurer la compatibilité et l'accessibilité de leurs **bases de données** et de leurs **systèmes électroniques** de passation des marchés publics (art. 12 Accord MP).

7. Des annexes à l'Accord MP et à l'Annexe R de la Convention AELE précisent les pouvoirs adjudicateurs assujettis ainsi que d'autres points de l'accord. Elles devraient faire l'objet d'une mise à jour (Déclaration commune des Parties figurant dans l'Acte final de l'Accord MP, RS 0.172.052.68 ; art. 11 § 2 Annexe R de la Convention AELE). Aucune modification des annexes n'est intervenue au 1er juillet 2011.

8. La **transposition** de l'Accord MP et de la Convention AELE révisée a nécessité une révision des réglementations fédérales et cantonales en matière de marchés publics. Les modifications essentielles ont porté sur une extension du champ d'application des réglementations, y compris une exemption pour les entités opérant dans un secteur où la concurrence est assurée (art. 3 § 5 Accord MP ; cf. LCart 7 N 43), sur la mise sur pied d'une autorité de surveillance et sur la publication électronique des marchés. Pour les marchés **fédéraux**, la LMP est restée inchangée, l'art. 2 II LMP habilitant déjà le Conseil fédéral à désigner par voie d'ordonnance les entités actives dans les secteurs EETT qui sont assujetties à la loi. Les modifications du droit fédéral ont eu lieu par voie d'ordonnance (voir modification de l'OMP du 30.11.2001, RO 2002 886 ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5519-5521). En particulier, les art. 2-2*d* OMP ont clarifié la délimitation des compétences entre Confédération et cantons pour réglementer la passation des marchés par les entités nouvellement assujetties dans les secteurs EETT (voir *supra* N 21). Les art. 68*a*-68*d* OMP ont été ajoutés afin de régler la composition et les tâches de la Commission pour l'introduction et la surveillance des obligations internationales de la Suisse en matière de marchés publics (CMCC, *supra* N 28 ch. 5). Enfin, une nouvelle ordonnance du DETEC règle la procédure d'exemption d'un pouvoir adjudicateur actif dans les secteurs EETT du droit des marchés publics (Ordonnance du DETEC du 18.11.2002 sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111). Pour les marchés **cantonaux et communaux**, l'AIMP a été révisé, dans le double but de mettre en œuvre l'Accord MP et de transposer complètement l'art. 5 LMI afin d'assurer une meilleure harmonisation du marché intérieur suisse en matière de marchés publics (Danioth/Lang, Beschaffungswesen, p. 64 ; Lang, Wandlungen, p. 11 s. ; *infra* N 33).

9. Une entreprise soumissionnaire établie dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE dispose du **droit de détacher ses travailleurs en Suisse** pour y exécuter un marché de travaux ou de services (art. 5 § 1-2 ALCP et art. 1 § 1, 17, 19 et 22 § 2 Annexe I à l'ALCP ; art. 20 § 2/b Convention AELE et art. 1, 16-18, 20, 21 § 2 de l'Annexe K de la Convention AELE ; *infra* N 159-165).

29 Sur le plan interne, les marchés publics fédéraux sont régis par des règles de droit fédéral contenues dans la **Loi fédérale sur les marchés publics** du 6 décembre 1994 (RS 172.056.1, LMP) et l'**Ordonnance fédérale sur les marchés publics** du 18 décembre 1995 (RS 172.056.11, OMP), par l'**art. 13 de la Loi fédérale relative à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes** du 4 décembre 1991 (RS 742.104, LtrAlp ; voir aussi art. 4 de l'Ordonnance du 28.2.2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes, Ordonnance sur le transit alpin – Otransa, RS 742.104.1) et par l'**Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de la Confédération** du 22 novembre 2006 (RS 172.056.15, Org-OMP) (pour une présentation de ces réglementations, voir notamment Galli/Moser/Lang/Clerc, Beschaffungsrecht, p. 3-20 ; Fetz, Beschaffungsrecht ; Moor/Poltier, Droit administratif II, p. 497-513 ; Dubey, Concours ; Bock, WTO-Übereinkommen, p. 709-718 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen ; Michel, Soumissionner, p. 22-30 ; Michel, Marchés publics, p. 373-409 ; Gauch, Bundesgesetz, p. 313-336 ; Gauch, Liberalisierung, p. 2-27 ;

TERCIER, Libéralisation, p. 12-26 ; CLERC, Marchés, p. 383-387 et 404-418 ; METZ/SCHMIDT, Rechtsgrundlagen, p. 49-76 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 371-374. Sur la jurisprudence en matière de marchés publics fédéraux, voir GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht ; FETZ, Gesammlte Rechtsprechung ; BEYELER, Ziele ; DUBEY, Pratique, p. 375 ss ; BELLANGER, Jurisprudences, p. 403 ss ; CLERC, Marchés publics 2008/09, p. 45-71 ; CLERC/VIRO MOSER, Marchés publics 2009/10, p. 49-80 ; CLERC/FAUCHÈRE, Marchés publics 2010/11, p. 43/72 ; GALLI, Beschaffungswesen, p. 103 ss ; MOSER, Überblick, p. 682-692 ; les arrêts rendus par le TAF et par l'ancienne CRM sont accessibles sous <http ://www.bvger.ch/recht/00551/index.html ?lang=fr>). La **LMI** est **inapplicable** aux marchés publics de la Confédération (Mess-LMI, p. 1230 s. ; *infra* N 86).

b) Marchés publics cantonaux et communaux

30 Les marchés publics de niveaux cantonal et communal sont régis par les accords internationaux auxquels la Suisse est partie (*infra* N 31), par quelques règles de droit fédéral (*infra* N 32), par du droit intercantonal (*infra* N 33 s.) ainsi que par des réglementations cantonales et communales (*infra* N 35) (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht, p. 20-43 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 5-35 ; FETZ, Beschaffungsrecht, N 21 ; CLERC, Marchés, p. 383-395, 419 s., 432-443 ; MICHEL, Marchés publics, N 1873-1900 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 375-379 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 225-248. Pour un aperçu de la jurisprudence en matière de marchés publics cantonaux, voir GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Beschaffungsrecht ; MOSER, Überblick, p. 682-692 ; voir aussi les résumés semestriels de jurisprudence publiés dans DC ; voir aussi pour les arrêts complets, <http ://www.simap.ch>).

31 Les **accords internationaux** conclus par la Suisse en matière de marchés publics lient également les cantons et les communes (art. 5 IV Cst ; *supra* N 27 s.).

32 Les marchés publics cantonaux et communaux sont soumis à quelques règles de **droit fédéral**. Il s'agit essentiellement de la garantie d'accès non discriminatoire prévue par l'art. **5 LMI** en faveur des soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse, ainsi que de la protection juridictionnelle qui y est associée par l'**art. 9 LMI**. Par ailleurs, les art. 38 à 40 de l'**Ordonnance sur les routes nationales** du 7 novembre 2007 (RS 725.111, ORN) règlent la passation des marchés cantonaux relatifs à l'achèvement du réseau des routes nationales tel qu'il a été décidé. Enfin, l'**art. 13 LTrAlp et l'art. 14 Otransa** s'appliquent aux marchés pour la réalisation des transversales ferroviaires alpines passés par BLS Alp Transit SA.

33 En outre, la passation des marchés publics par des pouvoirs adjudicateurs de niveaux cantonal et communal, fait l'objet d'une **réglementation intercantonale**, par le biais de l'**Accord intercantonal sur les marchés publics** du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP), ratifié par tous les cantons. L'AIMP poursuit le double but d'une mise en œuvre des accords internationaux en matière de marchés publics et d'une plus grande harmonisation intérieure des marchés publics non visés par les accords internationaux, en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils prévus dans ces accords (Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270-292). L'Accord intercantonal est accompagné de deux textes, non dotés de force obligatoire, adoptés par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics qui est composée des membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du ter-

ritoire et de la protection de l'environnement (DTAP) (art. 4 AIMP). Il s'agit, d'une part, de Directives-type d'exécution de l'AIMP **(Directives AIMP)** appelées à servir de modèle aux réglementations cantonales d'exécution de l'AIMP (art. 3 AIMP) et, d'autre part, d'un Message-type pour la révision de l'AIMP de juin 2001 **(Message-type AIMP)** (CLERC, Marchés, p. 395-398). Selon le Tribunal fédéral, les Directives AIMP, même si elles ne sont pas dotées de force juridique contraignante, permettent de comprendre les principes contenus dans l'AIMP et jouent un rôle important, en particulier lorsqu'un canton n'a pas encore adopté de réglementation cantonale d'exécution. En cas de doute dans l'interprétation de l'AIMP, le texte de l'AMP et celui de la LMP peuvent aussi fournir des éléments d'argumentation (ATF 125 II 86, c. 7a ; ATF 130 I 156, c. 2.7.1 ; autre cas d'application des directives, ATF 125 I 203 c. 3a).

34 Certains cantons avaient adopté, sur le plan bilatéral ou multilatéral, des **conventions de réciprocité** avec des cantons voisins ou des régions frontalières voisines. Si elles avaient une signification transitoire et marquaient une volonté politique d'ouverture des marchés publics, les conventions de réciprocité **entre cantons** ont perdu toute portée propre dès le moment où tous les cantons ont adhéré à l'AIMP tel que révisé le 15 mars 2001 et ont transposé dans leurs réglementations cantonales les obligations découlant de l'AMP, de l'Accord MP, de la Convention AELE, de la LMI et de l'AIMP (CLERC, Marchés, p. 398 s., 443-446). Certaines conventions entre cantons demeurent formellement en vigueur (p. ex., les conventions signées par le canton de Saint-Gall avec ceux de Schwyz, Zurich, Thurgovie, Appenzell Rhodes extérieures et Rhodes intérieures, Argovie, Zoug, Bâle-Ville, RS SG 736.52 à 736.59) En revanche, les conventions de réciprocité conclues entre des cantons et des **régions frontalières d'Etats voisins** conservent un champ d'application propre pour les marchés non couverts par les accords internationaux, en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux ou les marchés de services non énumérés dans ces accords. Tel est par exemple le cas de la convention de réciprocité conclue le 5 juillet 1994 entre le canton de Saint-Gall et le Land de Bade-Wurtenberg (Gegenrechtserklärung im Submissionswesen gegenüber dem Land Baden-Württemberg, RS SG 736.51). Le fait que le législateur de Saint-Gall ait maintenu, dans sa loi cantonale sur les marchés publics révisée en dernier lieu le 21 juin 2002, l'habilitation au gouvernement cantonal de conclure des conventions de réciprocité avec d'autres cantons ou Etats tend à indiquer l'importance au moins politique attachée à ces conventions (art. 7 Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998, RS SG 841.1).

35 Les **réglementations cantonales** sur les marchés publics constituent des dispositions d'exécution du droit supérieur (AIMP, LMI, ORN et accords intercantonaux), qui suivent plus ou moins fidèlement le modèle des Directives AIMP. Dès lors que les communes sont aussi soumises à l'AIMP, la portée pratique de réglementations communales en matière de marchés publics est désormais très réduite. Selon le principe de la hiérarchie des normes, les réglementations cantonales et communales en matière de marchés publics doivent respecter le droit international, le droit fédéral et le droit intercantonal applicables (ATF 125 I 406 c. 2.b ; voir notamment les préavis donnés par la Comco sur la compatibilité des nouvelles réglementations cantonales, *infra* N 47).

4. Rapport entre l'art. 5 LMI et les droits cantonaux/communaux

36 L'art. **5 LMI** est une **réglementation fédérale limitée aux principes**, dans le cadre de laquelle il appartient au **« droit cantonal ou intercantonal »** de régir la passation des mar-

chés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (Mess-LMI, p. 1249 s.). Le renvoi au « droit cantonal » comporte aussi celui au **droit communal**, dans les cantons connaissant une autonomie communale en matière de marchés publics (explications données par l'administration dans le procès-verbal de la commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 31.8.1995, p. 12). L'art. 5 I LMI règle ainsi les **rapports entre droits fédéral et cantonal** : la passation des marchés publics de niveaux cantonal et communal est régie par la réglementation cantonale ou communale, pour autant que celle-ci respecte les règles minimales de la LMI (ATF 125 II 86, c. 1c ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1587).

37 Les relations entre l'art. 5 LMI et les réglementations intercantonales, cantonales ou communales en matière de marchés publics sont soumises au principe général de la **primauté du droit fédéral** (art. 49 Cst). Selon la hiérarchie des normes, le droit fédéral prime aussi bien le droit cantonal que le droit intercantonal (art. 49 et 48 III Cst). Selon l'art. 5 I/2 LMI, les exigences minimales de la LMI doivent être respectées dans les **prescriptions** (réglementations cantonales ou communales, conventions de réciprocité ou accords intercantonaux, tel l'AIMP) et dans les **décisions** prises en application de ces règles (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170). La proposition formulée par la commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats de limiter le contrôle aux seules règles cantonales et intercantonales, et non aux décisions prises sur cette base, n'a pas été suivie (CLERC, Marchés, p. 433). La LMI constitue un **standard minimum**, mais elle n'est **pas subsidiaire**. Son applicabilité n'est pas levée lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences. Lorsqu'un marché particulier est passé en violation de la LMI (et des règles cantonales ou communales), le soumissionnaire lésé peut recourir en invoquant (aussi) la violation de la LMI (CLERC, Marchés, p. 433 ; d'une autre opinion, ULRICH, Öffentliche Aufträge, p. 135 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 175).

38 Sous l'angle de la technique législative, la solution retenue par le législateur d'une loi limitée aux principes diffère du **projet du Conseil fédéral** qui était fondé sur une subsidiarité conditionnelle de l'art. 5 LMI. L'art. 5 III P-LMI prévoyait qu'un accord intercantonal ne l'emportait sur la LMI que s'il satisfaisait aux exigences minimales de la loi (art. 5 III P-LMI, publié in : Mess-LMI, p. 1270). Cette concession au fédéralisme avait été introduite dans le projet LMI suite à une demande de la Conférence des gouvernements cantonaux formulée lors de la procédure de consultation (Mess-LMI, p. 1235 et 1250). La commission économie et redevances du Conseil des Etats s'est écartée du projet du Conseil fédéral et a mis formellement l'accent, dans ce qui allait devenir la version définitive de la loi, sur la compétence législative des cantons et des communes. Ce changement d'accent ne modifie toutefois matériellement rien à l'exigence du respect des principes contenus dans la LMI (intervention de R. SIMMEN, BO CE 1995 871 et 931 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 169 ; CLERC, Marchés, p. 433 s.).

39 Depuis la révision de l'AIMP le 15 mars 2001, le champ d'application et les règles de passation de l'accord intercantonal remplissent les exigences minimales de l'art. 5 LMI, de sorte que le rôle de cette disposition se limite à celui d'une aide à l'interprétation de l'AIMP et de gardien d'un standard minimum en cas de révision ultérieure de l'AIMP. Selon une partie de la doctrine toutefois, l'AIMP pourrait aller moins loin que l'art. 5 LMI en ce qui concerne l'assujettissement de tous les organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 8 I/a, c et d et art. 8 II/a AIMP ; *infra* N 89-107). Ont en revanche disparu les divergences qui existaient dans la version initiale de l'AIMP du 25.11.1994 et qui portaient sur l'assujettissement des pouvoirs adjudicateurs communaux (art. 8 I/a et art. 8

II *i.i.* AIMP et art. 5 LMI ; *infra* N 87), celui de tous les marchés, indépendamment de leur valeur (art. 7 AIMP et art. 5 LMI ; *infra* N 82-84), celui de tous les types de services (art. 6 I/c et III AIMP ; art. 5 II LMI ; *infra* N 80) ainsi que sur l'exigence de respect des conditions de travail au lieu de provenance de l'adjudicataire (art. 7 des Directives AIMP ; art. 2 III et V et art. 3 II/a LMI) (interventions de R. Strahm in : BO CN 1995 1153 s., de J.-P. Delamuraz in : BO CN 1995 1154 s. et BO CE 1995 872 s. ; *infra* N 145-167).

5. Interdiction de la discrimination à rebours et clause de la nation la plus favorisée conditionnelle

40 En matière de marchés publics, l'**art. 6 LMI** vise l'hypothèse d'une discrimination des soumissionnaires établis en Suisse par rapport aux soumissionnaires établis dans d'autres Etats parties à un **accord international** conclu par la Confédération (art. 6 I LMI) ou par un canton (art. 6 II LMI), ainsi que l'hypothèse d'une discrimination de soumissionnaires établis dans certains cantons suisses par rapport aux soumissionnaires établis dans d'autres cantons parties à un **accord intercantonal** (art. 6 III LMI). Une discrimination peut survenir soit dans le principe de l'**accès** aux marchés publics, soit – mais plus difficilement – dans l'exercice des **procédures de passation** des marchés.

41 L'art. 6 LMI a une portée très limitée en matière de marchés publics, en raison du large champ d'application de l'art. 5 LMI.

42 L'**interdiction de la discrimination à rebours** des soumissionnaires établis en Suisse par rapport aux soumissionnaires d'autres Etats **(art. 6 I LMI)** vise l'hypothèse où un **accord international** étendrait le cercle des pouvoirs adjudicateurs ou des marchés assujettis au-delà de ceux visés par l'AIMP et l'art. 5 LMI. Depuis la révision de l'AIMP de 2001, cette disposition est dépourvue de toute portée en matière d'**accès** des soumissionnaires établis en Suisse. Sont en effet désormais soumis à l'AIMP non seulement tous les « autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur » (art. 8 I/d AIMP), mais aussi tous les marchés indépendamment de leur valeur (art. 7 I et I^{bis} AIMP) ainsi que tous les types de services (art. 6 I/c AIMP). Dans chaque cas où l'accès aux marchés publics de niveau cantonal ou communal est garanti aux soumissionnaires d'autres Etats, il l'est aussi aux soumissionnaires établis en Suisse. Par ailleurs, une discrimination dans l'application des règles de la **procédure de passation** est aussi *de facto* exclue. D'une part, les procédures de passation prévues par des accords internationaux sont en principe des règles d'harmonisation applicables indépendamment du domicile ou du siège du soumissionnaire (Clerc, Marchés, p. 439 ; de même en droit de l'Union : CJCE, arrêt *Commission c/Belgique*, aff. C-87/94, Rec. 1996, p. I-2043, pts 31-33). D'autre part, il est assez peu vraisemblable qu'un canton ou une commune applique aux soumissionnaires suisses une procédure de passation plus restrictive que celle prévue par un accord international ou qu'il puisse justifier une telle différence de traitement sous l'angle de l'égalité dans la loi (art. 8 Cst) et de l'égalité de traitement des concurrents économiques (art. 27 Cst) (Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel II, N 986-989 ; Schweizer, Art. 8 Cst, N 35-42 ; Rhinow, Art. 31 aCst, N 92-94 et 176-185 ; ATF 121 I 129 ; ATF 121 I 279, c. 4-6 ; SJ 1997, p. 421). Pour éviter une discrimination à rebours, l'art. 5 II LMI concrétise l'art. 6 I LMI en obligeant les cantons à respecter au moins les seuils internationaux par rapport aux soumissionnaires établis en Suisse (*infra* N 171). Enfin, les soumissionnaires extérieurs établis en Suisse bénéficient *ipso facto* de cette même procédure, car l'art. 3 LMI prohibe l'application à un soumissionnaire extérieur de règles différentes, et par hypothèse plus restrictives, que celles applicables aux soumissionnaires locaux (Cottier/Wagner, BGBM, p. 1586).

43 L'**art. 6 II LMI** introduit une **clause de la nation la plus favorisée conditionnelle**, applicable aux **accords internationaux conclus par un ou des cantons** avec des Etats limitrophes (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; CLERC, Marchés, p. 440). Un tel accord existe notamment entre les cantons d'Argovie, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Shaffhouse, Saint-Gall, Thurgovie, Zurich et le Land allemand du Bade-Wurtemberg (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 173). L'art. 6 II LMI applique ainsi aux relations internationales des cantons un mécanisme développé par le droit OMC (COTTIER/MERKT, Influence, p. 469). La clause de la nation la plus favorisée (MFN) prévoit que tout avantage octroyé aux ressortissants d'un Etat Membre doit être étendu immédiatement et inconditionnellement aux ressortissants de tout autre Etat Membre de l'accord (art. I GATT ; art. II GATS ; art. 4 TRIPS). Si le principe MFN est à la base du succès de l'ouverture internationale des marchés, des dérogations sont nécessaires dans certains domaines pour préserver l'équilibre global du système, et notamment afin d'éviter que des Etats *free riders* ne bénéficient des concessions offertes par d'autres sans prendre eux-mêmes d'engagements équivalents quant à l'accès à leur propre marché. Dans cette hypothèse, la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle *(conditional MFN)* assortit le droit de non-discrimination quant à l'accès au marché d'une réserve de réciprocité (sur la solution apportée à cette problématique dans le cadre de l'AMP, CLERC, Mondialisation, p. 153-156). Si, par exemple, le canton de Saint-Gall avait accordé un meilleur accès à ses marchés publics aux prestataires de services du Land du Bade-Wurtemberg qu'à ceux du canton de Vaud, l'art. 6 II LMI aurait eu pour effet de garantir aux soumissionnaires vaudois le droit au même traitement que les soumissionnaires allemands, mais pour autant que le canton de Vaud garantisse la réciprocité aux soumissionnaires saint-gallois. Les hypothèses de l'art. 6 II et de l'art. 6 III LMI (*infra* N 44) sont les seules dans lesquelles une réserve de réciprocité est compatible avec l'art. 5 LMI (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ;ZWALD, BGBM, N 138 ; *infra* N 118). Depuis la révision de l'AIMP de 2001 et pour les mêmes raisons déjà exposées en relation avec l'art. 6 I LMI (*supra* N 42), l'art. 6 II LMI a perdu toute portée en matière d'**accès** des soumissionnaires établis en Suisse.

44 L'**art. 6 III LMI** applique la **clause de la nation la plus favorisée conditionnelle** dans l'hypothèse où un **accord intercantonal** réserve un meilleur accès aux marchés publics ou un meilleur traitement aux soumissionnaires des cantons parties qu'à ceux des cantons non parties. Selon l'art. 6 III LMI, le soumissionnaire d'un canton non partie à un accord intercantonal n'a accès à un marché passé par un pouvoir adjudicateur visé exclusivement par cet accord, qu'à la condition que son propre canton accorde la réciprocité pour les marchés passés par le même type de pouvoirs adjudicateurs (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 172 ; CLERC, Marchés, p. 440 s.). En règle générale, l'effet combiné des art. 3 et 5 LMI suffit à assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires établis en Suisse. L'art. 6 III LMI n'est susceptible de s'appliquer que si le cercle des pouvoirs adjudicateurs tombant dans le champ d'application de l'art. 5 I LMI est plus restreint que celui découlant d'un accord intercantonal, ce qui pourrait être le cas pour certaines entités privées réalisant des projets subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics (art. 8 II/b AIMP). Encore faut-il que tous les cantons n'aient pas adhéré à l'accord intercantonal en cause. Il découle de l'adhésion de tous les cantons à l'AIMP du 15.03.2001 que l'art. 6 III LMI n'a aucune portée à l'égard de cet accord. En revanche, l'art. 6 III LMI pourrait retrouver une importance pratique en cas de révision ultérieure de l'AIMP, soit durant la phase transitoire de ratification pendant laquelle certains cantons seraient déjà parties au nouvel AIMP alors que d'autres ne seraient encore parties qu'à l'AIMP antérieur, soit si le nouvel AIMP n'était adopté que par certains cantons et définitivement rejeté par d'autres.

6. Compétences de la Commission de la concurrence

45 Les art. 8 à 10*a* LMI ainsi que les art. 45-47 LCart confèrent à la Comco cinq moyens d'intervention afin d'assurer la concurrence effective dans le domaine des marchés publics : les recommandations, les préavis, les avis, les recours et les décisions. Les deux premiers moyens d'action permettent à la Comco d'agir en dehors de tout litige alors que les trois derniers moyens se rapportent aux compétences de la Commission de la concurrence dans des cas d'espèce. En matière de restrictions de droit public à la concurrence contraires aux art. 3 et 5 **LMI**, la Comco dispose d'une compétence de **surveillance non contraignante**. Les violations alléguées aux art. 3 et 5 LMI sont **sanctionnées** exclusivement par les **tribunaux** saisis d'un recours sur la base de l'art. 9 LMI. Seules les restrictions de droit privé peuvent faire l'objet de décisions de la part de la Comco (Mess-LMI, p. 1252 et 1256 ; Mess-LCart, p. 529 ; CLERC, Marchés, p. 462-470 ; ZWALD, BGBM, N 141 ; ZÄCH, Rolle, p. 66-82 ; avis Comco du 2.6.1997 sur l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève, DPC 1997, p. 212, pts 16-18). L'absence de caractère contraignant des interventions de la Comco doit être triplement nuancée. Les recommandations, préavis et avis de la Comco disposent d'abord d'une capacité de persuasion du fait de leur **publication** ainsi qu'en raison du rôle d'autorité de surveillance de la Comco (art. 10*a* LMI et art. 49 LCart ; ZWALD, BGBM, N 147 ; ZÄCH, Rolle, p. 67 s.). Ensuite, les art. 8*a* à 8*c* LMI, introduits par la novelle de 2005, obligent les autorités cantonales et communales ainsi que les particuliers victimes ou bénéficiaires de restrictions à l'accès au marché à **collaborer aux investigations** de la Comco par le biais de renseignements et de la mise à disposition des pièces nécessaires. Enfin, l'art. 9 II^{bis} LMI, introduit par la révision du 16 décembre 2005, confère à la Comco la qualité pour **recourir** en cas de restriction indue à l'accès au marché, tout en limitant les conclusions de cette autorité à la seule constatation de la violation de la LMI. Cette dernière disposition trouve aussi application en matière de marchés publics selon l'art. 5 LMI ou de concession de monopole selon l'art. 2 VII LMI (cf. LMI 9, N 91-93, 101, 135).

46 Les **recommandations** sont adressées aux autorités afin de promouvoir la concurrence efficace en matière de marchés publics. Elles concernent soit l'élaboration *(de lege ferenda)* de nouvelles prescriptions, soit l'application de prescriptions existantes de droit économique (art. 8 LMI ; art. 45 II LCart ; Mess-LMI, p. 1252 ; Mess-LCart, p. 606). Elles sont formulées de manière générale, sous forme de lignes directrices. Elles permettent d'assurer la compatibilité des réglementations et pratiques en matière de marchés publics avec les exigences de la LCart, de la LMI, des accords internationaux, des nouvelles règles fédérales, cantonales et communales en matière de marchés publics ainsi qu'avec les autres exigences du droit fédéral et cantonal. De telles recommandations ont été émises concernant l'application de la LMI aux marchés publics communaux (note d'information de la Comco, du 15 avril 1999, DPC 1999/2, p. 308-315), les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (recommandations Comco du 17 mai 1999 basées sur l'art. 8 LMI, DPC 1999/2, p. 260-281 ; recommandations Comco du 6 mars 2000 basées sur l'art. 45 II LCart, DPC 2000/1, p. 94-96), les marchés de ciment et béton pour la réalisation des NLFA (recommandation Comco du 18 juin 2007 basée sur l'art. 45 II LCart, DPC 2007/4 p. 489-494), la protection juridictionnelle en matière de marchés publics passés par armasuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*). Selon un rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national, l'absence de caractère contraignant des recommandations de la Comco est une des raisons expliquant le manque d'assiduité des cantons dans l'adaptation de leur droit à la LMI (Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur [LMI]

sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse [cité *Rapport LMI*], FF 2000 5603, 5609).

47 Les **préavis** portent sur des projets d'actes normatifs, notamment en matière de marchés publics, susceptibles d'influencer la concurrence. La Comco doit se prononcer sur les projets d'actes normatifs fédéraux (art. 46 I et II, 1 LCart ; Mess-LCart, p. 606 s.) et peut se prononcer sur les projets cantonaux et communaux (art. 46 II, 2 LCart ; art. 8 II LMI ; ZÄCH, Rolle, p. 70-79). La Comco s'est déjà prononcée sur les projets de loi sur les soumissions des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne (DPC 1997/4, p. 591), de Uri (ZÄCH, Rolle, p. 70-72), du Jura, de Lucerne, du Tessin (DPC 1997/4, p. 430 et 437 s.), de Neuchâtel (DPC 1998/2, p. 336-343) et de Genève (DPC 2004/4, p. 1180-1187). Elle a également donné un préavis sur deux projets de révision de l'AIMP du 25 mars 1998 (DPC 1998/2, p. 329-336) et du 1er février 2000 (DPC 2000/2, p. 270 ss). Au niveau fédéral, la Comco s'est prononcée sur l'avant-projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 2009 p. 25 ; voir aussi à ce sujet le rapport du Secrétariat de la Comco concernant la révision du droit des marchés publics, DPC 2006/2, p. 392-417).

48 La compétence de la Comco de donner un **avis sur un cas d'espèce** varie selon qu'elle est saisie au titre de la LMI ou de la LCart et selon que la restriction de la concurrence relève du droit public ou privé (art. 10 LMI ; art. 47 et art. 15 I LCart ; Mess-LMI, p. 1256). La Comco a l'obligation de se prononcer, directement ou par l'intermédiaire de son Secrétariat, au titre de la LCart, alors que les expertises au titre de la LMI sont facultatives. En cas de restriction de droit public à la concurrence prohibée par la LMI, les autorités administratives cantonales ou communales, en particulier les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes, ainsi que les autorités judiciaires cantonales ou fédérales ont la faculté, mais non l'obligation, de saisir la Comco d'une demande d'**avis** ou d'**audition** (CLERC, Marchés, p. 466 s. ; ZÄCH, Rolle, p. 69 ; faculté jugée discutable, mais admise par MARTENET pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, voir LMI 10 N 17 ; pour un exemple d'avis de la Comco, voir ATF 136 II 470 relatif à l'art. 4 III^{bis} LMI en matière de reconnaissance des certificats de capacité). L'avis donné par la Comco ne lie pas l'autorité qui l'a demandé, de sorte qu'il ne peut pas non plus faire l'objet d'un recours (ZÄCH, Rolle, p. 69). *A contrario*, la Comco ne peut intervenir ni de sa propre initiative ni à la demande d'un particulier pour fournir un avis sur une restriction de droit public à l'occasion d'un marché particulier, car elle est uniquement une autorité de surveillance, et non de décision (ZWALD, BGBM, N 150 et 144 ; ZÄCH, Rolle, p. 81 s.). Les particuliers doivent poursuivre les violations des art. 3 et 5 LMI devant les autorités juridictionnelles prévues par les voies de recours cantonales exigées par l'art. 9 LMI (Comco, *avis du 2.6.1997 sur l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève*, DPC 1997/2, p. 212, ch. 16-18 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 21). Cette limitation quant à la saisine de la Comco a vu sa portée réduite par la révision de la LMI du 16 décembre 2005, qui permet désormais à la Comco de former **recours**, d'elle-même ou sur demande d'un particulier, afin de faire constater une violation de la LMI (*infra* N 49) ; cf. LMI 9 N 91-93, 101, 135).

49 L'art. 9 II^{bis} LMI confère à la Comco un **droit de recours** *(Behördenbeschwerde)* pour faire constater qu'une décision (cantonale ou communale) restreint indûment l'accès au marché, notamment en cas de violation des art. 3 et 5 LMI. Cette disposition a été introduite par la révision du 16 décembre 2005, alors qu'une proposition en ce sens avait été écartée de la première version de la LMI (art. 10 IV/c AP-LMI supprimé à l'issue de la

procédure de consultation ; cf. LMI 9 N 14 et 69). Elle vise à rendre la LMI plus efficace (Mess-rév.LMI, p. 435) et à accélérer l'ouverture du marché intérieur dont la Commission de gestion du Conseil national avait constaté en juin 2000 qu'il progressait trop lentement et en ordre dispersé, au hasard des recours des particuliers (Rapport LMI, p. 5610-5612). La Comco dispose ainsi du moyen de porter devant les tribunaux les questions clés encore ouvertes en rapport avec l'accès au marché (Mess-rév.LMI, p. 446). Le droit de recours de la Comco est autonome, de sorte qu'il peut être interjeté aussi bien parallèlement au recours déposé par le particulier concerné qu'indépendamment de tout recours individuel (Mess-rév.LMI, p. 446). Toutefois, la portée des deux recours diffère : tandis que le recours de la Comco est limité par l'art. 9 II^{bis} LMI à la seule constatation de la violation, le droit de recours du particulier peut en revanche viser à l'obtention d'un jugement formateur (Mess-rév.LMI, p. 446). Afin que la Comco puisse, le cas échéant, exercer son droit de recours, les autorités et tribunaux sont tenus de lui transmettre spontanément leurs décisions et jugements rendus en application de la LMI (art. 10*a* II LMI). La Comco a recouru contre plusieurs obstacles à la réalisation du marché intérieur (notamment ATF 134 II 329 sur l'exigence préalable de cinq ans de pratique dans le canton avant de pouvoir engager un avocat stagiaire ; ATF 135 II 12 sur la liberté d'établissement d'un psychothérapeute formé dans un autre canton ; recours pendant devant le tribunal administratif genevois concernant l'accès des taxis extra-cantonaux à l'aéroport de Genève, rapport annuel 2010 de la Comco, DPC 2011/1, p. 30), mais pas encore en ce qui concerne des restrictions à l'accès aux marchés publics garantis par l'art. 5 LMI (voir au surplus LMI 9).

50 La Comco ne peut prendre de **décisions** qu'à propos de restrictions de droit privé à la concurrence. Une restriction de droit public à la libre concurrence en matière de marchés publics, découlant par exemple d'une violation des règles de la LMI ou des dispositions spécifiques en matière de marchés publics, ne peut donner lieu à décision de la Comco (art. 8 et 10 LMI ; art. 26-31 et 45-47 LCart ; Mess-LMI, p. 1252 ; Mess-LCart, p. 529). Les restrictions de droit privé en matière de marchés publics peuvent être essentiellement de deux ordres. D'une part, un pouvoir adjudicateur peut abuser de sa position dominante dans ses relations avec les soumissionnaires, ou participer à un cartel de soumissionnaires en en encourageant la formation ou en en renforçant les effets (*infra* N 51). D'autre part, les soumissionnaires peuvent former entre eux un cartel portant sur une entente horizontale sur les prix, une répartition des marchés ou des partenaires commerciaux (Bovet, Marchés publics, p. 377 ss ; *infra* N 52-54)

51 Le droit et la pratique suisses semblent admettre l'application du droit de la concurrence aux pouvoirs adjudicateurs agissant comme tels dans le cadre de la passation d'un marché public. En droit de l'Union européenne, en revanche, il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure qui en est faite aux fins d'apprécier la nature de celle-ci ; c'est l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine nécessairement si l'activité d'achat constitue ou non une activité économique, et par conséquent si l'entité acheteuse constitue ou non une entreprise (CJCE, arrêt *FENIN c/Commission* du 11.07.2006, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 25-27). Selon la pratique suivie jusqu'ici par le Secrétariat de la Comco, un **pouvoir adjudicateur** assujetti à une réglementation sur les marchés publics pourrait simultanément être qualifié d'entreprise (de droit privé ou public) soumise à la LCart et, le cas échéant, abuser à ce second titre d'une éventuelle position dominante, notamment par le biais des conditions générales, échelles de tarif et contrats-types (voir LCart 7 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, p. 22 et 36-38), ou en raison d'éventuelles irrégularités durant la procédure de passation du marché, ou du fait d'une attribution directe du marché en l'absence d'un appel d'offres. Le Se-

crétariat de la Comco a ainsi ouvert une enquête préalable concernant un éventuel abus de position dominante de la part des autorités genevoises dans le cadre de la procédure d'adjudication de la concession d'affichage sur le domaine public de la Ville et du canton de Genève (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 132, Rapport final du 21.5.1997 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas de l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève. Le Secrétariat de la Comco a en outre considéré que la conclusion sans appel d'offres, par la ville de Lucerne, d'un contrat d'affermage pour l'affichage sur son domaine public ainsi que sur son patrimoine administratif et financier, constituait un refus abusif de contracter au sens de l'art. 7 II/a LCart (Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*). Le Secrétariat de la Comco a clos sans suite une enquête préalable ouverte contre armasuisse, au motif que ce pouvoir adjudicateur ne disposait pas d'une position dominante sur le marché mondial de l'achat d'hélicoptères de formation et de transports légers (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse)*. En revanche, la Comco a adressé des recommandations au Conseil fédéral, basées sur l'art. 45 II LCart, afin d'améliorer la protection juridictionnelle des marchés passés par armasuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*).

52 Les **soumissionnaires** peuvent conclure des accords horizontaux sur les prix et/ou sur l'allocation des marchés, des territoires ou des partenaires commerciaux ; ce sont les cartels de soumission (art. 5 LCart ; Mess-LCart, p. 570-572 ; Christ, *Submissionsabsprache*). Les soumissions concertées peuvent prendre plusieurs formes, par lesquelles les concurrents s'entendent par avance pour désigner l'entreprise qui soumettra l'offre gagnante pour un marché faisant l'objet d'une procédure de passation par appel d'offres (OCDE, Soumissions, p. 1-2 ; Biggar, Passation, p. 110 s. ; Bovet, Marchés publics, p. 377 ss) :

- **Offres de couvertures** (ou « de complaisance » ou « fictives » ou « symboliques ») : l'adjudicataire et l'offre gagnante sont choisis d'avance, tandis que les autres soumissionnaires acceptent de soumettre des offres à des prix supérieurs à celui de l'entreprise censée remporter le marché ou de soumettre des offres assorties de conditions notoirement inacceptables par le pouvoir adjudicateur. Pour que cette entente fonctionne, il faut que les rentes acquises par l'adjudicataire soient partagées avec les autres parties à l'entente. Par exemple, en cas de « partage des dépouilles » : l'adjudicataire accepte d'indemniser ses concurrents des coûts exposés pour présenter leurs soumissions. Ce supplément est ajouté au prix d'offre de chaque entreprise. Une variante de cette approche consiste pour l'adjudicataire à passer des contrats de sous-traitance ou d'approvisionnement avec ses concurrents (sur ce dernier cas, voir décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 2000/64 n° 29, c. 3). Une autre méthode de compensation implique des « redevances de soumissions » payées lors du dépôt de chaque offre par les soumissionnaires à une association professionnelle. La redevance est simplement ajoutée par les soumissionnaires au prix de leur offre, puis les fonds accumulés par l'association sont restitués aux membres par un mécanisme de répartition.
- **Suppression d'offres** : Plusieurs entreprises conviennent de ne pas soumissionner ou de retirer une offre précédemment faite, de sorte que le marché est attribué à l'offre de l'entreprise « pré-désignée » comme gagnante.
- **Rotation des offres ou cartel rotatif** : Les entreprises parties à l'entente conviennent que chacune remportera à tour de rôle le marché, tandis que les autres continueront à soumissionner avec des offres de couverture.

– **Répartition des marchés** : les entreprises conviennent de se répartir certains clients ou certaines zones géographiques. Les concurrents ne soumissionnent pas ou ne soumettent qu'une offre de couverture pour les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs ou dans des zones géographiques réservés à d'autres entreprises parties à l'accord.

Tous les pays de L'OCDE prohibent les cartels de soumission. Aussi l'**OCDE** a-t-elle élaboré des **lignes directrices** indiquant les mesures concrètes détaillées qu'il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs d'adopter afin de prévenir ou détecter les soumissions concertées (OCDE, Soumissions, p. 5-18, <http ://www.oecd.org/competition/bidrigging>). En **Suisse** aussi, la lutte contre les cartels horizontaux, y compris les cartels de soumission, constitue une priorité pour la Comco depuis 2008. Dès lors que les marchés publics représentent environ 14 % du PIB dans les économies développées, les cartels de soumission produisent des effets particulièrement nuisibles, car ils se traduisent directement par des coûts supplémentaires pour les pouvoirs adjudicateurs et indirectement par une charge fiscale correspondante pour les individus et les entreprises. La lutte est menée selon trois axes (Rapport d'activité 2009 de la Comco, DPC 2010/1, p. 18). Au titre de la « prévention & information », des mesures d'information et de sensibilisation sont organisées par le Secrétariat à l'attention des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises (soumissionnaires). Au titre de la « détection », le Secrétariat collabore avec les pouvoirs adjudicateurs sur les mesures permettant de détecter des cartels de soumission, notamment par l'analyse des offres. Au titre enfin de la « répression », un accent particulier est mis sur le démantèlement et la sanction des cartels de soumission, comme le montrent les interventions du Secrétariat et les décisions de la Comco résumées ci-après : **53**

– Les accords de distribution exclusive conclus entre plusieurs **entreprises d'asphaltage de Suisse orientale** et des fournisseurs du sud de l'Allemagne permettaient à ces entreprises concurrentes de s'entendre sur les prix et les quantités et de procéder à des allocations de territoires. Même si un tel accord situé en amont de la chaîne de production/distribution n'est pas un cartel de soumission proprement dit, il produit en revanche des effets restrictifs de concurrence dans le cadre des marchés publics de travaux routiers, dans la mesure où il augmente le coût de l'asphalte pour les entreprises de construction soumissionnaires (Comco, DPC 2000/4, p. 588, *Markt für Strassenbeläge*).
– La **Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage**, une association regroupant huit des douze entreprises actives dans ce domaine dans le canton de Genève, s'est engagée par un accord amiable à ne plus émettre de **recommandations de prix** (Comco, DPC 2001/1, p. 110, *Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage [CGE]*).
– Dans le cadre d'un accord amiable proposé par le Secrétariat de la Comco, la **Société Suisse des Entrepreneurs (SSE)** a abrogé en 2002 plusieurs clauses de son **règlement sur les offres** *(Angebotswesen)* qui étaient susceptibles de constituer un cartel de soumissionnaires en ce qu'elles prévoyaient l'obligation pour les membres d'annoncer à une centrale d'annonce *(Meldestelle)* – sous peine de sanctions – les offres soumises dans le cadre d'un appel d'offres, l'obligation pour la centrale d'annonce d'informer chaque participant au marché public concerné du nom de tous les autres soumissionnaires, ainsi que la possibilité d'organiser des réunions préalables *(Vorversammlungen)* entre les soumissionnaires annoncés. Bien que le règlement modifié contienne toujours, d'une part, l'obligation pour les membres de communiquer immédiatement à la SSE leur intention de participer à un appel d'offres déterminé *(Meldesystem)* et, d'autre part, la possibilité d'organiser des réunions *(Versammlungen)* entre soumissionnaires à un marché déterminé afin de discuter de points tels que les délais de remise des offres, les garanties allant au-delà de celles découlant de la norme SIA 118, l'interprétation

des différentes positions du cahier des charges, les délais et procédés d'exécution des travaux, la coopération pour le calcul des prix offerts et pour l'élaboration correspondante des offres ou la prise en compte du renchérissement, l'enquête préalable a été close au motif qu'il ne subsisterait pas d'indice d'un accord illicite selon l'art. 5 LCart. L'obligation pour la SSE et ses membres d'informer les pouvoirs adjudicateurs concernés de l'existence du système d'annonce préalable de participation *(Meldesystem)*, soit sur demande du pouvoir adjudicateur, soit au cas où une réunion était organisée, et la possibilité pour lesdits pouvoirs adjudicateurs de participer aux réunions semblent avoir constitué des garanties suffisantes qu'il ne s'agissait pas d'un accord sur les prix (Secrétariat Comco, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*). Les conséquences d'un tel règlement sur une centrale d'échanges d'information peuvent être observées directement dans la décision de la Comco sur le cartel des installateurs électriques bernois, où seules les entreprises participantes au cartel de soumissions ont été sanctionnées, alors que l'enquête a été close sans suite contre l'association professionnelle opérant une plate-forme d'échange d'information entre les soumissionnaires (voir *infra* et Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*).

– L'existence de cartels de soumissionnaires a été laissée ouverte en ce qui concerne la passation de **marchés pour l'entreposage de pommes de terre**. L'absence de concurrence efficace dans ce secteur découlait en premier de la réglementation spécifique applicable en la matière ainsi que des conditions et modalités de passation des marchés en cause. L'enquête préalable a été close, tandis que les suggestions du Secrétariat sur les aspects réglementaires (basées soit l'art. 45 II, soit sur l'art. 46 II LCart) ont été prises en compte dans le cadre de la politique agricole 2011 (Secrétariat Comco, DPC 2005/3, *Vergabe von Lagerungsaufträgen* ; Rapport annuel 2005 de la Comco, DPC 2006/1, p. 16).
– L'utilisation de **clauses d'architecte ou d'entrepreneur dans les contrats de vente immobilière dans le canton de Genève**, en relation avec les projets de construction réalisés par les caisses publiques de pension, ne constitue ni un accord restrictif de concurrence (l'ajout de telles clauses n'étant pas systématique et ne reposant pas sur un accord entre les architectes ou entrepreneurs), ni un abus de position dominante sous forme de transactions couplées (faute de position dominante du vendeur propriétaire d'un terrain particulier). Par ailleurs, comme l'existence d'une clause d'architecte empêchait les caisses de pension de respecter leur obligation légale de passer un marché public pour attribuer les mandats d'architecte et les marchés de travaux à réaliser sur le terrain acheté, le règlement genevois sur la passation des marchés publics de travaux a exclu les caisses publiques de pension pour ce qui concerne leurs activités commerciales lorsqu'elles sont en concurrence avec des caisses de pension privées (Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*).
– Aucun accord illicite sur les prix et aucune répartition de territoires n'ont été constatés entre les trois fournisseurs suisses de **ciment et de béton pour les tunnels des NLFA** (Lötschberg et Gothard), de sorte que la Comco a clos l'enquête. Les prix élevés étaient essentiellement imputables aux coûts de transport (accès difficile) et autres coûts logistiques ainsi qu'aux exigences de qualité posées par les pouvoirs adjudicateurs (Comco, DPC 2007/3, p. 415, *Neue Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]*). Sur la base des constats tirés de l'enquête, la Comco a émis des recommandations à l'attention du Conseil fédéral, basées sur l'art. 45 II LCart, en vue notamment des nouveaux appels d'offres pour les travaux relatifs au tunnel du Ceneri, en particulier en ce qui concerne

la demande d'offres alternatives concernant le transport et les standards de qualité (Comco, DPC 2007/3, p. 489, *Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]).*

– Un cartel rotatif entre soumissionnaires viole l'art. 5 III LCart. Une convention conclue entre toutes les entreprises locales (sauf une) actives sur le marché de l'**asphaltage des routes dans le canton du Tessin** prévoyait expressément une répartition des marchés en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 III/c LCart) et la fixation directe des prix (art. 5 III/a LCart) pour les mandats publics et privés pour la période 1999-2004. La décision de la Comco constate la violation de la LCart, mais n'inflige aucune amende sur la base de l'art. 49*a* I LCart, car l'accord a été supprimé juste avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LCart le 1.4.2005 (Comco, DPC 2008/1, p. 50, *Pavimentazioni stradali in Ticino*; confirmée sur le fond et sur le principe de publication de la décision de la Comco par jugement du TAF, DPC 2008/2, p. 358 ; TAF, DPC 2010/2, p. 368 et TAF, DPC 2010/2, p. 393).
– La Comco a clos en novembre 2007 une enquête portant sur les prix des **travaux de rénovation de la bibliothèque nationale**, qui avait fait l'objet d'une première décision en 2001, partiellement annulée sur appel. Bien qu'il existât des indices d'un accord illicite entre les quatre entreprises de construction soumissionnaires pour le marché en cause, la preuve exigée par la Commission de recours pour les questions de concurrence, selon laquelle le pouvoir adjudicateur disposait d'une estimation des coûts détaillée et fiable n'a pas pu être apportée. Une telle preuve aurait été nécessaire pour documenter la différence de prix entre les quatre offres de soumission contestées et une estimation des coûts fiable (Comco, DPC 2009/4, p. 339, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]*; Comco, rapport annuel 2007 de la Comco, DPC 2008/1, p. 22 ; CoRe, DPC 2005/4, p. 704, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko*; TF, DPC 2005/3, p. 580 ; CoRe, DPC 2005/1, p. 183 ; Comco, DPC 2002/1, p. 130, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]).*
– Les **entreprises d'installations électriques de la région de Berne** ont opéré des cartels de soumission entre 2006 et 2008 pour les gros marchés passés dans la région, en échangeant des informations relatives aux prix et aux clients et en se répartissant les marchés en s'entendant préalablement sur les offres présentées par chaque entreprise, de sorte que la concurrence était pour ainsi dire inexistante et que la notion même d'appel d'offres était réduite à néant. Des rencontres mensuelles permettaient la coordination entre les entreprises concernées (dénommées « le groupe E7 »). L'enquête a été déclenchée par la dénonciation d'un *whistleblower* (un tiers non participant au cartel) et a débuté par des perquisitions menées dans les locaux des entreprises parties au cartel ainsi qu'au siège du Secrétariat des trois associations professionnelles bernoises concernées. Pour la première fois, la décision de la Comco non seulement interdit un cartel de soumission impliquant un accord sur les prix et sur une répartition des partenaires commerciaux (art. 3 III/a et c LCart), mais lui impose aussi des amendes selon l'art. 49*a* I LCart. En raison des rencontres mensuelles, les accords individuels revêtaient un caractère de durée justifiant une aggravation du montant des amendes. Inversement, trois des entreprises concernées ont, après la perquisition, demandé à bénéficier du programme de clémence (art. 49*a* II LCart et art. 8-14 OS LCart), en collaborant à l'enquête et en accélérant ainsi la découverte des preuves pertinentes parmi les pièces récoltées durant les perquisitions. De ce fait, la première des entreprises à s'être annoncée a bénéficié d'une immunité totale, qui est réservée par l'art. 8 OS LCart à l'entreprise qui soit dénonce un accord illicite non détecté, soit apporte des

preuves permettant la condamnation d'un accord illicite connu mais non encore prouvé. Deux autres entreprises qui se sont annoncées plus tard ont bénéficié d'une réduction partielle de leur amende de 40 % (art. 12 OS LCart) (Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*). En revanche, l'enquête a été close pour ce qui concerne les associations professionnelles bernoises qui opéraient comme centrale d'annonce *(Meldestelle)* en offrant une plate-forme d'information à travers laquelle étaient mis à disposition les appels d'offres, les annonces optionnelles des entreprises ayant l'intention de soumissionner, la communication en retour à chaque soumissionnaire des noms de tous les autres soumissionnaires ainsi qu'un programme de calcul des offres (ch. 9 de la décision et n. 8 se référant expressément au règlement sur la centrale d'information approuvé par le Secrétariat de la Comco en ce qui concerne la SSE exposé ci-dessus et disponible sous DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*). L'abandon des poursuites a été motivé par le fait que les associations n'auraient pas participé activement aux accords illicites, et en particulier que la centrale d'annonce opérée par l'une des associations, bien que permettant la transparence et les contacts entre soumissionnaires, n'aurait joué tout au plus qu'un rôle marginal dans le cartel de soumission (ch. 22 de la décision).

– Une enquête est en cours concernant des cartels de soumission dans le domaine de la **construction des routes et du génie civil dans les cantons de Zurich et d'Argovie**, qui a débuté par des perquisitions en juin 2009 lancées suite à des informations données au Secrétariat de la Comco par un dénonciateur. L'enquête doit vérifier si les entreprises concernées ont participé à des ententes, en particulier pour coordonner le montant de leurs offres lors d'appel d'offres et pour se répartir ainsi les marchés tant publics que privés de construction et les clients (rapport annuel 2009 de la Comco, DPC 2010/1, p. 26). Une levée des scellés posés sur les pièces saisies chez certaines des entreprises perquisitionnées a été décidée par le Tribunal pénal fédéral (TPF, DPC 2010/1, p. 226).
– D'autres cas de cartels de prix entre entreprises dans le domaine de la construction ont été mis à jour et sanctionnés par la Comco au titre de l'art. 5 III/a LCart, en relation avec l'art. 49*a* I LCart. Un premier cas concerne quatre grossistes ou détaillants, actifs en Suisse dans le domaine des **ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres** de marques concurrentes, qui se sont régulièrement concertés préalablement afin de s'entendre, d'une part, sur le moment où ils allaient répercuter auprès des acheteurs les hausses de prix qui leur avaient été communiquées par leurs fournisseurs (tous fabricants sis à l'étranger) et, d'autre part, sur le niveau de l'augmentation de prix qui serait répercuté (Comco, DPC 2010/4, p. 717, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*). Un deuxième cas sanctionne un fabricant de **composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation**, pour s'être concerté avec un concurrent sur le montant et le moment des augmentations de prix. L'accord sur les prix entre les deux entreprises, actives en Europe, a déployé des effets en Suisse. Seule une entreprise a été sanctionnée, l'autre ayant fait usage du programme de clémence pour s'auto-dénoncer en Suisse auprès de la Comco après qu'une perquisition relative à ce même cartel a eu lieu au niveau européen (Comco, décision du 10.05.2010, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, non encore publiée mais disponible sur le site web de la Comco). Ces cas ne constituent pas des cartels de soumission proprement dits, dans la mesure où l'accord sur les prix entre entreprises ne cible pas particulièrement les marchés publics, mais affecte de la même manière tous les maîtres d'ouvrage, tant privés que publics. A ce second titre, ils méritent toutefois d'être mentionnés.

En cas de cartel de soumissions, le **droit de la concurrence** et le **droit des marchés publics** s'appliquent **cumulativement** (CoRe, DPC 2005/1, p. 183, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko*, c. 5.1-5.2 ; Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 42-47 ; implicitement pour le TF, DPC 2005/3, p. 583, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss +Appetito AG, Reko, Weko*, c. 3.3). Les réglementations sur les marchés publics prévoient plusieurs moyens d'action pour les pouvoirs adjudicateurs en cas de dépôt d'offres concertées, à savoir soit l'exclusion des soumissionnaires concernés, soit, lorsque toutes les offres étaient concertées, l'interruption et à la répétition de la procédure de passation, voire une adjudication de gré à gré à une entreprise tierce non impliquée (pour les marchés fédéraux : art. 11/e LMP ; art. 30 II/b et art. 13 I/b OMP ; pour les marchés cantonaux et communaux : § 27/e, § 36 I/b-c, § 9 I/b des Directives AIMP ; pour un exemple, voir arrêt du TA AG du 19.07.1999, DPC 2000/2, p. 301). Les réglementations cantonales en matière de marchés publics peuvent en outre prévoir comme sanction additionnelle l'exclusion des entreprises parties au cartel de tout marché public ultérieur, pour une durée allant jusqu'à cinq ans (§ 38 Directives AIMP). En cas de découverte de soumissions concertées dans un marché public fédéral, le pouvoir adjudicateur concerné a l'obligation de signaler le cas à la Comco (art. 24 Org-OMP). En revanche, seule la Comco peut imposer des amendes aux entreprises parties à l'entente, et cela sur la seule base du droit de la concurrence (art. 49*a* I et art. 5 III LCart). Le droit des marchés publics vise en premier lieu à protéger l'intérêt du pouvoir adjudicateur, alors que le droit de la concurrence confère à la Comco la compétence de constater l'existence d'une entente susceptible de supprimer ou restreindre la concurrence efficace entre entreprises (CoRe, DPC 2005/1, p. 183, c. 5.2 ; Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 43). Il serait toutefois exagéré de distinguer entièrement les biens juridiques protégés par le droit des marchés publics et par le droit de la concurrence (trop affirmatif à notre avis, Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 43). En effet, la protection, voire le renforcement de la concurrence efficace entre soumissionnaires figurent aussi bien dans les objectifs de la LMP (art. 1 I/b LMP) que dans les principes généraux de l'AIMP (art. 11/b AIMP). Une procédure de passation de marchés publics ne peut aboutir à une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse que si les entreprises se font véritablement concurrence, c'est-à-dire déterminent leurs offres de manière autonome (OCDE, Soumissions, p. 1). A l'inverse, l'autorité de concurrence prend nécessairement en compte dans son analyse l'atteinte portée aux intérêts du pouvoir adjudicateur, qui est la victime directe des effets nuisibles d'un cartel de soumission. Ni l'art. 11/e LMP, ni le § 27/e Directives AIMP ne limitent la possibilité d'exclure des soumissionnaires ayant soumis des offres concertées aux seuls cartels cachés, c'est-à-dire aux cartels sont l'existence n'aurait pas été révélée au pouvoir adjudicateur (dans un sens différent, Comco, DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*, ch. 44). Tel ne saurait être non plus l'intention du législateur, car un cartel de soumissions fausse dans tous les cas les résultats d'une procédure de passation de marchés publics, que son existence soit ou non connue du pouvoir adjudicateur. Il est au surplus peu vraisemblable que les entreprises soumissionnaires prennent le risque d'annoncer leur participation à un cartel au pouvoir adjudicateur, car elle s'expose ainsi au risque d'une dénonciation par ce dernier à la Comco. **54**

II. Analyse

A. Champ d'application

55 Les règles découlant de l'art. 5 LMI ne valent que dans le cadre du champ d'application de cette disposition. Celui-ci est défini d'abord par la notion même de marché public (*infra* N 56-79), puis par les types de marchés (*infra* N 80 s.), la valeur des marchés (*infra* N 82-84), les pouvoirs adjudicateurs visés (*infra* N 85-108) et le cercle des soumissionnaires protégés (*infra* N 109-115).

1. Notion de marché public

a) Définition

56 L'art. 5 LMI ne contient aucune définition de la **notion de marché public**. La même remarque vaut pour l'AMP, l'accord MP, la Convention AELE, la LMP, l'OMP et l'AIMP. Selon le Tribunal fédéral, la notion de marché public désigne l'ensemble des contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services, moyennant un prix que l'Etat s'engage à payer. On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur » ou « acquéreur » de prestations *(« Nachfrager »)*, acquiert auprès d'une entreprise (privée), moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est « consommatrice » *(« Konsument »)* de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le « fournisseur » *(« Produzent »)* (ATF 125 I 209, c. 6b ; ATF 135 II 49, c. 4.2 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 503). Chacun des éléments de cette définition jurisprudentielle soulève des difficultés d'interprétation qui sont autant de controverses quant aux contours exacts de la notion de marchés publics.

57 Le Tribunal fédéral a ainsi admis que le paiement d'une prestation soumise au droit des marchés publics peut se faire **autrement que par le seul versement d'un prix**. Toutes les formes de rémunération sont possibles en vertu de l'art. II § 2 AMP, qui sert de cadre pour l'application de la réglementation en matière de marchés publics. Dès lors, même si la Ville de Genève ne verse pas directement une somme d'argent en contrepartie de la fourniture et gestion d'un système de vélos en libre-service, cette prestation a bien un prix qui correspond à la diminution du montant offert par les soumissionnaires à la Ville pour la redevance liée à l'octroi du monopole d'affichage (ATF 135 II 49, c. 5.2.2).

58 La position de la collectivité publique en tant que « consommatrice » de prestations pose la question de la délimitation difficile entre la notion de marchés publics et celle de **concessions de travaux ou de services** (au sens donné par le droit UE à la notion de concession, mais dont la problématique se retrouve en droit suisse ; BEYELER, Geltungsbereich, N 25-43 et 108-123). Dans une concession de travaux, la contrepartie des travaux n'est pas un prix, mais le droit pour le concessionnaire d'exploiter l'ouvrage, ce qui lui permet de percevoir une redevance des usagers de l'ouvrage (par exemple, les péages autoroutiers). Par une concession de services, l'Etat confie à un tiers la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité (tâches publiques) et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. La distinction entre marché public et concession a acquis une importance particulière, dès lors que l'art. 2 VII LMI impose certaines obligations pour la transmission d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées (*infra* N 61-63 et cf. LMI 2 VII).

59 La définition de la notion de marchés publics par le Tribunal fédéral inclut la conclusion d'un **contrat de droit privé** entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, ce qui implique que l'Etat se procure auprès de l'adjudicataire des fournitures ou des services dont il a besoin afin d'accomplir lui-même une tâche publique (ATF 125 I 209, c. 6b). Le Tribunal fédéral a qualifié de contrat de droit privé l'accord conclu, à l'issue d'un marché public de services, entre une association de communes grisonnes et un adjudicataire privé concernant la collecte des déchets communaux (ATF 134 II 297, c. 2-3). *A contrario*, lorsque l'Etat transfère l'exploitation et la responsabilité d'un service public à une personne privée (cas échéant moyennant subvention), il conclut un contrat de droit administratif. Tel serait le cas d'une subvention versée par l'Etat à une école privée d'informatique pour donner des cours aux chômeurs (ATF 128 III 250, c. 2b-c). Toutefois, le Tribunal fédéral semble ne plus exclure que la conclusion d'un contrat de droit administratif puisse relever du droit des marchés publics, en raison du caractère mouvant de la distinction entre délégation de tâche publique (effectuée par contrat de droit administratif) et *blosse Hilfstätigkeit* (activité auxiliaire par laquelle l'Etat se procure des fournitures ou services dont il a besoin pour réaliser lui-même une tâche publique, et qui est effectuée par contrat de droit privé) (ATF 134 II 297, c. 2-3 ; ATF 135 II 49, 54 ; BEYELER, Geltungsbereich, N 72 et 84 ss ; POLTIER, Subventions, N 99).

60 La définition de marchés publics nécessite l'existence d'un **contrat**, par opposition à un acte administratif unilatéral ou à l'exercice d'une compétence prévue par la loi. Dans l'UE, la Cour de justice a examiné si l'attribution du contrat de fourniture de services postaux non réservés par un ministère espagnol à Correos, l'entreprise chargée du service postal universel, présentait un caractère contractuel propre à un marché public, dès lors que Correos est contrainte de par la loi d'effectuer le service demandé par toute personne faisant appel au service postal universel, et cela à des tarifs fixes. La Cour de justice a considéré que, si la situation du ministère n'est pas différente de celle qui existe lorsqu'un client privé souhaite faire appel aux services de Correos relevant du service postal universel, la relation doit être qualifiée de contractuelle. En revanche, il y aurait acte administratif unilatéral si l'accord conclu entre Correos et le ministère édicte des obligations à la seule charge de Correos et qu'il se départit sensiblement des conditions normales de l'offre commerciale de cette société. Il faut vérifier si Correos dispose de la capacité de négocier avec le ministère le contenu concret des prestations à fournir ainsi que les tarifs applicables à ces dernières et si cette société peut, en ce qui concerne les services non réservés, se libérer des obligations résultant de l'accord de coopération, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 49-55). Dans un autre contexte, la circonstance voulant que la société prestataire, entièrement détenue par des collectivités publiques, ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par lesdites collectivités, ni quant au tarif applicable à ses prestations, indique un contrôle exercé par ces collectivités sur le prestataire analogue à celui exercé sur leurs propres services, ce qui caractérise une situation *in house* plutôt qu'un marché public (CJCE, arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 49-54). Dans le cas de services de transport d'urgence en ambulance attribués par l'Eastern Regional Health Authority au Dublin City Council (DCC), par ailleurs responsable du service des sapeurs-pompiers à Dublin, la Commission n'a pas suffisamment prouvé l'existence d'une passation de marché, car on ne pouvait exclure que le DCC fournisse ses services en exerçant ses propres compétences, directement tirées de la loi (CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.12.2007, aff. C-532/03, Rec. 2007, p.

I-11353, pts 34-37). En Suisse, l'importance accordée à la liberté contractuelle du prestataire joue un rôle fluctuant dans le cadre de la notion de marchés publics. Le Tribunal fédéral a d'abord refusé de qualifier de marché public la désignation d'un dentiste scolaire, notamment au motif que ce dentiste devait appliquer un tarif de prix décidé par le gouvernement cantonal, ce qui rendait impossible toute mise en concurrence des soumissionnaires (TF, arrêt du 16.05.2001, 2P.19/2001, c. 1a/cc). Il a ensuite admis la passation d'un marché public suivi d'un contrat de droit privé, en prenant en compte notamment le fait que le service d'enlèvement des ordures communales par une entreprise privée pouvait en l'espèce être qualifié de (simple) prestation accessoire *(Hilfsleistung)* à l'accomplissement d'une tâche publique, vu la nature détaillée de l'accord qui laisse peu de marge de négociation à l'entreprise privée (ATF 134 II 297, c. 3.2-3.3).

b) Concessions

61 La distinction entre concessions et marchés publics est importante dès lors qu'en vertu du principe ***lex specialis derogat legi generali***, le Tribunal fédéral exclut l'application concurrente à un cas d'espèce des règles sur les marchés publics et des dispositions de la loi sur le marché intérieur (ATF 135 II 49, c. 4.1 *i.f.*). La **jurisprudence** et la **pratique administrative suisses** sont rares et divergentes en ce qui concerne tant les critères permettant de différencier les deux notions que les règles applicables à l'attribution de concessions :

– Dans une première phase, le **Tribunal fédéral** a entièrement nié que l'affermage du monopole d'affichage sur le domaine public constitue un marché public soumis à la LMI ou à l'AMP. Dans un marché public, l'Etat apparaît comme un demandeur ou un consommateur qui acquiert auprès d'entreprises privées (producteurs ou fournisseurs), moyennant le paiement d'un prix, les fournitures ou services dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. En concédant le monopole de l'affichage publicitaire sur le domaine public, l'Etat se trouve au contraire dans la position d'un offreur qui « vend » le droit d'utiliser le domaine public moyennant une redevance et diverses prestations accessoires d'affichage officiel dues par le concessionnaire. Il s'agit d'un contrat mixte indissociable dans lequel l'élément prépondérant, qui est l'affichage de placards publicitaires à des fins commerciales, ne constitue pas une tâche publique. Les diverses prestations annexes exécutées par le concessionnaire (installation et entretien d'éléments de mobilier urbain ainsi que certaines tâches d'affichage gratuit d'informations officielles et militaires ou de campagnes prophylactiques) n'étaient qu'accessoires au monopole d'affichage et permettaient au concessionnaire d'exercer son activité commerciale à ses risques et profits (ATF 125 I 209, c. 6 ; critique BELLANGER/BOVET, Affichage, p. 164-166). Le Tribunal fédéral a appliqué le même raisonnement aux décisions par lesquelles la foire suisse de Bâle accepte ou refuse les stands d'exposants intéressés à participer à une foire. L'organisateur d'une foire n'acquiert pas des biens ou services, mais il offre au contraire lui-même des prestations (mise à disposition d'une place d'exposition) (ATF 126 I 250, c. 2d/bb). Le Tribunal fédéral a aussi refusé la qualification de marché public à la désignation d'un dentiste scolaire en invoquant notamment le fait que la délégation de tâches publiques est entièrement soumise au droit public, alors qu'un marché public résulte en un contrat de droit privé conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. De plus, le dentiste scolaire devant appliquer un tarif de prix décidé par le gouvernement cantonal, une mise en concurrence des soumissionnaires, et par conséquent un marché public, était impossible (TF, arrêt du 16.05.2001, 2P.19/2001, c. 1a/cc). Dans le même sens, l'accord par lequel un canton a chargé une

école privée de fournir des cours d'informatique à des chômeurs, moyennant versement d'une rémunération par le canton à l'école pour chaque participant aux cours, est qualifié de contrat de droit administratif relatif à l'octroi de subventions. Est déterminant pour cette qualification le fait que l'Etat ne se procure pas par ce contrat des biens ou services pour exercer lui-même directement une tâche publique, mais qu'il en transfère l'accomplissement à une personne privée (ATF 128 III 250, c. 2).
Suite aux critiques de la doctrine et à l'évolution de la pratique qui comporte toujours plus de cas de figure juridiquement et économiquement complexes, le Tribunal fédéral a **précisé** en 2009 sa jurisprudence antérieure (ATF 125 I 209), afin d'éviter qu'une collectivité publique ne détourne l'application des règles sur les marchés publics par le biais de l'octroi d'une concession. Lorsqu'une autorité publique subordonne l'octroi d'une concession à des **contre-prestations d'une certaine importance, dissociables de la concession et qui entrent clairement dans la notion de marché public**, l'acquisition de ces prestations dissociables doit être soumises aux règles de passation propres au droit des marchés publics. En l'espèce, l'octroi d'une concession d'affichage sur le domaine public se doublait de prestations de services annexes consistant en la mise en place et la gestion par le concessionnaire d'un système de vélos en libre-service. Le Tribunal fédéral a opéré une dissociation. D'une part, l'octroi de la concession sur l'affichage public échappe aux exigences du droit des marchés publics, sous réserve des conséquences à tirer de l'art. 2 VII LMI. D'autre part, les prestations liées au système de vélos en libre-service sont soumises au droit des marchés publics : ce système constitue pour l'autorité concédante un moyen de réaliser une tâche publique, notion qui doit être définie largement et qui englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public (*in casu*, la promotion de la mobilité douce en ville) ; il est parfaitement dissociable de la concession d'affichage ; il a un prix qui correspond à la diminution du montant offert par le soumissionnaire pour la redevance d'affichage, ce qui constitue une forme de rémunération selon l'art. II § 2 AMP ; la fourniture des vélos, leur entretien et les autres prestations liées aux stations automatiques constituent des marchés de fournitures et de services, voire de travaux, au sens de l'art. 6 AIMP ; enfin, le système de vélos en libre-service ne peut, vu sa nature et son importance, être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession d'affichage (ATF 135 II 49, c. 4.3-5.3).

– Dans une recommandation émise en 1999 sur la base de l'art. 8 LMI, la **Comco** a considéré que les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure touchent aux aspects des marchés publics, de sorte que l'art. 5 LMI s'y applique (DPC 1999/2, p. 260, ch. 6-8). Suite à l'ATF 125 I 209 où le Tribunal a nié la qualité de marché public à une concession d'affichage sur le domaine public, la Comco a renouvelé ses recommandations sans en modifier le contenu matériel, mais en les fondant désormais sur l'art. 45 II LCart (DPC 2000/1, p. 94-96). La Comco recommande que l'octroi de concessions liées à l'accomplissement de tâches publiques, y compris celles relatives à l'utilisation du domaine public, soit assujetti aux règles sur les marchés publics (Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 11 ; ég. DPC 1999/2, p. 260, ch. 11-13 ; DPC 2000/1, p. 94, ch. 1). De plus, elle recommande de limiter la durée de la concession à ce qui est économiquement nécessaire (amortissements, intérêts), de renoncer aux clauses de reconduction tacite des contrats, et de renoncer aussi aux clauses d'option qui, à offres égales, octroient à l'entreprise de publicité extérieure titulaire de la concession la préférence sur d'autres entreprises concurrentes lors du renouvellement de cette concession (DPC 1999/2, p. 260, ch. 16-22 ; DPC 2000/1, p. 94, ch. 2-4). La modification de la LMI du 16 décembre 2005 a conduit à l'introduction

d'une nouvelle disposition spécifique à la transmission de monopoles cantonaux ou communaux à des entreprises privées (cf. art. 2 VII LMI), de sorte qu'une application de l'art. 5 LMI n'a plus lieu d'être que par analogie (Mess-Rév. LMI, p. 441 ; cf. LMI 2 VII N 41 ; ESSEIVA, Concessions, p. 206).

– L'ancien Tribunal administratif **vaudois** a considéré que le service de ramassage des ordures ménagères sur le territoire d'une commune, assuré par une entreprise privée en contrepartie d'un prix payé par la commune, constitue un marché public *stricto sensu*. En revanche, la délégation de cette tâche publique par la commune à une autre commune, sur la base d'un contrat de droit administratif, n'entre pas dans le champ de la réglementation sur les marchés publics (RDAF 2000, p. 123 ss). Le Tribunal administratif **bernois** a refusé la qualification de marché public à la procédure de choix de l'exploitant d'une ligne de bus régionale en contrepartie d'une promesse d'indemnisation par l'Etat. Il a considéré qu'il s'agit d'une subvention et non d'un marché de services (JAB 1999, p. 507). Le Tribunal administratif **zurichois** ne considère pas comme un marché public un contrat de bail à ferme pour la publicité extérieure (BEZ 2000/20 n° 44, ZBl 2001, p. 96), ni la délégation à une entreprise privée des soins médicaux à domicile (BEZ 2000/20 n° 57, ZBl 2001, p. 97).
– La **Commission fédérale de recours** en matière de marchés publics a admis l'assujettissement à l'AMP et à la LMP d'une délégation de la perception, gestion et utilisation d'une taxe d'élimination anticipée pour le recyclage des piles à une entreprise privée qui s'en charge à ses risques et périls. La décision repose essentiellement sur le fait que l'art. I § 3 AMP s'applique aux marchés passés par « tout moyen contractuel » ainsi que sur la nécessité d'assurer le respect des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité (JAAC 2000/64 n° 30, c. 1a, 1b, 1e, 1f ; trad. RDAF 2000, p. 181). Cette jurisprudence a aussi été appliquée au recyclage des bouteilles en verre, moyennant prélèvement d'une taxe anticipée d'élimination ces bouteilles (JAAC 2001/65 n° 80, c. 1a).
– Le **Tribunal administratif fédéral** n'a jusqu'ici fait qu'une application analogique du droit des marchés publics en cas de concession de lignes de transport de personnes par autobus. Il faut toutefois souligner que ces concessions étaient soumises à du droit administratif fédéral spécial réglant largement la matière. Le TAF a distingué entre la décision d'adjudication d'une ligne de transport par autobus (contestée) et l'attribution de la concession (provisoire) d'exploitation par le DETEC (non contestée). Dans un recours entre les entreprises de transport, les cantons et les autorités fédérales, il est possible de prendre en compte des éléments essentiels du droit des marchés publics, et cela d'autant plus lorsqu'a eu lieu une procédure cantonale (facultative) d'appel d'offres (TAF, arrêt du 23.07.2008, A-7822/2007, c. 5-6). Cette jurisprudence est confirmée ultérieurement en ce qui concerne la distinction entre l'octroi de la concession et la procédure de commande de transports publics. La procédure de commande visant la conclusion d'une convention sur l'offre de prestation de transport à indemniser, il s'agit d'une convention portant sur une subvention, qui est réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités et non par le droit des marchés publics. Dans le cadre de cette procédure, « l'appel d'offres » constitue un appel de demandes de subvention et la « décision d'adjudication » est le choix par les commanditaires de l'entreprise de transports avec laquelle une convention sera conclue (TAF, arrêt du 27.05.2010, A-3163/2009, c. 3 ; dans le même sens, CF, JAAC 66/2002 n° 46, c. 2.4).

A notre avis, les concessions de services ne sont pas régies par l'**AMP**, ni explicitement, ni implicitement. La doctrine internationale commentant l'AMP ne soutient pas un tel assujettissement. Bien que l'UE ait mis à niveau ses directives afin de respecter l'AMP aussi dans les relations internes entre Etats membres, les directives relatives aux marchés publics excluent expressément de leur champ d'application l'octroi de concessions de services (art. 17 Directive classique 2004/18 ; art. 18 Directive secteurs 2004/17 ; exclusion seulement implicite dans la version antérieure des directives, cf. CJCE, arrêt *Telaustria et Telefonadress*, du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745, pts 46-58). L'assujettissement des concessions de travaux au droit dérivé UE était quant à lui déjà imposé avant la conclusion de l'AMP (art. 56-61 Directive classique 2004/18). En Suisse, l'inclusion des marchés de services dans la LMP est strictement limitée à la liste exhaustive de services couverts par les engagements suisses figurant en annexe 4 à l'appendice I à l'AMP. Rien dans les travaux préparatoires à la LMP n'indique une volonté d'aller au-delà des exigences internationales en ce qui concerne l'assujettissement des marchés de services aux règles sur les marchés publics. L'entrée en vigueur de l'Accord MP n'a pas non plus entraîné de révision de la LMP sur ce point. S'agissant de l'AIMP, la révision de 2001, qui en étend le champ d'application à toutes les catégories de services, ne fait aucune mention des concessions de services (Message-type AIMP, ad. art. 6). En conséquence, la LMP et l'AIMP ne régissent pas, à notre avis, les concessions de services. **62**

En l'absence de réponse claire sur la délimitation précise des marchés publics en droit suisse, le droit de l'UE peut servir d'aide pour l'interprétation. En effet, le droit suisse en matière de marchés publics est inspiré du droit de l'Union, que ce soit directement pour la LMI ou indirectement au travers de l'AMP et de l'Accord MP pour ce qui concerne l'AIMP et la LMP (*supra* N 15-19). En droit de l'Union, les concessions de travaux publics ou de services sont des contrats présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public, à l'exception du fait que la **contrepartie** des travaux (ou de la prestation de services) consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage/le service, soit dans ce droit assorti d'un prix (art. 1 § 3-4 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 3 pt a-b Directive secteurs 2004/17). La **distinction** entre concession et marché public au sens strict est fondée sur le **droit d'exploitation** de l'ouvrage ou du service, dont sont déduits un ensemble de critères de délimitation. Le premier critère est celui du **destinataire ou du bénéficiaire du service** fourni. Dans le cas des marchés, le bénéficiaire du service rendu est le pouvoir adjudicateur, alors que, dans le cas de la concession, le bénéficiaire du service est un tiers étranger à la concession, en général la collectivité. Deuxièmement, la concession de services exige que le **service** en question constitue une **tâche publique** du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique. Le fait que ce soit un tiers qui fournisse le service entraîne donc une substitution du concessionnaire au concédant dans les obligations qui sont imposées à ce dernier pour assurer la fourniture du service à la collectivité. Un troisième élément révélateur de la distinction entre marché public et concession est la **rémunération**, *i.e.* **la contrepartie de la prestation** effectuée par l'entreprise. Le marché public comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire. Dans le cas d'une concession, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix. Le concessionnaire tire sa rémunération soit **exclusivement du résultat de l'exploitation**, *i.e.* des redevances qu'il perçoit auprès des utilisateurs, soit du **résultat de l'exploitation assorti d'un prix versé par la collectivité** délégante. Dans cette seconde hypothèse, le « prix » versé par la collectivité publique constitue souvent une forme de subvention destinée à abaisser le prix final du service pour les usagers. Qua- **63**

trièmement, il faut que la **responsabilité** de l'exploitation du service public en cause soit **transférée** au concessionnaire (aspects techniques, financiers et de gestion, investissements et amortissements). Selon le cinquième élément, qui joue un rôle central dans la casuistique de la CJUE en matière de concession, il faut que le concessionnaire assume le **risque économique** lié à l'exploitation du service, alors qu'un adjudicataire cherche son bénéfice dans le contexte plus limité du prix qu'il perçoit du pouvoir adjudicateur pour une prestation de service donnée (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO 2000 C 121, p. 2 ; CJCE, arrêt *Commission c/Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409, pts 7-11, 22-25 et 32 ; arrêt *Gemeente Arnhem c/BFI Holding BV* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 24 s. ; arrêt *Buchhändler-Vereinigung* du 30.05.2002, aff. C-358/00, Rec. 2002, p. I-4685, pts 27-28 ; arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pts 40-49 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pt 16 ; arrêt *Commission/Italie* du 18.07.2005, aff. C-382/05, Rec. 2007 p. I-6657, pt 34 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457 pts 24-25 ; arrêt *Commission/Italie* du 13.11.2008, aff. C-437/07, du 13.11.2008, pt 29 ; arrêt *Eurawasser*, du 10.09.2009, aff. C-206/08, Rec. 2009 p. I-8337, pts 50-66 ; arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* du 10.03.2011, aff. C-274/09, du 10.03.2011, non encore publiée, pts 23-26). La Cour a reconnu l'existence d'une concession de services, notamment, dans les cas où la rémunération du prestataire provenait de paiements effectués par les usagers d'un parking public, d'un service de transport public et d'un réseau de télédistribution. Si, en revanche, le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'attribution de l'exploitation du service requiert l'application des règles sur les marchés publics (CJCE, arrêt *Eurawasser* du 10.09.2009, aff. C-206/08, Rec. 2009 p. I-8337, pt 67). La distinction entre concession et marché public en droit suisse est traitée en relation avec l'art. 2 VII LMI (cf. LMI 2 VII N 41 ; ég. TRÜEB, Art. 5 BöB, N ■■■)

c) Subvention, dotation en capital ou apport en nature

64 Un marché public est un contrat à titre onéreux, doté d'un **caractère synallagmatique** : il faut qu'une rémunération soit versée, de quelque manière que ce soit, à l'adjudicataire en échange d'une prestation de celui-ci (ATF 135 II 49, c. 5.2.2 ; art. 1 § 2.a Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2.a Directive secteurs 2004/17). En l'absence d'un échange de prestations, une **allocation unilatérale**, telle qu'une **subvention**, une **dotation en capital** ou un **transfert budgétaire**, qui permet au bénéficiaire d'accomplir certaines fonctions dans l'intérêt public, ne peut être qualifié de marché public (exposé des motifs de la Commission européenne relatif à la proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, COM [90] 372 final du 6. 12. 1990, pt 25). En effet, une subvention est un « avantage monnayable » selon l'art. 3 I de la *Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités* (LSu, RS 616.1), qui se distingue par le fait que le bénéficiaire de la subvention ne doit pas offrir de contre-prestation directe à l'Etat, contrairement à ce qui est la norme pour le contrat de vente, d'entreprise ou de travail. Cela ne signifie cependant pas que l'entité subventionnée ne fournit aucune prestation : la subvention (et *a fortiori* l'indemnité aussi visée par l'art. 3 II LSu) est le plus souvent justifiée par un service d'utilité publique rendu par son bénéficiaire à un tiers, généralement la collectivité des usagers (CRM, JAAC 2000/64, n° 61, c. 1.a ; POLTIER, Subventions, N 65-67, 72-76 ; SCHAERER, Subventionen, p. 39). Les réglementations en matière de subventions et celles en matière de marchés publics pour-

suivent des buts partiellement divergents, de sorte qu'il ne se justifie pas d'appliquer systématiquement la législation en matière de marchés publics à la sélection des entreprises requérant des subventions. Le propre des législations en matière de subventions est de prendre en compte aussi d'autres intérêts publics, étrangers aux objectifs de transparence, de mise en concurrence, d'égalité de traitement et d'utilisation économe des fonds publics qui caractérisent la législation en matière de marchés publics (art. 1 LMP ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 312). De même, une **donation faite par un particulier à un pouvoir adjudicateur** ne constitue pas un marché public. En revanche, toute **opération à caractère mixte**, qui assure au « donateur » l'attribution de gré à gré d'un marché public rémunéré, contient un élément de rémunération propre à un marché public. Tel devrait être le cas, à notre avis, de la donation d'un terrain à un pouvoir adjudicateur, accompagnée d'une clause d'architecte ou d'entrepreneur, qui empêche *de facto* ce pouvoir adjudicateur de lancer un appel d'offres pour la construction d'un immeuble sur ce terrain et le contraint à attribuer directement au donateur le marché public (onéreux) lié à la construction d'un immeuble sur ce terrain. Lorsque l'immeuble est construit aux frais du pouvoir adjudicateur, une telle donation mixte peut constituer le moyen d'éluder les règles sur les marchés publics. L'attribution – de gré à gré – du marché de travaux ou de services au bénéficiaire de la clause d'entrepreneur ou d'architecte n'est possible que si l'un des cas énumérés de manière exhaustive à l'art. XV AMP est rempli. Selon la Cour de justice, une législation nationale prévoyant que les ouvrages d'équipement d'un terrain à lotir sont réalisés directement par le propriétaire de ce terrain, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut pas choisir son cocontractant, ne peut, en soi, justifier la non-application des Directives marchés publics (CJCE, arrêt *Ordine degli Architetti* du 12.07.2001, aff. C-399/98, Rec. 2001, p. I-5409, pts 71-75). A notre sens, il convient d'appréhender la réalité économique d'une subvention ou une donation dans le cadre de l'opération plus large dans laquelle elle est susceptible de s'insérer, car une approche formelle basée sur la seule qualification juridique étroite ouvre la voie à des opérations qui masquent sous l'apparence d'un apport financier ou en nature l'octroi d'un marché public ou d'une concession. La pratique suisse est encore très fragmentaire à ce propos, tandis que l'Union européenne est déjà plus avancée en particulier en ce qui concerne l'octroi de concession et la constitution de partenariat public-privé, contractuel ou institutionnalisé (CJCE, arrêt *Ordine degli Architetti* du 12.07.2001, aff. C-399/98, Rec. 2001, p. I-5409 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009 p. I-10355 ; arrêt *Helmut Müller* du 25.03.2010, aff. C-451/08, non encore publiée).

Un **apport en nature ou en capital** effectué **par un pouvoir public** en vue de constituer, avec un opérateur économique privé, une **entreprise commune à capital mixte** aussi appelée **partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI)** dans le cadre d'un partenariat public privé ne relève pas, en tant que tel, du droit des marchés publics ou des concessions. En revanche, il convient de s'assurer du respect des règles et principes découlant de ce droit si une telle opération s'accompagne, en réalité, de l'attribution au partenaire privé ou à la société d'économie mixte de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions. En effet, la participation du pouvoir adjudicateur dans l'entité mixte attributaire d'un marché ne permet pas à elle seule de justifier une inapplication du droit des marchés publics ou des concessions, faute de remplir les conditions posées par la jurisprudence pour une exception *in house* (*infra* N 68-76). La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également un pouvoir adjudicateur exclut que ce dernier puisse exercer sur cette entreprise un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (CJUE, arrêt *Mehiläinen* **65**

Oy du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 32-34 ; Commission, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 2.1 ; Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM[2004] 327, pt 59 ; Zufferey, PPP, p. 247 ss). En présence d'un contrat mixte portant sur la constitution d'une SEM et l'attribution simultanée d'un marché public à la SEM ou au partenaire privé, il faut d'abord déterminer si le contrat mixte constitue un tout indivisible ou au contraire si le volet strictement marché public est détachable de ce contrat et est seul assujetti aux règles des directives et du TFUE (CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 36-47). Dans la première hypothèse d'un tout indivisible, c'est l'objet principal ou élément prépondérant du contrat mixte qui détermine ensuite l'application (ou non) du droit des marchés publics à l'ensemble du contrat (CJUE, arrêt *Club Hotel Loutraki* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010 p. I-4165, pts 46-63). Il est possible d'éviter une double procédure de mise en concurrence en sélectionnant le partenaire privé dans une procédure ouverte et concurrentielle, dont l'objet est à la fois le marché public ou la concession qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou à la gestion de l'entité à capital mixte, pour autant que les critères de sélection soient fondés non seulement sur la capacité financière du partenaire privé à devenir actionnaire mais aussi sur sa capacité technique et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations à fournir (CJCE, arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 55-62 ; Commission, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 2.2 *i.f.*). L'analyse est identique lorsqu'un PPPI est constitué par la privatisation partielle d'une société précédemment entièrement détenue par une collectivité publique. Le droit des marchés publics ou des concessions n'a pas en soi vocation à s'appliquer à un simple **apport de fonds par une entreprise privée au sein d'une société d'économie mixte**. En revanche, lorsque la SEM ou le partenaire privé se voit confier, dans le cadre de l'opération de cession de capital, des tâches tombant dans le champ matériel du droit des marchés publics, les dispositions y relatives sont susceptibles de s'appliquer soit strictement au volet marché public, soit à l'ensemble du contrat mixte si celui-ci forme un tout indivisible dont l'objet principal est le volet marché public (Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM[2004] 327, pts 66-69 ; CJUE, arrêt *Club Hotel Loutraki* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010 p. I-4165, pts 46-63)

66 Une **subvention** est souvent accordée **dans le cadre** d'une **délégation de tâches publiques** ou de l'octroi d'une **concession**. Le Tribunal fédéral a considéré que constitue un contrat de droit administratif relatif à une subvention l'accord par lequel un canton confie à une école privée la tâche de donner des cours d'informatique aux chômeurs, moyennant le versement d'une contribution financière par le canton à l'école pour chaque participant aux cours. Est déterminante pour la jurisprudence l'entité qui remplit la tâche publique. En l'espèce, ce n'est pas le canton qui se procure des fournitures ou services pour remplir lui-même une tâche publique, mais une école privée qui agit dans l'intérêt public en organisant des cours pour les chômeurs, en contrepartie d'une subvention (ATF 128 III 250, c. 2). Une collectivité publique peut aussi supporter partiellement le coût d'exploitation d'une concession, afin d'abaisser indirectement le prix demandé par le concessionnaire à l'utilisateur final pour la fourniture du service (pratique des « coûts sociaux »). Le conces-

sionnaire tire dans un tel cas sa rémunération en partie de la « subvention » versée par la collectivité publique et en partie du prix payé par les usagers. L'octroi de la subvention devrait, à notre avis, suivre alors les mêmes règles que celui de la concession dont elle est un élément constitutif (*supra* N 61-63 ; ég. Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JO 2000 C 121/2, pt 2.1.2). La pratique suivie jusqu'ici au niveau fédéral dans le cadre des prestations de transport public de personnes par autobus, en contrepartie d'une promesse d'indemnisation par l'Etat, va toutefois dans un sens différent. Elle considère que, dès lors que la procédure vise la conclusion d'une convention sur l'offre de prestations de transport à indemniser, il s'agit d'une convention portant sur une subvention, qui est réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités (TAF, arrêt du 27.05.2010, A-3163/2009, c. 3 ; dans le même sens, CF, JAAC 66/2002 n° 46, c. 2.4 ; *supra* N 61).

67 Une subvention peut aussi être versée par une collectivité publique en vue de financer partiellement le coût d'un projet ou d'une prestation réalisé par une entité ne répondant pas elle-même à la définition de pouvoir adjudicateur. Au niveau cantonal et communal, l'art. 8 II/b AIMP assujettit aux règles sur les marchés publics les **projets ou prestations subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics**. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'octroi gratuit d'un droit de superficie d'une durée de 50 ans par le canton du Tessin à une fondation chargée de construire un foyer pour étudiants à l'académie d'architecture à Mendrizio constitue une forme de subvention indirecte ou en nature, qui entre dans le calcul du financement public majoritaire (TF, arrêt du 17.10.2005, 2P.117/2005, c. 4). En droit de l'Union, une règle analogue assujettit certains marchés publics de travaux ou de services en relation avec des travaux, lorsqu'ils sont subventionnés à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs (art. 8 Directive classique 2004/18).

d) Marché *in house* ou délégation interne à l'administration

68 Un marché public impliquant un contrat synallagmatique, cela signifie que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constituent **deux personnes juridiquement distinctes et autonomes l'une par rapport à l'autre au plan décisionnel**. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à la même administration, il ne s'agit pas d'un marché public. Cette règle vaut pour tous les marchés de travaux, de fournitures ou de services, ainsi que pour les concessions. Tel est notamment le cas lorsque le pouvoir adjudicateur emploie déjà les personnes nécessaires, par exemple des ingénieurs, des architectes, des informaticiens, ou lorsqu'un département se procure des fournitures ou des services pour un autre département à l'intérieur d'une même administration. Selon la Cour de justice, une autorité publique peut décider **librement d'accomplir les tâches publiques qui lui incombent par ses propres moyens**, administratifs, techniques ou autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses propres services. Cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques (CJCE, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pt 48 ; arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pt 65 ; arrêt *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 48-49 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pt 45 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p.I-8127, pts 57-58 ; COM [90] 372 final, pts 26 et 76-78). De même, l'autorité peut choisir de confier une tâche publique à une entité à capital mixte créée

dans le cadre d'un partenariat public-privé ; toutefois, l'attribution de marchés au partenaire privé ou à l'entité mixte nécessite la passation d'un marché public, faute de situation *in house* (CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pts 31-34 ; *infra* N 73). En droit suisse, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aussi l'existence d'un libre choix des autorités publiques pour ce qui concerne leurs activités administratives auxiliaires (*Hilfstätigkeit* ou *Hilfsleistung*), *i.e.* quant à la décision de commander à l'interne ou d'externaliser auprès de tiers (entreprises privées) la fourniture de produits ou services nécessaires à leur activité, mais elles sont en revanche nuancées quant aux critères devant guider ce choix. Alors que certains reconnaissent une liberté aux collectivités publiques sur la question de principe du « ***make or buy*** », pour autant que la neutralité concurrentielle garantie aux art. 27 et 94 Cst soit préservée (FETZ, Beschaffungsrecht, p. 506, N 65 ; BEYELER, In-house, p. 34-48 ; MOOR, Droit administratif III, p. 109), d'autres auteurs soutiennent une subsidiarité de l'auto-production étatique, lorsque la fourniture de biens ou services sur le marché satisfait aux besoins spécifiés par l'Etat et est plus avantageuse (critère de la rentabilité) (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 354).

69 La délimitation de la notion de marchés publics devient problématique lorsqu'un marché est attribué à un adjudicataire qui, tout en apparaissant distinct, a néanmoins **un lien spécialement étroit avec le pouvoir adjudicateur**, par exemple parce qu'il fait lui-même aussi partie du service public, parce qu'il est contrôlé par le pouvoir adjudicateur ou parce qu'il bénéficie de droits exclusifs pour prester des services au pouvoir adjudicateur. D'une part, il faut vérifier si le lien entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire est tel qu'il ne s'agit pas d'un marché public, faute de convention entre deux personnes distinctes, mais d'une prestation assimilée à une prestation *in house*. Cette première exclusion est d'application générale, quel que soit le type de fournitures, services ou travaux en cause (*infra* N 70-74). D'autre part, s'agissant spécifiquement des marchés de services, la Suisse a exclu de l'assujettissement à l'AMP, à l'Accord MP et à la Convention AELE les services prestés par certaines entités « liées » ou disposant d'un droit exclusif pour fournir le service en cause (Notes 1 et 2 relatives à l'annexe 4 à l'AMP ; *infra* N 75 s.). Le contenu de ces deux Notes, bien que non repris expressément dans la LMP, est applicable par renvoi dès lors que seuls les services prévus dans les annexes aux accords internationaux entrent dans le champ de la loi. Pour les marchés cantonaux, ces Notes, non expressément transposées dans l'AIMP, permettent néanmoins de refuser l'accès aux marchés de services concernés pour les soumissionnaires établis à l'étranger (art. 9/b AIMP). Les deux exceptions formulées par la Suisse sont calquées sur les dispositions correspondantes des directives marchés publics, de sorte que le droit de l'Union constitue une aide à l'interprétation de la portée de ces exceptions.

70 Les règles spécifiques sur les marchés publics, de même que l'art. 5 LMI, s'appliquent lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure par écrit un contrat à titre onéreux avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel. A l'inverse, il n'y a pas marché public, mais **prestation *in house***, lorsque l'entité adjudicataire, bien que formellement indépendante, est néanmoins contrôlée par le pouvoir adjudicateur au point de ne pas disposer d'une autonomie décisionnelle par rapport à celui-ci. Tel est le cas, selon la jurisprudence désormais constante inaugurée par la CJUE dans l'affaire *Teckal*, aux deux conditions cumulatives que (i) le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité en cause un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que (ii) l'entité réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Ce test est applicable à tous les marchés publics de fournitures, services ou travaux, ainsi

qu'aux concessions de services ou de travaux (CJCE, arrêt *Teckal* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pts 49-51 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pt 40 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pt 26). S'agissant d'une exception aux règles générales du droit de l'Union, ces deux exceptions doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte** et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 63 ; arrêt *Stadt Halle* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005 p. I-1, pt 46 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006 p. I-3303, pt 26). Lorsque l'entité adjudicataire est détenue par plusieurs autorités publiques, tant la condition du contrôle analogue que celle relative à l'essentiel de l'activité de cette entité peut être satisfaite en prenant en compte le contrôle exercé conjointement sur l'entité par les autorités publiques qui la détiennent (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 43-54), respectivement l'activité que cette entité réalise avec l'ensemble de ces autorités (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 70-71). L'exception *in house* trouve application aussi bien pour les marchés publics qui tombent dans le champ d'application des directives marchés publics, que pour les marchés hors champ d'application de ces directives et qui ne sont soumis qu'aux règles fondamentales du TFUE et des principes qui en découlent (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 36-40). A notre sens, dès lors que l'exception *in house* découle de la notion même de marchés publics, elle devrait aussi trouver application en droit suisse, même si elle n'est pas expressément prévue par le droit positif (dans ce sens ég. TA VD, arrêt du 06.11.2009, GE. 2007.0013, c. 3a ; BEYELER, In-house, p. 51 ; FETZ, Beschaffungsrecht, p. 506-507, N 65).

Pour apprécier la première condition du **contrôle analogue** à celui exercé sur ses propres services, il faut tenir compte de l'ensemble des **dispositions législatives** et des **circonstances pertinentes**. Il doit ressortir de cet examen que le contrôle prévu permet au pouvoir adjudicateur d'exercer une influence déterminante tant sur les **objectifs stratégiques** que sur les **décisions importantes** de l'entité. Parmi les circonstances pertinentes, il y a lieu de considérer, d'une part, si l'entité en cause a une **vocation de marché** et, d'autre part, quels sont les **mécanismes de contrôle** prévus sur cette société. Pour savoir si l'entité a une vocation de marché rendant précaire le contrôle des collectivités qui en sont les actionnaires, il convient d'examiner la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé. Une activité accessoire et marginale avec des entreprises privées n'empêche pas que l'activité essentielle de l'entité soit exercée avec les collectivités qui la contrôlent (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 66 et 73-80). S'agissant des mécanismes de contrôle sur l'entité, il faut considérer en premier lieu la détention du capital de l'entité adjudicataire, en deuxième lieu la composition des organes de décision de celle-ci et, en troisième lieu, l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil d'administration (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005 p. I-8585, pt 65 ; arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006 p. I-4137, pt 36 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 28-29). Sur la première de ces circonstances, le fait que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres autorités publiques, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans que cela ne soit décisif, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur **71**

ses propres services (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pt 37 ; arrêt *Asemfo* 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pt 57 ; arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pt 31). Deuxièmement, la circonstance que les organes de décision de l'entité adjudicataire (conseil d'administration, assemblée générale) sont composés de délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées indique que ces dernières maîtrisent les organes de décision de l'entité et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de celle-ci (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 33-34). Troisièmement, il convient de vérifier si l'étendue des pouvoirs exercés par le conseil d'administration est telle que l'entité adjudicataire a acquis de ce fait une vocation de marché et une marge d'autonomie qui rendraient précaire le contrôle exercé par les autorités publiques qui lui sont affiliées (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 35-36).

72 Ainsi, la condition du contrôle analogue n'était pas remplie dans le cas de l'attribution directe par la commune de Brixen de la gestion des parkings publics payants à Stadtwerke Brixen AG, une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale communale, et dont le capital social était entièrement détenu par la commune au moment de l'attribution directe de la concession. Plusieurs éléments démontraient que Stadtwerke Brixen AG avait acquis une vocation de marché rendant précaire le contrôle de la commune : la transformation en société anonyme ; l'élargissement de l'objet social dans de nouveaux domaines importants (transport de personnes et de marchandises, informatique et télécommunications) en plus de la vaste gamme d'activités antérieurement exercées par l'entreprise spéciale (adduction d'eau, épuration des eaux usées, fourniture de chauffage et d'énergie, élimination des déchets, construction de routes) ; l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux ; l'expansion du domaine territorial des activités de la société, initialement limitée au territoire de la commune, à toute l'Italie et à l'étranger ; les larges pouvoirs de gestion ordinaire attribués par les statuts au conseil d'administration, qui pouvait notamment accomplir de manière autonome, sans l'accord de l'assemblée des actionnaires, certaines transactions jusqu'à concurrence de 5 millions d'euros. De plus, même si la majorité des membres du conseil d'administration de Stadtwerke Brixen AG était désignée par la commune, le contrôle exercé par la commune se limitait pour l'essentiel à celui découlant du droit des sociétés, ce qui atténuait considérablement le rapport de dépendance existant entre la commune et Stadwerke Brixen AG (CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585, pts 66-70 ; dans le même sens : CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 34-40). A l'inverse, la décision de la commune d'Uccle de s'affilier à la société coopérative intercommunale Brutélé en lui concédant de ce fait la gestion de son réseau de télédistribution remplissait la condition du contrôle analogue, sur la base des circonstances suivantes : la forme de Brutélé, constituée non pas comme société par actions ou société anonyme, mais comme société coopérative intercommunale, ce qui exclut selon la loi belge un caractère commercial ; l'objectif statutaire centré sur la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle Brutélé a été créée et l'absence de tout autre intérêt distinct de celui des autorités publiques affiliées (arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 37-40). Le contrôle exercé par l'autorité publique sur l'entité adjudicataire doit être analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais il n'a pas à être identique en tous points à celui-ci ; il importe que le contrôle exercé soit effectif.

Lorsque l'entité adjudicataire est détenue par plusieurs autorités publiques, on ne saurait exiger que le contrôle analogue soit exercé individuellement par la seule autorité qui passe le marché en cause ; la condition du contrôle analogue peut être satisfaite en prenant en compte le **contrôle exercé conjointement sur l'entité par les autorités publiques qui la détiennent**. En effet, exiger un contrôle individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où plusieurs autorités publiques choisissent d'effectuer leurs missions de service public en ayant recours à une entité commune. S'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence (CJCE, arrêt *Coditel Brabant* du 13.11.2008, aff. C-324/07, Rec. 2008, p. I-8457, pts 46-51). En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, d'une **entreprise privée** dans le capital d'une entité **(société d'économie mixte)** à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur concerné exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, et cela pour deux raisons. Tout d'abord, le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visés par les directives marchés publics, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents (CJCE, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005, p. I-1, pts 49-51 ; arrêt *Coname*, aff. C-231/03, Rec. 2005, p. I-7287, pts 25 s. ; arrêt *ANAV*, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pt 24 ; arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 51-54 ; CJUE, arrêt *Mehiläinen Oy* du 22.12.2010, aff. C-215/09, non encore publiée, pt 34). En règle générale, l'existence effective d'une participation privée dans le capital de l'entité adjudicataire doit être vérifiée au moment de l'attribution du marché public en cause. Exceptionnellement, des circonstances particulières peuvent requérir la prise en considération d'événements devant survenir après la date de l'attribution du marché en cause, mais durant l'exécution de celui-ci. Tel est le cas notamment lorsque des parts de l'entité adjudicataire, précédemment entièrement détenue par le pouvoir adjudicateur, sont cédées à une entreprise privée peu après que le marché en cause a été attribué à cette entité dans le cadre d'une construction artificielle destinée à contourner le droit des marchés publics. Tel est aussi le cas s'il existe, au moment où le marché concerné est attribué, une perspective concrète et à court terme d'une ouverture du capital de l'entité adjudicataire – initialement entièrement détenue par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres autorités publiques – à des investisseurs privés durant l'exécution du marché, par exemple lorsque la législation nationale prévoit l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux (CJCE, arrêt *Commission/Autriche* du 10.11.2005, aff. C-29/04, Rec. 2005 p. I-9705, pts 38-41 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 46-50). En revanche, le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que soit pris compte la simple possibilité que des parts d'une société soient vendues à tout moment à des actionnaires privés, en l'absence de tout indice concret. Dans cette dernière hypothèse, si un marché était attribué sans mise en concurrence à une entité à capital public, le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en

73

concurrence (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 51 et 53). L'exclusion de toute possibilité de contrôle analogue lorsque l'entité adjudicataire est une société d'économie mixte connaît toutefois une exception lorsqu'une **mise en concurrence a eu lieu pour la sélection de l'actionnaire privé**. En effet, le recours à une double procédure de mise en concurrence pour la sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, d'abord, et pour l'attribution du marché ou de la concession à ladite société, ensuite, serait difficilement compatible avec l'économie procédurale et serait propre à décourager la constitution de partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), en raison de la durée inhérente à ces procédures et de l'incertitude juridique en ce qui concerne l'attribution du marché ou de la concession. C'est pourquoi, dans la mesure où, premièrement, la sélection de l'associé privé a respecté les exigences découlant des libertés fondamentales du TFUE (non-discrimination selon la nationalité, égalité de traitement entre les soumissionnaires, transparence, publicité adéquate permettant l'ouverture à la concurrence et contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication) et où, deuxièmement, les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé à fournir le service et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et où, troisièmement, cet associé se voit confier la gestion opérationnelle du service à fournir par le PPPI, une seconde procédure de mise en concurrence pour l'attribution du marché ou de la concession ne se justifierait pas. Encore faut-il que la société à capital mixte conserve le même objet social pendant toute la durée du marché ou de la concession et que le contrat passé avec celle-ci ne subisse pas de modification substantielle (CJCE, arrêt *Acoset* du 15.10.2009, aff. C-196/08, Rec. 2009, p. I-9913, pts 55-62 ; arrêt *Commission c/CAS Succhi di Frutta SpA* du 29.04.2004, aff. C-496/99 P, Rec. 2004, p. I-3801, pts 116-118 ; Commission, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés [PPPI], JO 2008 C 91/4, pt 3).

74 Selon la seconde condition de l'exception *in house*, l'entité adjudicataire doit réaliser **l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent**. En effet, si l'entité adjudicataire peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs que les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent, elle n'est pas nécessairement privée de liberté d'action. Elle est de plus susceptible d'entrer en concurrence sur le marché avec d'autres entreprises privées, ce qui justifie l'application des procédures de passation de marchés publics afin d'éviter toute distorsion de concurrence. Il faut que l'activité de l'entité soit consacrée **principalement** à la collectivité qui la détient, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère **marginal**. Il faut prendre en compte à ce titre toutes les circonstances du cas d'espèce, tant **qualitatives** que **quantitatives**. Le **chiffre d'affaires** déterminant est celui que l'entité réalise en vertu des attributions de marchés faites par le pouvoir adjudicateur, peu importe que la rémunération soit versée à l'entité par le pouvoir adjudicateur lui-même ou par les utilisateurs des prestations fournies en exécution des décisions d'attribution de ce pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 58-67). Si l'entité est **détenue par plusieurs collectivités publiques**, l'activité à prendre en compte est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités, et non pas seulement celle réalisée avec la collectivité agissant en l'espèce comme pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 69-71 ; arrêt *Asemfo* du 19.04.2007, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 62 s.). On ne peut dégager de la casuistique qu'une **fourchette**, s'agissant du

pourcentage que doit représenter l'activité principalement *in house* dans le chiffre d'affaires total de l'entité. La Cour de justice a refusé de reprendre par analogie les conditions de l'exception relative aux transactions intra-groupes (art. 23 Directive secteurs 2004/17) qui aurait eu pour conséquence d'exiger de l'entité *in house* qu'elle réalise 80 % de son chiffre d'affaires avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent. Ce refus est motivé par les particularités des modes de fonctionnement au sein d'entreprises liées et de coentreprises, par l'absence d'un mécanisme de notification à la Commission pour les marchés passés dans les domaines classiques, et par le silence concluant résultant du refus du législateur d'incorporer dans la Directive classique 2004/18 une exception analogue à celle de la directive secteurs 2004/17 (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pts 50-57). La seconde condition pour une relation *in house* a été considérée comme remplie dans le cas où une entité exerce 90 % de son activité avec les collectivités publiques qui la détiennent entièrement (CJCE, arrêt *Asemfo*, aff. C-295/05, Rec. 2007, p. I-2999, pts 63). Il en est allé autrement dans le cas de l'attribution sans appel d'offres par le Ministère espagnol de l'éducation de la fourniture de services postaux réservés et non réservés à Correos, une société anonyme publique dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics. Sans même quantifier le chiffre d'affaires réalisé, il est constant que Correos, en tant que prestataire du service postal universel en Espagne, ne réalise pas l'essentiel de son activité avec le Ministère ni avec l'administration publique en général, mais que cette société rend des services postaux à un nombre indéterminé de clients dudit service postal. De plus, la Cour a pris en compte l'objectif de la condition portant sur l'essentiel de l'activité, qui consiste à garantir l'application des règles sur les marchés publics lorsque l'entité est active sur le marché et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises. Or, sur le marché espagnol des services postaux non réservés ou libres, Correos était en concurrence avec environ 2000 autres entreprises postales (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 58-63). Une dernière indication peut être tirée de l'arrêt examinant la question subséquente de savoir si, après l'attribution avec mise en concurrence d'une concession de services relatifs à l'exploitation, la maintenance, l'entretien et le nettoyage de toilettes publiques urbaines par la ville de Francfort à FES, cette dernière société était à son tour tenue de respecter les règles sur les marchés publics pour le choix d'un sous-traitant. La Cour de justice a écarté la qualification de pouvoir adjudicateur de FES pour deux raisons. D'une part, FES n'était pas sous le contrôle effectif d'une autorité publique, puisqu'elle était détenue à 51 % par la ville de Francfort et à 49 % par une entreprise privée, et qu'une majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale était nécessaire pour l'adoption de décision, de sorte que l'octroi de la concession à FES avait fait l'objet d'une mise en compétition. D'autre part, FES exerçait ses activités en situation de concurrence sur le marché, puisque (seuls) 64 % de son chiffres d'affaires provenait de contrats conclus avec la ville de Francfort, tandis que les autres 36 % de ses revenus étaient tirés de ses activités avec d'autres autorités publiques et avec des entreprises privées (CJCE, arrêt *Wall* du 13.04.2010, aff. C-91/08, Rec. 2010 p. I-2815, pts 10 et 47-57). La Cour de justice a considéré comme étant sans pertinence, dans un arrêt de 2005, le territoire sur lequel le chiffre d'affaires est obtenu, que l'entité fournisse ses prestations sur le **territoire** du pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou ailleurs (CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2004, aff. C-340/04, Rec. 2006 p. I-4137, pt 67). Dans un arrêt ultérieur de 2009, elle a en revanche analysé la **portée géographique** et matérielle des activités de l'entité afin de savoir si celle-ci a une vocation de

marché rendant précaire le contrôle des collectivités publiques, en se référant tant à la première qu'à la seconde des conditions posées pour une activité *in house*. Elle a reconnu dans le cas d'espèce une situation *in house*, en se référant au fait que l'activité de l'entité était limitée au territoire des collectivités publiques actionnaires et était exercée essentiellement au bénéfice de celles-ci (CJCE, arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009 p. I-8127, pts 73-80 et 90).

75 La **Note 1** à l'annexe 4 à l'AMP exempte des règles spécifiques sur les marchés publics les marchés de **services** entre pouvoirs adjudicateurs, lorsque le prestataire de service est un **pouvoir adjudicateur** assujetti à l'AMP et qu'il bénéficie pour fournir ce service d'un **droit exclusif** « formel et transparent », *i. e.* fondé sur une disposition légale, réglementaire ou administrative publiée (pour un cas de collaboration intercommunale en vue du ramassage des ordures ménagères, voir TA VD, RDAF 2000, p. 123). La même exemption figure parmi les engagements pris par la Suisse au titre de l'Accord MP (Note 1 à l'Annexe VI à l'Accord MP) et à celui de la Convention AELE (Note 1 de l'Appendice 10 à l'Annexe R). L'exclusion est calquée sur celle prévue par les directives UE (art. 18 Directive classique 2004/18 ; art. 25 Directive secteurs 2004/17). Elle est justifiée par le fait qu'il n'y a pas de mise en concurrence possible en présence d'un droit exclusif. Un ministère espagnol peut ainsi confier, en dehors des règles de passation des marchés publics, la fourniture de services postaux réservés à Correos, l'unique prestataire du service postal universel (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 39-41). Lorsque le droit exclusif a été conféré par le biais de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, et à un pouvoir adjudicateur lui-même assujetti à l'AMP/Accord MP/Convention AELE, aussi bien la création de ce droit que les marchés de services attribués ensuite au prestataire exclusif sur la base de ce droit sont exemptés des règles sur la passation des marchés publics. Une exception doit être interprétée restrictivement. Il en résulte, premièrement, que l'exclusion ne vaut que pour les marchés de services, puisqu'elle n'est mentionnée dans les accords internationaux que dans l'annexe ou l'appendice relatif aux services (annexe 4 à l'AMP, annexe VI à l'Accord MP, appendice 10 à l'annexe R à la Convention AELE). Un marché de fournitures ou de travaux adjugé à un pouvoir adjudicateur, sur la base d'un droit exclusif, n'est pas exclu de ce seul fait du champ d'application des règles sur les marchés publics. Une exemption n'est possible dans ce dernier cas que si les conditions d'un marché *in house* sont remplies, *i.e.* que si le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ne constituent pas deux entités distinctes (sur l'inapplication de l'exception dans le cas d'un marché de travaux attribué à un pouvoir adjudicateur, voir CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 58-63 et 65-67 ; sur les marchés *in house*, *supra* N 68-74 ; en ce sens, CJCE, arrêt *Teckal Srl c/Comune di Viano* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pts 37-51). Deuxièmement, le droit exclusif doit avoir été accordé *ex ante*, *i.e.* sur une base générale prévue dans des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, qui confèrent à l'attributaire un droit exclusif portant sur l'objet du marché attribué (CJCE, arrêt *Termoraggi* du 10.04.2008, aff. C-323/07, non publié, pts 24-26). *A contrario*, lorsque la création du droit exclusif n'a pas eu lieu par voie formelle et transparente, mais par la « voie contractuelle » uniquement à l'occasion du marché public de services en cause (par exemple : contrat de droit administratif portant sur la fourniture d'un service spécifique par un autre pouvoir adjudicateur non *in house*, contrat de collaboration intercommunale dans un cas d'espèce, prise de participation du pouvoir adjudicateur dans une entreprise d'économie mixte dominée par des pouvoirs publics avec attribution simultanée

d'un marché de service à une telle entreprise), les marchés publics en découlant restent assujettis aux règles sur les marchés publics (COM [90] 372 final, pts 81 s.). Troisièmement, les directives de l'Union européenne exigent que le droit exclusif lui-même soit compatible avec les règles du traité, y compris – selon la Cour de justice – les dispositions de droit dérivé mettant en œuvre le traité. Aux termes de l'art. 106 § 1-2 TFUE, l'octroi d'un droit exclusif est justifié s'il est nécessaire afin de permettre à un opérateur d'un service d'intérêt économique général d'assurer ses tâches dans des conditions économiques acceptables (CJCE, *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96 du 18.06.1998, Rec. 1998, p. I-3949, pts 59 et 44). Alternativement, un monopole de services peut être justifié en droit de l'Union européenne soit par une dérogation expresse pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (art. 52 TFUE), soit par une autre exigence impérative d'intérêt public, applicable sans discrimination et conforme au principe de proportionnalité (CJCE, arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International* du 08.09.2009, aff. C-42/07, Rec. 2009, p. I-7633, pts 51-73). En l'absence de justification, un monopole de services constitue une restriction injustifiée à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services (art. 49 et 56 TFUE). Ainsi, un ministère espagnol ne peut pas attribuer sans mise en concurrence la fourniture de services postaux non réservés, en se prévalant d'une loi espagnole conférant au prestataire du service universel (Correos) le droit exclusif de fournir lesdits services aux administrations publiques. L'octroi du droit exclusif par la loi espagnole revenait en effet à étendre la liste des services réservés figurant dans la Directive 97/67/CE sur le marché intérieur des services postaux, ce que cette directive ne permet ni horizontalement (*i.e.* pour d'autres services non réservés), ni verticalement (*i.e.* pour certains clients comme l'administration) (CJCE, arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* du 18.12.2007, aff. C-220/06, Rec. 2007, p. I-12175, pts 64-69). Le droit exclusif conféré en l'espèce par la loi espagnole ne pouvait pas non plus être fondé sur l'art. 106 § 2 TFUE, car est déjà prise en compte dans le cadre de la Directive 97/67/CE la question de l'étendue nécessaire des services réservés pour que le service postal universel puisse être exercé dans des conditions économiquement acceptables (pts 78-82). A notre sens, cette troisième condition vaut aussi, *mutatis mutandis*, en droit suisse des marchés publics. Même si le législateur a renoncé, pour des raisons de constitutionnalité, à inclure dans la LMI une règle spécifique durcissant les justifications possibles des monopoles cantonaux et communaux, il n'en demeure pas moins que les cantons et communes ne peuvent octroyer de monopoles qu'à condition de respecter d'une part la liberté économique (art. 27, 36 et 94 Cst ; ATF 132 I 282, c. 3.3 ; ATF 128 I 3, c. 3.b), sous réserve des régales cantonales (Mess-rév.LMI, p. 431 s. ; AUER/MARTENET, Monopoles, N 28) et, d'autre part, les conditions d'attribution prévues à l'art. 2 VII LMI. Plus fondamentalement, il nous paraît difficilement soutenable à terme qu'un monopole cantonal ou communal, qui constitue un obstacle absolu à la libre prestation de services et la liberté d'établissement garantis par l'art. 2 LMI, puisse être justifié à des conditions plus permissives que celles prévues à l'art. 3 LMI pour de simples restrictions à ces libertés d'accès au marché intérieur.

La **Note 2** de l'annexe 4 à l'AMP, de même que la Note 2 à l'annexe VI de l'Accord MP et **76**
la Note 2 de l'appendice 10 à l'Annexe R de la Convention AELE, prévoient l'exclusion de certains marchés de **services** qui constituent des **transactions intra-groupes**, à savoir les marchés de services attribués à une entité liée ou à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise, et aux fins de la poursuite d'une **activité dans les secteurs EETT** (ZUFFEREY, Champ d'application, p. 158 s.). Dans ses engagements internationaux, la Suisse a calqué cette exclusion sur celle de l'ancienne Directive-

secteurs européenne (art. 13 § 1 en relation avec art. 1 pt 3 de l'ancienne Directive-secteurs 93/38/CEE), de sorte que l'exclusion s'y trouve limitée aux seuls marchés de services passés par des entités actives dans les secteurs EETT. Dans l'UE en revanche, l'actuelle Directive-secteurs 2004/17 a étendu le champ d'application de cette exclusion aussi aux marchés de fournitures et de travaux passés par des entités actives dans les secteurs (art. 23 Directive secteurs 2004/17). Les marchés de services exclus par les engagements internationaux conclus par la Suisse sont ceux attribués à une entité liée dont l'objet principal est de fournir des services au groupe auquel elle appartient, et non de vendre ses services sur le marché (COM [91] 347 final, du 6 novembre 1991, pts 20-24).

L'exemption porte sur « les marchés de services »
– qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée ; ou
– passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités [dans les secteurs EETT, à savoir au sens de l'Annexe 3 à l'AMP, ou au sens de l'art. 3 de l'Accord MP, ou au sens de l'art. 3 de l'Annexe R à la Convention AELE] auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices,

pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Lorsque le même service ou des services similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total résultant de la fourniture de services par ces entreprises ».

L'exclusion de certains marchés de services est donc limitée à trois points de vue. Premièrement, il faut que le marché soit attribué à une **entité liée**. Constitue une entité liée toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice, *ou* toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent, *ou* qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice *ou* qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (art. 23 § 1 art. 23 Directive secteurs 2004/17, dont le contenu correspond à l'art. 1 § 3 de l'ancienne Directive-secteurs 93/38/CEE). En deuxième lieu, l'exemption ne concerne que les marchés de **services passés par des entités actives dans les secteurs** EETT. Troisièmement, des **cautèles** ont été fixées afin d'éviter que cette exclusion ne provoque des **distorsions de la concurrence** au profit des entreprises ou coentreprises liées aux entités adjudicatrices, qui se voient ainsi réserver des opportunités de profits et/ou d'expérience. L'objet principal de l'activité de l'entité liée doit être de fournir des services au sein du groupe auquel elle appartient, et non pas de commercialiser ses services sur le marché. Une **activité commerciale marginale** reste permise, pour autant que les transactions intra-groupes constituent au moins 80 % du chiffre d'affaires de l'entité. Lorsque l'activité commerciale excède le seuil maximal de 20 %, les entreprises en cause perdent la possibilité de se voir attribuer des marchés sans mise en concurrence. De plus, la coentreprise doit être constituée exclusivement par des entités adjudicatrices. Enfin, pour prévenir le risque d'une *joint venture* constituée abusivement pour un seul contrat, une certaine stabilité des rapports entre la *joint venture* et les entités adjudicatrices est exigée, en ce sens que la coentreprise doit avoir été constituée pour poursuivre son activité pendant au moins trois ans et que les entités adjudicatrices qui la composent en fas-

sent partie intégrante pendant au moins la même période (COM [91] 347 final, du 6 novembre 1991, pt 23 ; 32e considérant du préambule de la Directive secteurs 2004/17). Comme pour la Note 1 (*supra* N 75), il nous paraît que l'exemption de la Note 2 doit être interprétée restrictivement et qu'elle ne vaut que pour les règles spécifiques sur les marchés publics contenues dans l'AMP/Accord MP/Convention AELE et transposées dans la LMP et l'AIMP.

e) Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

77 La notion de marché public implique la conclusion d'un contrat par un pouvoir adjudicateur, en vue de l'acquisition d'une prestation auprès d'une personne juridiquement distincte de ce pouvoir adjudicateur, en échange d'une rémunération. L'application du droit des marchés publics ou des concessions ne doit pas dépendre du **caractère privé, public ou mixte du co-contractant du pouvoir adjudicateur** (Commission, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM[2004] 327, pt 63). Les directives UE incluent dans la notion de soumissionnaires toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre des produits ou services sur le marché (art. 1 § 8 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 7 Directive secteurs 2004/17). En droit de l'Union, un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics (ou de mise en concurrence dans le cas d'une concession) au seul motif qu'il envisage d'attribuer le marché en question à une entité publique qui est elle-même un pouvoir adjudicateur. Les seules possibilités de renoncer à une procédure de passation de marché résultent soit de la jurisprudence, pour autant que l'entité réponde aux deux conditions cumulatives pour être assimilée à une entité *in house* par rapport au pouvoir adjudicateur (CJCE, arrêt *Teckal* du 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121, pt 51 ; arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pts 28 et 40 ; arrêt *Stadt Halle* du 11.01.2005, aff. C-26/03, Rec. 2005, p. I-1, pts 45-47 ; arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pt 62 ; arrêt *Sea* du 10.09.2009, aff. C-573/07, Rec. 2009, p. I-8127, pts 40-41), soit d'une des trois exceptions expressément prévues par les directives et qui concernent ou bien les marchés de services attribués à une entité titulaire d'un droit exclusif et qui est elle-même un pouvoir adjudicateur (art. 18 Directive classique 2004/18 ; art. 25 Directive secteurs 2004/17), ou bien les transactions intra-groupe dans les secteurs EETT (art. 23 Directive secteurs 2004/17), ou bien les acquisitions faites auprès ou par l'intermédiaire d'une centrale d'achat active pour des pouvoirs adjudicateurs [■■] (art. 1 § 10 et art. 11 Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 8 et art. 29 Directive secteurs 2004/17). Un Etat membre ne saurait exclure *a priori* et de manière générale du champ d'application de sa réglementation sur les marchés publics tout accord conclu entre administrations publiques, organismes et autres entités de droit public (CJCE, arrêt *Commission/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005, p. I-139, pts 37-40 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pt 33). L'attribution directe d'un marché, en-dehors de toute mise en concurrence, ne peut pas non plus être justifiée avec le seul argument que l'effet utile de la directive serait préservé dans les cas où l'adjudicataire est lui-même un pouvoir adjudicateur qui sera tenu de recourir aux procédures de passation de marchés publics pour tout marché subséquent (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 64-68). En revanche, la Cour de justice a infléchi sa jurisprudence en 2009 en admettant désormais qu'une « pure coopération interadministrative » peut, selon les circonstances spécifiques du cas d'espèce, ne pas tomber dans la notion de marché public assu-

jetti aux directives (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747 ; *infra* N 78). Afin de synthétiser la jurisprudence de la CJUE et d'éclaircir dans quelles conditions le droit de l'Union s'applique à une coopération public-public, les services de la Commission ont élaboré un document de travail (Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169).

78 L'assujettissement de principe au droit des marchés publics des **collaborations entre autorités publiques non *in house*** est remis en cause par l'arrêt *Commission/Allemagne*, rendu en grande chambre, concernant un contrat conclu sans appel d'offres entre quatre Landkreise de Basse-Saxe et les services de voirie de la ville de Hambourg et ayant pour objet l'élimination des déchets de toutes les parties contractantes dans une nouvelle installation de traitement thermique des déchets que la ville de Hambourg projetait de construire et de faire exploiter. Dès lors que les quatre Landkreise n'exerçaient de contrôle analogue ni sur leur cocontractant, à savoir les services de voirie de la ville de Hambourg, ni sur l'exploitant de l'installation thermique (une société non partie au contrat litigieux et dont le capital était partiellement constitué par des fonds privés), les conditions posées pour une exception *in house* n'étaient pas remplies (CJCE, arrêt *Commission/Allemagne* du 09.06.2009, aff. C-480/06, Rec. 2009, p. I-4747, pts 31 et 36). Néanmoins, le contrat a échappé au champ d'application des directives, en raison de son objet et de ses parties. En premier lieu, le contrat instaurait une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer une mission de service public, le traitement des déchets dans une installation la plus proche possible. La décision de la ville de Hambourg de construire une installation de traitement des déchets n'a été prise qu'après que la ville a obtenu l'engagement des quatre Landkreise d'y valoriser leurs déchets, ce qui permettait une exploitation de l'installation dans les conditions économiques les plus favorables. A l'inverse, si les quatre Landkreise avaient lancé un appel d'offres, les services de voirie de la ville de Hambourg n'auraient pas été en mesure de soumissionner, faute de disposer alors d'une capacité de valorisation des déchets (pts 26 et 37 s.). Deuxièmement, le contrat n'était conclu qu'entre autorités publiques, sans participation d'une partie privée. Les quatre Landkreise s'y engageaient à livrer leurs déchets à l'usine d'incinération et à mettre en retour à disposition de la ville de Hambourg des capacités de mise en décharge. Le prix des services d'élimination des déchets était payé directement par les services de voirie de Hambourg à l'exploitant de l'installation, les Landkreise remboursant ensuite aux services de voirie leur part des charges. Ainsi, le contrat ne prévoyait ni ne préjugeait, selon la Cour, la passation des marchés nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'usine d'incinération (pts 39-44). Ce deuxième argument peine à convaincre pour ce qui est de l'exploitation de l'usine, dans la mesure où les Landkreise s'engageaient à y faire traiter leurs déchets et à rembourser le prix correspondant, même si l'engagement était pris envers les services de voirie de la ville de Hambourg plutôt que directement envers l'exploitant privé de l'installation. Troisièmement, la coopération en cause n'aurait pas relevé du droit des marchés publics si les collectivités publiques avaient créé un organisme de droit public qu'elles auraient chargé de la mission d'intérêt général d'élimination des déchets. Or, des autorités publiques sont libres d'accomplir leurs missions de service public soit par leurs propres moyens (sans faire appel à des entités externes), soit en collaboration avec d'autres autorités publique (sans obligation de recourir à une forme juridique particulière). Dès lors que la coopération en cause visait uniquement la poursuite d'objectifs d'intérêt public et qu'elle ne plaçait aucune entreprise privée dans une situation

privilégiée par rapport à ses concurrents, elle ne constituait pas un montage visant à contourner ou à remettre en cause les objectifs poursuivis par les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres (pts 45-48). L'arrêt de la Cour nous paraît largement reposer sur ce troisième argument, ajouté au fait que la coopération visait la poursuite d'un service d'intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables, et à la considération implicite que la sélection ultérieure des entreprises de construction et (surtout) du partenaire privé chargé de l'exploitation de l'usine d'incinération ferait nécessairement l'objet de marchés publics passés par les services de voirie de la ville de Hambourg. La DG Marché intérieur de la Commission européenne a élaboré un document de travail afin de tenter de clarifier l'application du droit de l'Union aux coopérations public-public (Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs [« coopération public-public »], SEC[2011] 1169).

De même, le **droit suisse** ne permet pas non plus, à notre sens, d'écarter de manière générale la réglementation sur les marchés publics, y compris l'art. 5 LMI, lorsqu'un marché est passé entre deux pouvoirs adjudicateurs. Premièrement, l'exclusion expressément prévue par les accords internationaux pour les marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur et qui bénéficie d'un droit exclusif (Note 1 à l'Annexe VI de l'Appendice I à l'AMP ; Note 1 à l'Annexe VI à l'Accord MP ; Note 1 de l'Appendice 10 à l'Annexe R de la Convention AELE ; *supra* N 75) ne ferait aucun sens si tous les marchés attribués à un autre pouvoir adjudicateur étaient exclus de la notion de marchés publics. Les « Notes générales et dérogations aux dispositions de l'art. III » annexées par la Suisse à l'Appendice I à l'AMP, et qui contiennent plusieurs exclusions générales, ne font pas non plus mention des marchés passés entre pouvoirs adjudicateurs. Deuxièmement, le Tribunal fédéral n'a jamais exclu l'application du droit des marchés publics pour la seule raison que le co-contractant serait aussi un pouvoir adjudicateur. Dans la définition des marchés publics, entendus comme « l'ensemble des contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures de constructions ou de services », le Tribunal fédéral a toujours maintenu entre parenthèses la qualification « privés » des soumissionnaires (ATF 125 I 209, c. 6b ; ATF 135 II 49, c. 4.2). La seule circonstance qu'une collaboration entre pouvoirs adjudicateurs pourrait prendre la forme d'un contrat de droit administratif plutôt que de droit privé ne devrait pas non plus suffire à elle seule à exclure qu'il s'agisse d'un marché public, en raison du caractère mouvant de la distinction entre délégation de tâche publique (effectuée par contrat de droit administratif) et *blosse Hilfstätigkeit* (activité par laquelle l'Etat se procure des fournitures ou services dont il a besoin pour réaliser ses tâches publiques, et qui est effectuée par contrat de droit privé) (ATF 134 II 297, c. 2-3). Troisièmement et surtout, l'art. 94 Cst prévoit que la production de biens et la prestation de services sur le marché incombent en principe à l'économie privée. Les unités administratives fédérales ne peuvent ainsi fournir de prestations commerciales à des tiers que si une loi les y autorise (art. 41 et 41*a* de la *Loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération*; LFC [RS 611.0]). Sont considérés comme tiers les cantons et communes, les Etats étrangers, les organisations internationales, les entreprises liées à la Confédération (RUAG, CFF, Swisscom, etc.) ainsi que les opérateurs privés. En revanche, des prestations peuvent être directement fournies, sans base légale, aux autres unités de l'administration fédérale centrale ou décentralisée ainsi qu'au Parlement fédéral et aux tri- **79**

bunaux fédéraux, dès lors qu'il ne s'agit pas de tiers (cf. le Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LFC, FF 2009 p. 6537 s.). La règle des art. 41 et 41*a* LFC consacre en substance l'exception *in house*. Elle s'en écarte toutefois en ce qu'elle permet des attributions « externes » sans mise en concurrence, lorsqu'une base légale le prévoit. Les relations entre entités fédérales et cantonales ou entre des entités de cantons différents ou de municipalités différentes sont des relations entre tiers, qui ne répondent en règle générale pas aux deux conditions de l'exception *in house*, faute de contrôle analogue (*supra* N 77 s.). L'attribution sans mise en concurrence d'un marché public passé par un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal à un autre pouvoir adjudicateur constitue une restriction à l'accès au marché pour les opérateurs privés de la possibilité de soumettre une offre, en violation de l'art. 5 LMI, des règles spécifiques sur les marchés publics, ainsi que des art. 27 et 94 Cst (voir en ce sens Beyeler, In-house, pour qui la neutralité concurrentielle est le critère déterminant, p. 66 N 109, mais qui admet assez largement un « privilège instate », p. 81-92). Sont réservés les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur co-contractant remplit les conditions de l'exception *in house* (par exemple une entité fondée par plusieurs communes, sans aucune participation d'un opérateur privé, et ayant pour tâche essentielle de fournir des services de traitement des déchets ou des eaux usées aux seules communes qui la contrôlent), les cas de « pure coopération inter-administrative » au sens de l'affaire *Commission/Allemagne* précitée (*supra* N 78), ainsi que les autres exceptions expressément prévues par les accords internationaux en matière de marchés publics.

2. Types de marchés publics

a) Types de marchés

80 L'art. 5 LMI a un champ d'application très large qui couvre tous les marchés de **fournitures**, de **travaux** et de **services**, **quel que soit leur type** *(« Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten »*; *« acquisti, prestazioni di servizi e lavori di costruzione »*; *« supplies, services and works contracts »)*. Les **fournitures** sont des biens mobiliers ; le marché peut notamment consister en un contrat de vente, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer ou de location-vente (art. I § 2 AMP), de sorte qu'il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire de ces biens. L'assujettissement de **tous les types de services** à l'art. 5 LMI constitue l'un des traits les plus marquants de cette disposition. Sur ce point, la couverture assurée par l'art. 5 LMI est identique à celle prévue par l'art. 6 I/c et III AIMP, depuis la révision de 2001. L'art. 5 LMI va également plus loin que les conventions de réciprocité existant entre certains cantons, qui ne couvrent que les marchés de travaux et de fournitures (ou des seules fournitures en relation avec les travaux). L'assujettissement de tous les services à l'art. 5 LMI et à l'AIMP va au-delà de la couverture prévue par la LMP pour les marchés publics fédéraux, qui ne vise qu'une liste exhaustive de services résultant des engagements pris par la Suisse dans le cadre des accords internationaux, en premier lieu desquels l'AMP (art. 5 I/b LMP, art. 3 II OMP et annexe 1*a* à l'OMP ; ATF 125 II 86, c. 1c ; ATAF 2008/48, c. 2.3 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, N 126-135). La liste de services couverts par l'annexe 4 de l'Appendice I à l'AMP – comme celle visée par l'Accord MP (art. 3 § 6-7 Accord MP et annexe VI à l'Accord MP) et par la Convention AELE (art. 4 de l'Annexe R et Appendice 10 à l'Annexe R à la Convention AELE) – est basée, par l'intermédiaire du document MTN.GNS/W/120, sur la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par l'ONU en 1988 (<http ://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp ?Cl=9&Lg=2> ; cf. la note de F. Bellanger in : DC 2000/4, p. 123 s.). Pour interpréter la liste des services

assujettis aux accords internationaux et à la LMP, la jurisprudence se réfère de manière constante au CPCprov (ATAF 2008/48, c. 3.4 et la jurisprudence antérieure citée). Au niveau fédéral, les autres services non expressément énumérés dans les accords internationaux sont exclus du champ d'application de la loi, mais ils relèvent du chapitre 3 de l'OMP (art. 32/a/2 OMP ; ATAF 2008/48, c. 2.2 et 2.3 ; FETZ, Beschaffungsrecht, p. 165 N 68). La différence pratique consiste en ce que ces autres marchés de services ne peuvent faire l'objet d'un recours (art. 2 III LMP ; art. 39 OMP). La **distinction entre fournitures et services** est le plus souvent évidente. Dans l'UE, l'acquisition d'un logiciel standard est un marché mixte de fournitures et de services, dont les fournitures sont l'élément prépondérant (CJCE, arrêt *Lämmerzahl* du 11.10.2007, aff. C-241/06, Rec. 2007, p. I-8415, pt 38). En revanche, le TAF a considéré, sans examiner la question de l'élément prépondérant, que l'acquisition de logiciels Microsoft pour PC et serveurs, y compris la maintenance et le support, est un marché de services (TAF, arrêt du 06.07.2010, B-3402/2009, c. 1.1). Dans le cadre d'un marché passé par une caisse publique d'assurance maladie pour la confection et la fourniture de chaussures orthopédiques adaptées individuellement aux besoins des patients, la Cour de justice a considéré que la notion de produit comprend aussi la confection du produit, que celui-ci soit mis à disposition des consommateurs déjà prêt ou après être fabriqué et adapté individuellement en fonction des besoins de chaque client (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 60-66).

b) Marchés mixtes

81 L'AMP, l'Accord MP, la Convention AELE, la LMP ou l'AIMP ne contiennent aucune règle relative à la délimitation entre les divers types de marchés. La question du rattachement est importante puisque les seuils internationaux – et en conséquence la notion de « marché de grande importance » déclenchant une obligation de mise en concurrence selon l'art. 5 II LMI – varient selon les catégories. Lorsqu'un **marché mixte** conjugue des éléments relevant à la fois des fournitures et des services ou des travaux, et pour autant que les prestations attendues des soumissionnaires soient **indissociables**, le rattachement se fait selon l'**élément prépondérant**. Il faut identifier l'objet principal du marché et le distinguer des prestations accessoires. Ensuite, la totalité du marché est passée selon les règles applicables à son élément prépondérant. Ainsi, la CJUE considère qu'un contrat mixte qui porte à la fois sur l'exécution de travaux et une cession de biens ne relève pas du champ d'application des règles sur les marchés publics de travaux si l'exécution de ceux-ci présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens (CJCE, arrêt *Gestion Hotelera International c/Comunidad Autónoma de Canarias e.a* du 19.04.1994, aff. C-331/92, Rec. 1994, p. I-1329, pts 19 ss, 23 ss et 29). A l'inverse, si certains éléments d'une opération complexe sont **dissociables**, il convient de considérer séparément ces éléments afin de déterminer les règles de passation de marché éventuellement applicables. Cette analyse différenciée des contrats mixtes, selon qu'ils contiennent des éléments indissociables ou dissociables, est aussi suivie par le Tribunal fédéral, qui a considéré que la fourniture et la gestion d'un système de vélos en libre-service constitue un marché public (de fournitures et de services) parfaitement dissociable de la concession d'affichage sur le domaine public en ville de Genève et qui, au vu de sa nature de son importance, ne peut être assimilé à une simple prestation accessoire à la concession (ATF 135 II 49, c. 5.2).

– Suivant une solution eurocompatible, le marché sera qualifié globalement de marché de **fournitures** lorsque la valeur de celles-ci est supérieure à celle des **services**. Dans le

cas inverse, il sera qualifié de marché de services (JAAC 1999/63 n° 15, c. 1d ; TAF, arrêt du 08.11.2007, B-5084/2007, c. 1.2 ; art. 1 § 2 pt d/II Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2 pt d/II Directive secteurs 2004/17 ; CJCE, arrêt *Carbotermo et Consorzio Alisei* du 11.05.2006, aff. C-340/04, Rec. 2006, p. I-4137, pt 31 ; arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 60-63 concernant la confection et la fourniture de chaussures orthopédiques adaptées individuellement aux besoins des patients et les conseils individualisés ; arrêt *Termoraggi* du 10.04.2008, aff. C-323/07, non publiée, pts 15-16 concernant la fourniture de combustibles et l'entretien d'installations de chauffage ; CLERC, Marchés, p. 405). Dans l'UE, l'acquisition d'un logiciel standard est un marché mixte de fournitures et de services, dont les fournitures sont l'élément prépondérant (CJCE, arrêt *Lämmerzahl* du 11.10.2007, aff. C-241/06, Rec. 2007, p. I-8415, pt 38). En revanche, le TAF a considéré, sans examiner la question de l'élément prépondérant, que l'acquisition de logiciels Microsoft pour PC et serveurs, y compris la maintenance et le support, est un marché de services (TAF, arrêt du 06.07.2010, B-3402/2009, c. 1.1).

– Si un pouvoir adjudicateur attribue par des marchés distincts les **travaux** et les **services** (d'ingénierie, d'architecture) destinés à la réalisation d'un même ouvrage, ces derniers constituent en principe des marchés de services distincts. Ce n'est que si un pouvoir adjudicateur attribue conjointement la conception et l'exécution de l'ouvrage (contrat d'entreprise totale) que les prestations de services peuvent être englobées dans le marché de travaux (JAAC 1999/63 n° 16, c. 1a). Dans le cas de contrats complexes à caractère mixte, qui contiennent à la fois des éléments ayant trait à un marché public de **travaux** ainsi que des éléments ayant trait à un **autre type** de marché, c'est l'**objet principal du contrat** qui détermine les règles applicables à l'opération dans son ensemble. L'objet principal est déterminé dans le cadre d'un examen objectif d'ensemble, au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat ; le montant respectif des différentes prestations en présence n'est qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte et il ne saurait constituer le critère exclusif. La détermination selon l'objet principal du marché vise à éviter que l'application des règles sur les marchés publics ne soit contournée dans les cas où la valeur des travaux, bien qu'accessoire, représente plus de 50 % du prix total, ce dernier restant inférieur au seuil (élevé) retenu pour l'assujettissement des marchés de travaux à une procédure avec mise en concurrence (art. 1 § 2 pt d/III et c. 10 du préambule de la Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2 pt d/III et c. 16 du préambule de la Directive secteurs 2004/17 ; CJCE, arrêt *Commission/Italie* du 21.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619, pts 46-51 ; CJUE, arrêt *Commission/Espagne* du 26.05.2011, aff. C-306/08, non encore publié, pts 90-98). Ainsi, la réalisation par une entreprise d'un pôle de loisirs dont certains ouvrages seraient ensuite cédés soit à la ville de Roanne (parc de stationnement, voies d'accès, espaces publics), soit à des tiers (multiplexe cinéma, locaux commerciaux, hôtel) a été globalement qualifiée de marché public de travaux, dès lors que les éléments de services prévus par la convention (acquisition foncière initiale, recherche de fonds, organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie, commercialisation des bâtiments) étaient accessoires à l'achèvement de l'ouvrage (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 36-41, 46). La Cour a qualifié de marché de travaux une « opération à trois » complexe entre Köln-Messe GmbH, une société d'investissement et la ville de Cologne, car l'objectif primaire était l'édification de quatre halles d'exposition conformément aux besoins précisés par la

ville, et non pas le contrat de location conclu pour 30 ans entre la société d'investissement (bailleur) et la ville de Cologne, indépendamment du fait que les coûts de construction et la valeur actualisée des loyers étaient *grosso modo* équivalents ; de plus l'opération formait un tout indissociable, car la construction des halles n'aurait pas eu de raison d'être sans le contrat de location, et car ce dernier n'aurait pu avoir d'existence autonome sans la future construction des ouvrages (CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne* du 29.10.2009, aff. C-536/07, Rec. 2009, p. I-10355, pts 56-63 et 26-29). Dans l'affaire *Club Hotel Loutraki*, un contrat mixte comprenait un premier volet de « vente d'actions » portant sur la cession par l'Etat de 49 % des actions détenues dans un casino à l'adjudicataire, un deuxième volet « services » par lequel l'adjudicataire assumait la gestion de l'entreprise de casino moyennant une rémunération perçue sur le bénéfice d'exploitation, et un troisième volet « travaux » consistant à améliorer les locaux du casino, de l'hôtel adjacent et de l'espace environnant. La Cour a jugé que le contrat mixte constitue un tout indivisible, car il s'inscrit dans une opération de privatisation partielle d'un casino et fait l'objet d'un appel d'offres unique, avec la volonté de conclure avec un partenaire unique disposant de la capacité financière et de l'expérience professionnelle en matière d'exploitation de casino un contrat portant sur les trois volets. Ce contrat dans son ensemble n'est pas soumis aux règles sur les marchés publics, car son objet principal est le volet « vente d'actions » : le revenu tiré de la qualité d'actionnaire paraît nettement plus important que la rémunération obtenue comme prestataire de services, et il le sera sans limite de temps alors que l'activité de gestion du casino arrivera à échéance après 10 ans (CJCE, arrêt *Club Hotel Loutraki e.a.* du 06.05.2010, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, Rec. 2010, p. I-4165, pts 47-62).

– Lorsqu'un marché passé par un pouvoir adjudicateur fédéral combine **plusieurs services**, en partie soumis et en partie non soumis à la liste exhaustive annexée aux accords internationaux, il convient d'abord de rechercher si ces services sont indissociables, rendant ainsi impossible une scission du marché entre services assujettis et non assujettis, ou si leur combinaison dans un seul et même marché vise à contourner l'application des règles sur les marchés publics au marché dans son entier. En présence de services indissociables, l'entier du marché sera passé selon les règles applicables au service dont la valeur est prédominante (TAF, arrêt du 27.08.2010, B-3060/2010, c. 4.2-4.6 ; ATAF 2008/48, c. 4.3-4.9 ; CRM, arrêt du 17.03.2004, CRM/003-025, c. 1e ; CJCE, arrêt *Felix Swoboda* du 14.11.2002, aff. C-411/00, Rec. 2002 I, p. 10567, pts 47-58). Cette dernière problématique concerne plutôt les marchés fédéraux, dès lors que l'AIMP assujettit désormais tous les types de services (art. 6 I/c AIMP).

3. Valeur des marchés

L'art. 5 I LMI s'applique à tous les marchés, **indépendamment** de leur **valeur**. Au moment de son adoption, cette disposition visait à étendre la réalisation du marché intérieur suisse à tous les marchés publics, afin d'achever l'œuvre seulement partiellement réalisée par la première version de l'AIMP du 25.11.1994, qui ne visait que les marchés d'une valeur supérieure aux seuils repris de l'AMP (Mess-LMI, p. 1249 ; interventions de J.-M. Gros in : BO CN 1995 p. 1148, V. Spoerry in : BO CN 1995 p. 1149, E. Ledergerber in : BO CN 1995 p. 1151, E. David in : BO CN 1995 p. 1152, R. Strahm in : BO CN 1995 p. 1153, J.-P. Delamuraz in : BO CN 1995 p. 1154 s., BO CE 1995 872 s. ; Weber, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; Lang, Binnenmarkt, p. 20 et 25 ; Zwald, BGBM, **82**

N 107 ; ATF 125 II 86, c. 1c). Depuis la révision du 15 mars 2001 adoptée notamment en vue de concrétiser l'obligation de non-discrimination de l'art. 5 LMI, l'AIMP s'applique à tous les marchés publics, indépendamment de leur valeur. Les valeurs seuils définies à l'art. 7 AIMP et aux Annexes 1-2 AIMP ne déterminent désormais plus le champ d'application de l'AIMP ; en revanche, les seuils jouent toujours un rôle pour le choix de la procédure de passation applicable dans chaque cas d'espèce, la provenance (exclusivement suisse ou aussi étrangère) des soumissionnaires admis à participer (Message-type AIMP, ad art. 7 et 9 ; Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270 ss), ainsi que la recevabilité du recours au niveau cantonal (ATF 131 I 137 et la critique de cette jurisprudence sous LMI 9 N 49 s.) et du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 83/f LTF ; cf. LMI 9). Le mode de calcul de la valeur du marché est traité en relation avec les marchés de grande importance (*infra* N 176-179).

83 A titre de comparaison, les règles de passation des **marchés de niveau fédéral** s'étendent à tous les marchés, indépendamment de leur valeur : la LMP s'applique aux marchés d'un montant supérieur aux seuils de l'AMP et les dispositions autonomes du chapitre 3 de l'OMP règlent les marchés d'un montant inférieur à ces seuils (art. 32/a/1 OMP).

84 La valeur du marché joue toutefois un rôle pour l'**obligation de publication** qui n'est statuée, à l'art. 5 II LMI, que pour les marchés « de grande importance » (*infra* N 168-180). En outre, le Tribunal fédéral a considéré conforme à l'art. 9 LMI l'exclusion de tout **recours cantonal** contre un marché public dont la valeur est inférieure aux seuils prévus dans les accords internationaux et qui a été attribué selon la procédure de gré à gré ; sont réservés les cas où la procédure de gré à gré a été utilisée de manière illégale et ceux où les dispositions légales ou la pratique cantonale ont un objet discriminatoire visant à exclure les soumissionnaires extérieurs (ATF 131 I 137).

4. Pouvoirs adjudicateurs visés

85 L'art. 5 LMI s'applique aux marchés « des **cantons**, des **communes** et des **autres organes assumant des tâches cantonales et communales** ».

86 Selon une interprétation systématique de l'art. 5 LMI, la formule « des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales » correspond à celle utilisée à l'art. 2 II LMI et à l'art. 11 I LMI, à la différence toutefois que ces deux dernières dispositions visent plus généralement les « autres organes assumant des tâches publiques ». La restriction opérée par l'art. 5 LMI aux seules « tâches cantonales ou communales » s'explique par la volonté historique du législateur : alors que l'avant-projet du Conseil fédéral les y soumettait, les marchés publics passés par des **pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral** ont été **exclus** de l'art. 5 LMI suite aux résultats de la procédure de consultation (Mess-LMI, p. 1230 s. et 1234 ; Cottier/Wagner, BGBM, p. 1587 ; Clerc, Marchés, p. 436 s. ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, p. 18 ; Fetz, Beschaffungsrecht, N 27, p. 488 s. ; d'un autre avis isolé, Ulrich, Öffentliche Aufträge, p. 156 s.). L'inapplicabilité de la LMI est justifiée par le principe de la *lex specialis*. Les réglementations fédérales spéciales en matière de marchés publics prévoient déjà que tous les marchés publics de niveau fédéral doivent être passés dans le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Pour les marchés publics tombant dans le champ d'application de l'AMP, l'art. 8 I/a LMP prévoit l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers ainsi que des soumissionnaires suisses, respectivement étrangers, entre eux (voir aussi art. 1 II LMP ; Mess-2 GATT, p. 1226 ; Galli/Lehmann/Rechstei-

NER, Beschaffungswesen, p. 61). L'égalité de traitement des soumissionnaires suisses entre eux est une réglementation autonome, qui va au-delà de la transposition de l'AMP. Elle fait partie des mesures de revitalisation du marché intérieur (Mess-2 GATT, p. 1218) et est au surplus exigée par l'art. 27 Cst qui prescrit l'égalité de traitement des soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse II, N 986-989 ; ATF 119 Ia 35, c. 2 ; RHINOW, Art. 31 aCst, N 92-94 et 176-185). Les principes prévus à l'art. 8 LMP sont étendus par l'art. 2 III, 3 LMP aux autres marchés fédéraux non soumis à l'AMP et réglés de manière autonome par le chapitre 3 de l'OMP. De surcroît, la relation de spécialité entre les art. 2 et 5 LMI (*supra* N 3) implique que, dès lors que l'accès aux marchés publics fédéraux n'est pas garanti par l'art. 5 LMI, il ne peut pas non plus être déduit de la règle générale de l'art. 2 LMI.

Par **« cantons »** *(« Kantone »*; *« Cantoni »*; *« cantons »)* et **« communes »** *(« Gemeinden »*; **87**
« Comuni »; « local *authorities*»), on entend les autorités publiques et l'administration cantonale, respectivement communale. Depuis la révision de l'AIMP de 2001, le champ d'application de l'accord intercantonal et de l'art. 5 LMI sont expressément harmonisés en ce qui concerne les cantons et les communes. La controverse sur l'assujettissement des communes à l'AIMP dans sa version initiale de 1994 est ainsi résolue (Message-type AIMP, ad art. 1, p. 13). La formulation de l'ex-art. 8 I/b AIMP (version initiale 1994) suggérait un assujettissement obligatoire des communes, mais sujet à une réserve de réciprocité ; elle ne correspondait pas à la volonté des auteurs de l'AIMP qui avaient voulu un assujettissement optionnel des communes au libre choix des cantons (interventions de R. STRAHM in : BO CN 1995 p. 1153 s. et J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995 p. 1154 s. ; BO CE 1995 p. 872 s. ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; CLERC, Marchés, p. 423 ; LANG, Binnenmarkt, p. 22). Au surplus, une réserve de réciprocité violait l'art. 5 LMI (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 68 s. ; sur une disposition correspondante dans le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics, DPC 1998/2, p. 336, ch. 11-15 ; sur le projet de révision de l'AIMP du 25. 03. 1998, DPC 1998/2, p. 329, ch. 9-12). Sans examiner spécifiquement cette question, le Tribunal fédéral a admis un assujettissement général des communes au titre de l'ex-art. 8 I/b AIMP (ATF 125 II 86, c. 1d). L'art. 8 I/a AIMP dans sa version actuelle (révisée en 2001) a codifié la jurisprudence, a assuré la conformité avec l'art. 5 LMI et a transposé l'Accord MP par lequel la Suisse s'était engagée à soumettre les marchés communaux à l'AMP (*supra* N 28 et 31). Les autorités publiques au niveau des **districts** sont implicitement aussi visées par l'art 5 LMI, dès lors que celui-ci assujettit le niveau supérieur (canton) et inférieur (commune). De plus, dès lors que les marchés publics des districts ont été soumis à l'AMP (annexe 2 de l'Appendice I) en exécution de l'art. 2 de l'Accord MP, l'absence d'ouverture interne de ces marchés constituerait une discrimination à rebours prohibée par l'art. 6 I LMI.

Les **groupements** formés de plusieurs collectivités publiques ou autorités cantonales et/ou **88**
communales et/ou d'autres organes assumant des tâches publiques cantonales ou communales sont, à notre sens, soumis tant à l'art. 5 LMI qu'à l'art. 8 AIMP, même s'ils n'y sont pas expressément mentionnés. Premièrement, l'Annexe 2 à l'AMP s'applique aux « autorités publiques cantonales, aux organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel, et aux autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes ». Les pouvoirs publics sont définis dans la première note de bas de page de l'Annexe 3 à l'AMP comme comprenant notamment « les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités [territoriales] ou de ces organismes de droit public ». Compte tenu de l'interdiction d'une discrimination à rebours prévue à l'art. 6 I LMI, les marchés publics passés par de tels groupements ne peuvent être

ouverts aux seuls soumissionnaires des Etats parties à l'AMP, tout en restant fermés aux soumissionnaires établis en Suisse. Ces groupements sont ainsi indirectement soumis au respect de l'art. 5 LMI. Deuxièmement, même si de tels groupements ne sont pas mentionnés dans l'art. 8 I/a AIMP, ils sont en tous cas inclus par la formule générale de l'art. 8 I/d AIMP qui vise « les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur ». Au surplus, la règle de conflit de l'art. 8 III AIMP, qui désigne le droit applicable en cas de marché passé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou par une organisation commune, serait dépourvu de toute portée si de tels groupements n'étaient pas assujettis. Troisièmement, le droit des marchés publics serait éludé s'il suffisait aux pouvoirs adjudicateurs de former entre eux un groupement pour que le marché passé par un tel groupement échappe à tout assujettissement. Dès lors que les pouvoirs adjudicateurs soumis aux accords internationaux sont définis de manière fonctionnelle, le terme d'« association » devrait comprendre tout groupement, quelle que soit sa forme juridique ou sa nature (de droit public ou de droit privé), sous peine de fraude à la loi. Les définitions figurant dans l'Annexe 3 à l'AMP déposées par la Suisse prévoient ainsi un assujettissement tant des « associations », qui sont incluses dans la définition des « pouvoirs publics », que des « organismes publics » dotés d'une personnalité juridique, que celle-ci soit de droit public ou de droit privé (*contra* TA GE, SJ 2008, p. 33 qui refuse l'assujettissement à l'AIMP du partenariat romand pour les achats informatiques ; voir aussi la note critique de F. Bellanger, SJ 2008, p. 42 ss ; dans ce sens également, Poltier, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116). Quatrièmement, dès lors que l'assujettissement de tels groupements découle de l'AMP pour les marchés soumis aux accords internationaux, il s'étend également aux marchés publics non soumis à ces accords (les « marchés internes »), du fait de l'extension prévue par la formule « en outre » utilisée à l'art. 8 II *i.i.* AIMP. Cinquièmement, lorsqu'un partenariat public-public revêt une forme institutionnalisée, c'est-à-dire qu'il prend la forme juridique d'une association ou d'une autre personne morale, il remplit le plus souvent les conditions d'un « organisme de droit public » assujetti aux Annexes 2 et 3 à l'AMP. Lorsque le groupement de collectivités publiques repose uniquement sur une base contractuelle, il constitue une simple addition de pouvoirs adjudicateurs, eux-mêmes tous assujettis.

89 La détermination des **« organes assumant des tâches cantonales et communales »** *(« andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben »*; *« altri enti preposti a compiti cantonali o comunali »*; *« other authorities responsible for cantonal or local functions »)*, *i. e.* des « organes assumant des tâches publiques » (art. 2 II LMI et 11 I LMI) et qui relèvent de la compétence des cantons ou des communes, doit être effectuée de cas en cas. Il s'agit d'un concept éminemment indéterminé (Zwald, BGBM, p. 441, N 117 ; Poltier, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1117 ; Stöckli, Geltungsbereich, p. 58). La détermination est d'abord le fait des législations cantonales et communales, puis celui de la jurisprudence. Il importe peu que l'organisme en cause revête une forme de droit public ou de droit privé (Zwald, BGBM, N 118 ; Poltier, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1117 ; Message-type AIMP, ad art. 8, p. 20 ; Zwald, BGBM, p. 441, N 118). La définition des pouvoirs adjudicateurs assujettis aux règles internationales, fédérales, intercantonales et cantonales sur les marchés publics peut fournir des éléments d'interprétation utiles de la notion d'« organes assumant des tâches publiques, cantonales ou communales », car l'art. 5 LMI régit aussi les marchés publics et a été adopté simultanément à ces règles. En raison de l'interdiction de discrimination à rebours de l'art. 6 I LMI, la notion recouvre en tous cas les **pouvoirs adjudicateurs soumis aux accords internationaux** conclus par la Suisse, à savoir les « organismes de droit public » (*infra* N 93-104), les entreprises publiques ainsi que les « entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs » (*infra* N 105-107), selon la

terminologie utilisée par l'AMP, l'Accord MP et la Convention AELE. Cette terminologie ayant son origine dans les directives de l'UE en matière de marchés publics, la jurisprudence de la CJUE précisant la délimitation de ces différents termes peut servir d'aide à l'interprétation (BIAGGINI, Abkommen, p. 719 ss ; ZWALD, BGBM, p. 441, N 119 ; POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1110). En vue de donner plein effet aux directives en matière de marchés publics, la Cour de justice considère de manière constante que la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une **interprétation fonctionnelle** (CJCE, arrêt *Beentjes* du 20.09.1998, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pt 11 ; arrêt *Commission c/Irlande* du 17.12.1996, aff. C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565, pt 36 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 62 ; arrêt *Commission/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 41-43 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 73 ; arrêt *Commission/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005, p. I-139, pt 27 ; arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pt 36-39 ; *infra* N 94). Selon cette interprétation, le libre accès au marché serait compromis si l'application de l'art. 5 LMI devait être exclue du seul fait qu'un marché est passé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches publiques, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'Etat. En conclusion, les pouvoirs adjudicateurs qui entrent dans le champ d'application des accords internationaux en matière de marchés publics conclus par la Suisse et qui relèvent sur le plan interne de la compétence des cantons ou communes, sont également soumis à l'art. 5 LMI, que ce soit directement sur la base du texte même de cette disposition ou indirectement en raison de l'interdiction de discrimination à rebours de l'art. 6 I LMI. Ils sont aussi tous assujettis à l'AIMP, soit pour les marchés « internationaux » en raison de leur type et de leur valeur sur la base de l'art. 8 I AIMP (et en particulier l'art. 8 I/d AIMP), soit pour les marchés « internes » en raison de la formule « en outre » de l'art. 8 II AIMP qui implique un renvoi et une adjonction par rapport aux pouvoirs adjudicateurs de l'art. 8 I AIMP (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116).

Est en revanche controversée la question de savoir si la formule **« organes assumant des tâches cantonales et communales »** implique que l'art. 5 LMI assujettit, pour les **marchés « internes »**, d'autres pouvoirs adjudicateurs qui ne sont visés ni par les accords internationaux, ni par l'art. 8 AIMP. En pratique, la question concerne les entités qui ne sont pas des « organismes de droit public » au sens de la définition retenue par les accords internationaux (en particulier les Annexes 2 et 3 à l'AMP), elle-même reprise des directives de l'Union européenne en matière de marchés publics, soit parce que l'entité en cause n'est pas dominée par des pouvoirs publics de niveau cantonal ou communal, soit – surtout – parce que cette entité exerce une activité d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial (sur la définition de l'organisme de droit public, voir *infra* N 93-104). Il s'agit en d'autres termes de déterminer la conformité à l'art. 5 LMI de la règle de l'art. 8 II/a *i.f.* AIMP qui exclut de l'assujettissement les **activités à caractère commercial ou industriel** (Message-type AIMP, ad art. 8, p. 19-20 dont il ressort clairement que l'assujettissement des entités exerçant une tâche publique est identique, que le marché soit ou non soumis aux accords internationaux ; d'un avis différent, STÖCKLI, Geltungsbereich, p. 58 s.). Ne sont pas concernées par cette controverse les entités actives dans les secteurs EETT, car les accords internationaux conclus par la Suisse incluent dans leur champ d'application les « entreprises publiques » dont l'activité peut aussi avoir un caractère industriel ou commercial, et les « entités privées » titulaires d'un droit spécial ou exclusif. Les marchés – même purement internes en raison de leur type ou de leur valeur – passés par ces entités EETT sont soumis à l'AIMP par le jeu combiné de l'art. 8 I AIMP **90**

auquel renvoie l'art. 8 II AIMP avec la formule « en outre » (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1116). La question de savoir si des « organes assumant des tâches cantonales et communales de nature industrielle ou commerciale » sont visés par l'art. 5 LMI concerne notamment les banques cantonales, les assurances cantonales des bâtiments, les caisses de pension publiques ou les entités organisant des foires et expositions (LANG, Binnenmarkt, p. 23 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7). La même question se pose pour une société privée, dont les actions sont majoritairement détenues par une collectivité publique, et qui exploite une maison de jeu (MALFANTI, Due esempi, p. 101). L'organisation d'une exposition nationale par l'association Expo.02 a été implicitement considérée comme satisfaisant un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ce qui justifiait l'assujettissement de cette association sise à Neuchâtel au droit neuchâtelois des marchés publics (TA NE, RDAF 1998, p. 297, c. 1b). On distingue dans la doctrine et la pratique deux approches (*infra* N 91 s.).

91 Selon une **interprétation large**, soutenue initialement par la Comco, l'art. 5 LMI s'applique à toute entité soumise au droit cantonal ou communal et exerçant une tâche publique, que celle-ci revête ou non un caractère industriel ou commercial. Au vu de la primauté du droit fédéral sur le droit intercantonal, l'art. 8 II/a AIMP serait contraire à l'art. 5 LMI. Dans la mesure où l'art. 8 II/a AIMP peut être comparé à la clause d'exemption prévue par l'art. 3 § 5 Accord MP, la Comco a invité les cantons à instituer une procédure d'exemption dans l'AIMP et à la consulter préalablement dans chaque cas de non-application de l'AIMP à une entité exerçant une activité de caractère industriel ou commercial (Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP du 25 mars 1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7 ; *Clause d'exemption et loi sur le marché intérieur [LMI]*, DPC 2001/3, p. 618, ch. 13 ; cf. O. SCHALLER, Clause d'exemption et LMI, in : DC 4/2001, p. 151 ; ZWALD, BGBM, p. 442, N 121). Le préavis de la Comco n'a pas été suivi d'effet, car la procédure d'exemption instituée par l'AIMP est réservée aux seuls pouvoirs adjudicateurs assujettis par l'Accord MP (art. 4 II/c^{bis} AIMP ; art. 1 et 2 II *i.f.* Ordonnance du 18 juillet 2002 du DETEC sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111 ; Message-type AIMP, p. 10 s.). Conséquence de cette divergence d'interprétation, les cantons considèrent que les banques cantonales, du fait du caractère commercial de leur activité, ne sont soumises ni à l'art. 5 LMI, ni à l'AIMP (Message-type AIMP, ad art. 8, p. 19), alors que la Comco considère que les banques cantonales devraient être assujetties à l'art. 5 LMI pour leurs tâches publiques (Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP du 25 mars 1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 7). L'opinion du Secrétariat de la Comco paraît avoir évolué, dans la mesure où aucune objection n'a été soulevée au titre de l'art. 5 LMI à l'encontre du règlement genevois qui exempte les caisses publiques de pension d'un assujettissement aux règles sur les marchés publics lorsque ces caisses effectuent des investissements immobiliers. L'exemption était motivée par le fait qu'il s'agissait d'une activité commerciale pour laquelle les caisses de pension publiques et privées sont en concurrence directe (Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*, ch. 3, 4, 10-15).

92 Selon une **interprétation plus étroite et eurocompatible**, il convient d'analyser les « tâches publiques » de l'art. 5 LMI à la lumière des objectifs de la loi, qui vise à réaliser le marché intérieur suisse en prenant pour modèle le marché intérieur de l'UE (Mess-LMI, p. 1216 s.). Les directives UE en matière de marchés publics s'appliquent, outre aux pouvoirs publics, aux « organismes de droit public », c'est-à-dire aux entités exerçant des « tâches visant à satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère

autre qu'industriel ou commercial ». Ce n'est que dans les secteurs que les directives européennes s'appliquent plus largement et incluent les « entreprises publiques » dont l'activité peut aussi avoir un caractère industriel ou commercial, ainsi que les « entités non dominées par des pouvoirs publics » mais titulaires d'un droit spécial ou exclusif. Selon cette interprétation eurocompatible, l'art. 5 LMI s'applique, d'une part et généralement, à tous les organes de niveau cantonal ou communal qui assument des tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, d'autre part et spécifiquement, aux entités qui exercent des tâches publiques ayant un caractère industriel et commercial dans les seuls secteurs EETT. L'art. 8 II AIMP suit implicitement cette interprétation eurocompatible. Les réglementations cantonales en matière de marchés publics reprennent généralement l'art. 8 II/a AIMP et excluent les entités de niveau cantonal ou communal qui exercent des tâches publiques de nature industrielle ou commerciale (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1119). La portée exacte de l'exclusion reste toutefois confuse. Selon une première approche eurocompatible, le caractère industriel ou commercial vise le but statutaire ou l'activité principale de l'entité, et résulte en une exemption générale du droit des marchés publics en faveur de l'entité elle-même. Selon une seconde approche plus différenciée, l'entité reste en principe soumise au droit des marchés publics et n'en est exemptée que pour une partie de ses tâches, à savoir celles qui revêtent un caractère industriel ou commercial (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1118 s. et les exemples de réglementations cantonales citées ; sur la théorie de la contagion adoptée par la première approche eurocompatible, cf *infra* N 99). La jurisprudence du Tribunal fédéral s'oriente plutôt vers une interprétation restrictive eurocompatible, qui n'assujettit à l'art. 5 LMI que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Le Tribunal fédéral a jugé que la foire suisse de Bâle, organisée sous la forme d'une société d'économie mixte selon l'art. 762 CO, n'est pas un « organe assumant des tâches cantonales ou communales », et n'est en conséquence pas assujettie à l'art. 5 LMI (ATF 126 I 250, c. 2d/bb : *« dazu kommt, dass die Schweizer Mustermesse AG wohl auch nicht als Trägerin öffentlicher Aufgaben im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGBM anzusehen ist »*). La jurisprudence du TF rejoint celle de la Cour de justice de l'UE, qui a considéré qu'une entité ayant pour activité l'organisation de foires, expositions et congrès n'est pas un pouvoir adjudicateur, même si elle satisfait un besoin d'intérêt général en réunissant en un même lieu fabricants, commerçants et consommateurs, en fournissant un espace de promotion pour les produits et en procurant une information aux consommateurs. En effet, une foire constitue une activité répondant à un besoin commercial des commerçants et des consommateurs, qui est gérée selon des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité (même en l'absence d'un but lucratif), qui supporte elle-même le risque financier de ses activités et qui opère dans un environnement concurrentiel (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 33-43 ; en droit allemand, voir LIENEMEYER, Auftraggeber, p. 448 ss). Même si la formule utilisée par le Tribunal fédéral va dans le sens retenu par l'art. 8 II/a AIMP, sa brièveté laisse subsister une incertitude quant aux critères permettant de distinguer ce qui constituerait une « tâche publique cantonale ou communale ». A notre sens, la nécessité d'une interprétation harmonisée de l'art. 5 LMI sur tout le territoire suisse milite en faveur d'une reprise du faisceau d'indices utilisé par la CJUE pour délimiter les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs, p. 1123 et 1117 *i.f.*; *infra* N 93-104).

a) Organismes de droit public

93 La notion d'« organes assumant des tâches cantonales et communales », selon l'art. 5 LMI, recouvre en tout cas celle d'**«organisme de droit public »** au sens des annexes 2 et 3 à l'AMP, c'est-à-dire

« un organisme
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
- doté de la personnalité juridique et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

94 La **définition** de l'organisme de droit public **figurant à l'annexe 3 à l'AMP** ayant été reprise des directives UE, il convient de se reporter au droit de l'Union pour l'interprétation de cette notion (art. 1 § 9 Directive classique 2004/18 ; art. 2 § 1 pt a Directive secteurs 2004/17). Afin de donner plein effet aux objectifs poursuivis par les directives en matière de marchés publics, la notion de pouvoir adjudicateur, y compris celle d'organisme de droit public, doit recevoir une **interprétation fonctionnelle**. La coordination, au niveau de l'UE, des procédures de passation de marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des marchandises et des services, et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un autre Etat membre contre le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires nationaux et contre la possibilité qu'un pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations autres qu'économiques, et à assurer ainsi l'ouverture à la concurrence non faussée et la plus large possible dans les Etats membres. Ces buts seraient compromis si l'application du régime des directives UE devait être exclu du seul fait qu'un marché est passé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches publiques que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'Etat (dans le cas d'une commission locale de remembrement, voir CJCE, arrêt *Beentjes* du 20.09.1988, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pt 11 ; arrêt *Commission c/Irlande* du 17.12.1998, aff. C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565, pt 36 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 62 ; arrêt *Commission/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 41-43 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 73 ; arrêt *Commission/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005, p. I-139, pt 27 ; arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 36-39). En outre, la notion d'organisme de droit public doit être comprise dans un **sens large** (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 43 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 73). **Les trois conditions énoncées par cette définition sont cumulatives** (CJCE, arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pt 21 ; arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pt 36). Elles sont développées ci-après (*infra* N 95 ss).

95 La première condition relative au **« but spécifique de satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial »** est une notion tirée des directives européennes en matière de marchés publics. Elle a fait l'objet de nombreuses interprétations jurisprudentielles et doctrinales. S'agissant, en premier lieu, de la notion d'**« intérêt général »**, sont déterminants l'objectif de la création de l'entité en ques-

tion et la nature des besoins satisfaits. Il importe qu'il s'agisse de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante. Il n'est pas déterminant à cet égard que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent l'être par des entreprises privées, étant donné qu'il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées. Le fait que l'activité en cause soit susceptible de se prêter au jeu de la concurrence ou qu'une concurrence existe sur le marché ne suffit pas pour exclure la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, une collectivité publique ou un autre organisme de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques dans la passation de ses marchés, par exemple qu'il puisse être conduit à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique d'achat de l'entité dont il dépend étroitement (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 39 s. ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321, pt 47 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 42-44, 47, 51 ; arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 37 s. ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 50-57). La doctrine exige une activité qui bénéficie directement à la société (locale ou nationale) dans son intérêt collectif, par opposition à l'intérêt propre et exclusif d'un individu ou d'un groupement de personnes bien déterminé (VALADOU, Pouvoir adjudicateur, p. 33 ss). En second lieu, le législateur de l'UE a créé une sous-catégorie à l'intérieur de la catégorie des besoins d'intérêt général, celle des besoins qui ont un caractère autre qu'industriel ou commercial (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 32-36). Aux fins de définir si les besoins satisfaits par l'entité en cause ont un « caractère autre qu'industriel ou commercial », il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité. La CJUE a dégagé à cet effet un faisceau d'indices. La forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire importe peu ; il n'est en particulier pas nécessaire qu'il s'agisse de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées. Il n'est pas non plus nécessaire que ces besoins d'intérêt général soient exprimés dans les statuts de l'organisme ; un contrat (même conclu ultérieurement à la création de l'organisme) peut suffire, pour autant que la prise en charge de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial puisse être objectivement constatée (CJCE, arrêt *BFI Holding BV* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 59-63 ; arrêt *Universale-Bau e.a.* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002, p. I-11617, pts 60-62). Il importe de vérifier que l'entité n'a pas pour objectif principal la recherche d'un but lucratif, sans pour autant qu'il soit exclu que l'activité exercée puisse engendrer des bénéfices distribués sous forme de dividendes aux actionnaires de ladite entité. Pour ce qui est de l'environnement économique dans lequel l'entité exerce ses activités, il convient de prendre en considération notamment l'absence de concurrence sur le marché pertinent, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause. Les activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial échappent ainsi, en tout ou en partie, à la logique du marché. A l'inverse, des besoins d'intérêt général à caractère industriel ou commercial sont généralement satisfaits par l'offre de biens ou de services sur le marché. Si l'entité opère dans des conditions normales de marché, en situation de concurrence développée, qu'elle poursuit un but lucratif, détermine sa stratégie industrielle et commer-

ciale en tenant compte, notamment, des exigences de rentabilité, et qu'elle supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est probable que les besoins qu'elle vise à satisfaire soient d'une nature industrielle ou commerciale (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 41-46 ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01, Rec. 2003, p. I-5321, pts 47-56 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 47-49 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pts 78-82 ; arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 29-32, 37-43 ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 58-66 ; arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-24). Ainsi, l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la détermination d'un besoin d'intérêt général, en ce sens qu'il n'est pas exclu que des entreprises privées satisfassent ou puissent satisfaire les mêmes besoins que l'entité concernée. Toutefois, l'existence d'une concurrence développée sur le marché peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 47-49).

96 L'**énumération** des organismes de droit public contenue à l'annexe III de la Directive classique 2004/18 ou dans les annexes I à X de la Directive secteurs 2004/17 ne revêt nullement un caractère exhaustif, son degré de précision variant considérablement d'un Etat membre à l'autre (art. 1 § 9 III Directive classique 2004/18 ; art. 8 Directive secteurs 2004/17). Si un organisme donné ne figure pas dans ladite liste, il y a lieu de vérifier, dans chaque cas d'espèce, la situation juridique et factuelle de cet organisme afin d'examiner s'il satisfait ou non aux conditions d'un organisme de droit public (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 44 ; arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697, pt 77). La liste annexée aux directives de l'Union européenne permet toutefois d'illustrer l'étendue des organismes de droit public, de sorte qu'il est utile de s'y référer (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pt 36 ; arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 50). A l'inverse, l'inscription d'une entité sur une de ces listes ne constitue pas une condition suffisante ou une présomption irréfragable aux fins de la qualification de l'entité comme organisme de droit public. Cas échéant, il incombe au juge de vérifier si l'inscription d'une entité sur la liste traduit une application correcte des critères de fond définissant l'organisme de droit public (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 45 s.).

97 A notre avis, la délimitation des « organismes créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » peut aussi être déduite, ***a contrario***, de la notion d'**« entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général »** des art. 14 et 106 § 2 TFUE. Selon la Cour de justice et la Commission européenne, cette dernière notion désigne en effet les services publics de nature industrielle et commerciale. Tel est en particulier le cas des services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications, mais aussi les autres activités économiques que les Etats membres ou l'UE soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général (COMMISSION EUROPÉENNE, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM[2004] 374, du 12.5.2004, p. 23 ; Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM[2000] 580, JO 2001 C 17/4, pts 28-30 ; cf. LCart 7). Inversement,

la nature « économique (industrielle/commerciale)» de services d'intérêt général est niée pour les activités qui relèvent de la puissance publique au sens de l'art. 51 TFUE ; en particulier, la sécurité intérieure et extérieure (police et armée), l'administration de la justice, la conduite des relations extérieures (diplomatie) ne sont pas de nature économique. Un organisme chargé de contrôler l'espace aérien (CJCE, arrêt *SAT Fluggesellschaft c/Eurocontrol* du 09.06.1994, aff. C-364/92, Rec. 1994, p. I-43, pts 28 et 30), ou encore un organisme exerçant une surveillance antipollution dans un port de mer (CJCE, arrêt *Diego Cali & Figli Srl c/Servizi ecologici porto di Genova SpA* du 18.03.1997, aff. C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547, pts 19-25) exercent des pouvoirs qui sont caractéristiques de la puissance publique et qui ne sont pas de nature économique. En outre, l'éducation publique est exclue de l'application des règles de concurrence, car l'Etat n'entend pas s'engager ainsi dans des activités rémunérées, mais accomplit sa mission dans les domaines sociaux, culturel et éducatif envers la population (CJCE, arrêt *Etat belge c/Humbel* du 27.09.1988, aff. 263/86, Rec. 1988 p. 5365). Un organisme de sécurité sociale chargé de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, qui fonctionne selon le principe de la solidarité, est dépourvu de tout but lucratif, dont les prestations ne sont pas proportionnelles au montant des cotisations obligatoires versées, remplit exclusivement une fonction sociale et n'exerce pas une activité économique (CJCE, arrêt *Poucet et Pistre c/AGF et Cancava* du 17.02.1993, aff. jtes C-159/91 et 160/91, Rec. 1993 p. I-637, pt 17 ; arrêt *AOK Bundesverband* du 16.04.2001, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. 2004 p. I-2493, pts 45-64). En revanche, une caisse de pension chargée de la gestion d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse, fonctionnant selon le principe de la capitalisation et dont les prestations dépendent uniquement des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par la caisse, exerce une activité économique, sans que cette qualification soit infirmée par la présence d'éléments très limités de solidarité, existant au demeurant aussi dans certaines assurances-vie, ni par l'absence de but lucratif de la caisse, ni par la finalité sociale poursuivie, ni par les contraintes réglementaires imposées au régime complémentaire (CJCE, arrêt *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* du 16.11.1995, aff. C-244/94, Rec. 1995, p. I-4013, pts 17-21 ; arrêt *Albany* du 21.09.1999, aff. C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751, pt 87) Selon la Commission, tel devrait aussi être le cas d'autres organismes aux fonctions essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profit, tels que les syndicats, les partis politiques, les églises et associations religieuses, les associations de consommateurs, les associations savantes, les organisations caritatives et humanitaires (COM[2000] 580 précitée, pt 30 ; voir aussi Commission européenne, Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM[2006] 177 du 26.04.2006 ; Commission Staff Working Document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, SEC[2010] 1545 du 07.12.2010).

Constitue un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial **98**
l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères, car le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement peut ne pas être atteint par les seules offres du marché (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pt 52). Il en est de même d'une société de droit privé chargée des **activités de sylviculture et d'activités forestières annexes** sur une base commerciale (CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 17.12.1998, aff. C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565), d'une **imprimerie d'Etat** qui assume à titre exclusif la production de documents officiels dont certains sont étroitement liés à

l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'Etat, exigeant une garantie d'approvisionnement et du respect de normes de confidentialité et de sécurité (passeports, permis de conduire, cartes d'identité ainsi que diffusion de textes législatifs, réglementaires et administratifs de l'Etat) (CJCE, arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, aff. C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-24). Cette condition est aussi remplie par une **société d'habitations à loyer modéré HLM** (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 47-61), pour les activités de recherche et d'enseignement d'une **université** (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pt 19), par une entité chargée de l'**exploitation d'une station d'épuration** (CJCE, arrêt *Universale-Bau* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002 p. I-11617), une société de droit privé chargée de planifier, construire, mettre en service et financer des **centres pénitentiaires**, puis d'aliéner les centres désaffectés (CJCE, arrêt *Commission/Espagne* du 16.10.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-11697), une entité chargée des **activités mortuaires et de pompes funèbres** (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pts 50-66), une société anonyme créée en vue de fournir l'**infrastructure (ateliers, bureaux) nécessaire à l'implantation d'entreprises industrielles ou commerciales dans une ville**, en achetant le terrain à la ville, en faisant construire les immeubles par des sociétés du bâtiment, puis en louant ces bâtiments aux entreprises désireuses de s'implanter dans la ville (CJCE, arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01,Rec. 2003, p. I-5321), une entité chargée d'assurer le **chauffage à distance d'habitations et locaux commerciaux et de bâtiments publics d'une ville grâce à l'énergie issue de l'incinération des déchets** (CJCE, arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339), une **caisse publique d'assurance maladie** (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779), des organismes de **radiodiffusion** financés par la redevance (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13 décembre 2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173). En revanche, la Cour a considéré que remplit un besoin d'intérêt général à caractère industriel ou commercial l'entité qui organise des foires, expositions et congrès, car elle répond à un besoin commercial des commerçants et des consommateurs, étant donné que sa gestion repose sur des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité. L'entité ne doit pas nécessairement poursuivre de but lucratif, car elle supporte elle-même le risque financier de ses activités et car elle opère dans un environnement concurrentiel (CJCE, arrêt *Agorà et Excelsior* du 10.05.2001, aff. jtes C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605, pts 35-42).

99 La précision selon laquelle l'organisme doit être **« créé pour satisfaire spécifiquement »** des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'implique pas qu'il soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins. Spécifiquement ne signifie pas exclusivement. Est déterminant le but de la création de l'organisme : le motif de cette création doit avoir été l'activité d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Il faut que l'organisme doive son existence à la poursuite de cet objectif spécifique (sous réserve d'une évolution dans le temps du champ d'activité de l'organisme). Le caractère particulier de la mission de l'organisme justifie que l'ensemble des marchés qu'il passe soient soumis à la réglementation sur les marchés publics. Outre sa mission spécifique consistant à satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, une entité est libre d'accomplir **d'autres activités sans rapport avec sa mission**, en exerçant par exemple des activités commerciales à but lucratif. Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante ou même négligeable de l'activité globale de l'entité est sans

pertinence aux fins de sa qualification d'organisme de droit public ; il est en revanche déterminant que l'entité continue à se charger des besoins d'intérêt général qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire. La Cour de justice a aussi rejeté une interprétation du critère de « spécificité » basée sur la question de savoir si la part prépondérante d'activité de l'organisme, par rapport à son activité globale, était consacrée à la satisfaction de besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou à des activités de caractère industriel ou commercial. Selon l'approche appelée **théorie de la contagion**, dès lors qu'une entité tombe dans la qualification d'organisme de droit public, c'est l'ensemble de ses marchés qui sont soumis à la réglementation sur les marchés publics, peu importe qu'ils soient en rapport ou sans rapport avec la mission spécifique d'intérêt général de l'entité (CJCE, arrêt *Mannesmann Anlagenbau* du 15.01.1998, C-44/96, Rec. 1998, p. I-73, pts 22-26 et 30-35 ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003, p. I-1931, pt 56 ; arrêt *Korhonen e.a.* du 22.05.2003, aff. C-18/01,Rec. 2003, p. I-5321, pt 57 s. ; arrêt *Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 20 et 47). Le champ d'application de la réglementation n'est pas défini en fonction de l'activité visée par le marché en cause, mais en fonction des caractéristiques de l'organisme. Il est indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou *« Konzern »* que l'organisme de droit public ; inversement, le fait qu'il y ait parmi les entreprises membres d'un groupe un organisme de droit public ne suffit pas pour que toutes les entreprises soient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs (CJCE, arrêt *BFI Holding* du 10.11.1998, aff. C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821, pts 56 s.). La qualification d'organisme de droit public peut **évoluer dans le temps**. Afin de préserver l'effet utile des directives, la Cour de justice a interprété largement la condition « créé pour satisfaire spécifiquement » en considérant que, si une entité n'a pas été créée aux fins de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qu'elle a **assumé par la suite de telles tâches** en raison d'une modification de son champ d'activités, elle doit être qualifiée de pouvoir adjudicateur. Il y a lieu de prendre en considération les activités que l'entité exerce effectivement au moment de la passation du marché. Il importe peu que les statuts de l'entité n'aient pas été modifiés pour refléter les modifications effectives de son champ d'activité, à condition que la prise en charge de la satisfaction de besoins puisse être constatée objectivement, par exemple sur la base des contrats de délégation entre la ville et l'entité en cause (CJCE, arrêt *Universale-Bau e.a.* du 12.12.2002, aff. C-470/99, Rec. 2002, p. I-11617, pts 52-63). En revanche, la **théorie de la contagion ne s'applique pas aux pouvoirs adjudicateurs visés par la Directive secteurs** 2004/17. Il résulte *a contrario* de l'art. 20 § 1 de cette directive que celle-ci s'applique aux seuls marchés que l'entité adjudicatrice passe en rapport et pour l'exercice d'activités dans les secteurs visés aux art. 3-7 de la directive. Simultanément, l'art. 12 de la Directive classique 2004/18 dispose que cette directive ne s'applique pas aux marchés publics que des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités visées par la directive secteurs 2004/17 passent pour ces activités (CJCE, *arrêt Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 23-33). Si un marché ne relève pas de l'exercice d'une des activités réglementées par la Directive secteurs 2004/17, il sera régi par les règles prévues par la Directive classique, pour autant que les conditions soient remplies et en particulier que le pouvoir adjudicateur tombe aussi dans le champ d'application de la directive classique 2004/18 (CJCE, arrêt *Strabag et Kostmann* du 16.06.2005, aff. jtes C-462/03 et C-463/03, Rec. 2005, p. I-5397, pt 37). Même si l'organisme de droit public applique une **comptabilité interne séparée** entre les activités exercées pour accomplir sa mission d'intérêt général et les activi-

tés qu'il exerce dans des conditions de concurrence, la Cour doute qu'il soit possible d'établir une séparation nette entre les différentes activités d'une entité qui constitue une personne morale unique ayant un patrimoine unique et dont les décisions en matière de direction et de gestion sont prises de manière unitaire. En conséquence, pour des raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité, tous les marchés de l'entité sont soumis aux règles sur les marchés publics, que ce soit à la Directive secteurs 2004/17 pour les marchés en rapport avec ses activités dans les secteurs ou à la Directive classique 2004/18 pour tous les autres marchés (CJCE, *arrêt Ing. Aigner* du 10.4.2008, aff. C-393/06, Rec. 2008, p. I-2339, pts 49-59). De même, l'annexe 2 à l'AMP, contrairement à l'annexe 3 pour les entités EETT, ne fait pas de distinction entre les marchés passés par un organisme de droit public pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission.

100 La 2e condition requiert que l'entité dispose de la **personnalité juridique**. En revanche, la forme et le régime juridique de ces entités est indifférent. Le statut de **droit privé** d'une entité ne permet pas d'exclure sa qualification comme organisme de droit public (CJCE, arrêt *Commission c/Espagne* du 15.05.2003, aff. C-283/00, Rec. 2003, p. I-4667, pts 54-60 ; arrêt *Commission c/Espagne* du 13.01.2005, aff. C-84/03, Rec. 2005 p. I-139, pts 28-30). Une SA HLM constitue ainsi un organisme de droit public (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 50 et 60).

101 La 3e condition à la définition d'un « organisme de droit public » comporte trois critères alternatifs qui reflètent chacun la **dépendance étroite d'un organisme** à l'égard de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pt 20 ; arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003 p. I-1931, pt 68). Une ingérence directe par l'Etat lors de la passation d'un marché par l'organisme en cause n'est pas exigée ; le **risque d'ingérence** suffit (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 51-60).

102 Le premier critère alternatif est celui du **financement public majoritaire**. Toutefois, tous les versements effectués par les pouvoirs publics n'ont pas pour effet de créer ou d'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance. Seules les prestations qui financent ou soutiennent, au moyen d'une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de l'entité concernée peuvent être qualifiées de **« financement public »**. Dans le cas d'une université, le financement public comprend par exemple les bourses ou subventions accordées par les pouvoirs publics aux fins de promouvoir les travaux de recherche ainsi que les bourses versées aux universités au profit de certains étudiants afin de couvrir les frais de scolarité. En revanche, ne constituent pas un financement public les versements effectués par des pouvoirs publics soit dans le cadre d'un contrat de prestations de services comprenant des travaux de recherche, soit en contrepartie de la prestation d'autres services, tels qu'une expertise ou l'organisation de conférences. Dans ce second cas, en effet, les pouvoirs publics ont un intérêt économique à l'accomplissement de la prestation, même si ces activités se confondent avec celles d'enseignement et de recherche de l'université. Si une certaine dépendance peut aussi résulter dans ce second cas, elle doit être assimilée à celle existant dans un contrat commercial normal, librement négocié entre les cocontractants (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 21-26). Le terme **« majoritairement »** doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ». Pour parvenir à une appréciation correcte du pourcentage de financement public d'un organisme

donné, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont il bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 29-36). Le calcul du mode de financement de l'organisme doit être effectué sur une base annuelle et en se fondant sur l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation du marché en cause est lancée, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle. Le principe de la sécurité juridique commande que l'organisme qui, à la date de l'appel d'offres, constitue un pouvoir adjudicateur, le demeure jusqu'à la clôture de la procédure de passation concernée, même si les conditions de son financement se modifient dans l'intervalle (CJCE, arrêt *University of Cambridge* du 03.10.2000, aff. C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, pts 37-44).

Il n'est pas nécessaire que l'activité de l'organisme concerné soit **financée directement** **103**
par l'Etat ou une autre entité publique ; un **financement indirect** peut s'avérer suffisant à certaines conditions. Tel est le cas pour les organismes de radiodiffusion publics allemands dont l'activité de service public est financée majoritairement par la redevance payée par les téléspectateurs, le financement en cause trouvant sa genèse dans un acte de l'Etat, étant garanti par l'Etat et étant assuré par un mode d'imposition et de perception qui relève de prérogatives de puissance publique. La Cour de justice a pris d'abord comme critère le fait que la redevance trouve son origine dans un acte de l'Etat (la loi), et non pas dans un contrat conclu entre ces organismes et les consommateurs, l'assujettissement obligatoire résultant de la simple détention d'un appareil récepteur et n'étant pas la contrepartie de la jouissance effective des services fournis par l'organisme. Ensuite, la fixation du montant de la redevance n'est pas non plus le fruit d'une relation contractuelle, mais résulte d'une décision formelle des parlements et gouvernements des Länder adoptée suite à une recommandation d'une commission indépendante. Enfin, les modalités de perception de la redevance comportent des prérogatives de puissance publique, le financement étant ainsi indirectement garanti par l'Etat. A la lumière de l'approche fonctionnelle de la notion de « financement par l'Etat », il importe peu que l'Etat perçoive d'abord la redevance en mettant ensuite les recettes de celle-ci à disposition des organismes de radiodiffusion publics, ou que l'Etat accorde auxdits organismes le droit de percevoir eux-mêmes la redevance (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 33-48). Seuls les versements publics auxquels n'est liée aucune contrepartie contractuelle ont pour effet de créer ou d'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance de l'organisme à l'égard des pouvoirs publics. Une **ingérence directe par l'Etat lors de la passation d'un marché** par l'organisme en cause n'est pas exigée ; **le risque d'ingérence suffit** (CJCE, arrêt *Bayerischer Rundfunk* du 13.12.2007, aff. C-337/06, Rec. 2007, p. I-11173, pts 51-60). De même, les caisses publiques d'assurance maladie allemandes sont financées de manière largement majoritaire par les cotisations mises à charge des affiliés, alors que les versements directs des autorités fédérales et les paiements compensatoires entre caisses résultant de la péréquation des risques constituent une part minoritaire du financement. Dès lors que les cotisations sont imposées, calculées et recouvrées par les caisses selon des règles de droit public, un tel financement trouve sa genèse dans les actes de l'Etat et constitue ainsi un financement public. La Cour de justice a aussi souligné que les cotisations des affiliés sont versées sans contre-prestation spécifique au sens de l'arrêt *University of Cambridge* précité, et que ni l'obligation de cotisation ni le montant de celle-ci ne constitue le résultat d'un accord entre les caisses publiques et leurs affiliés, mais qu'il découle d'une obligation imposée par

des règes de droit public, tandis que le montant des cotisations est uniquement fonction de la capacité contributive de chaque assuré, d'autres éléments comme l'âge, l'état de santé ou le nombre de personnes assurées de son chef n'étant pas pertinents à cet égard. De plus, la marge de manœuvre des caisses dans la fixation du taux des cotisations est extrêmement réduite, car les prestations sont définies par la réglementation en matière de sécurité sociale, tandis que le taux des cotisations doit être fixé de manière à équilibrer les recettes et les dépenses et qu'il nécessite en tout état de cause l'autorisation de l'autorité publique de tutelle (CJCE, arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* du 11.06.2009, aff. C-300/07, Rec. 2009, p. I-4779, pts 51-59). En Suisse, il conviendrait d'analyser à la lumière de ces jurisprudences la question de l'assujettissement éventuel d'organismes comme la SSR ou certaines compagnies d'assurances sociales.

104 Le **contrôle de la gestion**, qui constitue un autre des trois critères alternatifs, doit créer une dépendance à l'égard des pouvoirs publics équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, à savoir un financement provenant majoritairement des pouvoirs publics ou la nomination par ces derniers de plus de la moitié des membres composant les organes dirigeants de l'organisme. Lorsque la réglementation étatique applicable à la gestion de l'organisme est très détaillée, la simple surveillance de son respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics. La faculté pour les pouvoirs publics de dissoudre l'organisme, d'en suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, même exercée effectivement seulement dans des cas exceptionnels, implique néanmoins un contrôle permanent qui seul permet la découverte de fautes graves dans la gestion ou de carence justifiant de telles interventions (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 01.02.2001, aff. C-237/99, Rec. 2001, p. I-939, pts 49-60). Un simple contrôle *a posteriori* ne suffit pas puisque, par définition, il ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics. En revanche, ce critère est rempli si, d'une part, les pouvoirs publics contrôlent non seulement les comptes annuels de l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité et si, d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics sont autorisés à visiter les locaux d'exploitation et les installations dudit organisme et à rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale détenant, par le biais d'une autre société, le capital de l'organisme en cause (CJCE, arrêt *Adolf Truley* du 27.02.2003, aff. C-373/00, Rec. 2003 p. I-1931, pts 70-74).

b) Entreprises publiques, entités privées titulaires de droit spéciaux ou exclusifs et autres entités passant un marché subventionné

105 Les « organes assumant des tâches cantonales et communales » devraient aussi inclure toutes les **« entreprises publiques »** actives dans les **secteurs EET**, au sens de l'annexe 3 à l'AMP, c'est-à-dire

« toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :
– détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
– disposent de la majorité des voies attachées aux parts émises par l'entreprise ou
– peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ».

La notion correspond à celle de l'art. 2 § 1/b) de la Directive secteurs 2004/17.

La notion d'« organe assumant des tâches cantonales ou communales » selon l'art. 5 LMI nous paraît assez large pour englober également les entités de droit privé qui ne sont pas dominées par l'Etat, mais qui assument une tâche publique dans les secteurs, et qui sont au bénéfice de **droits spéciaux ou exclusifs**, par exemple sous forme de concession. Ainsi, les entreprises au bénéfice d'un monopole public sont également visées par l'art. 5 LMI (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170). Ces entités privées sont visées par l'art. 2 § 2/b) de la Directive secteurs 2004/17, mais ne sont pas inclues dans l'AMP, faute d'accord entre les Etats parties (CLERC, Marchés, p. 294). Elles sont par contre comprises dans l'art. 3 § 2 de l'Accord MP (*supra* N 28). Selon l'art. 2 § 3 de la Directive secteurs 2004/17, les « droits spéciaux ou exclusifs » sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux art. 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité. **106**

Encore faut-il que l'entreprise publique ou l'entité privée titulaire d'un droit spécial ou exclusif **assume des tâches cantonales ou communales**. Cette dernière condition est le plus souvent remplie pour les entreprises publiques actives dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports. La délimitation des compétences entre la Confédération et les cantons pour réglementer la passation des marchés passés par des entités actives dans les secteurs eau-énergie-transports-télécommunications (EETT) est prévue à l'art. 2*a* I OMP, qui introduit deux critères alternatifs de répartition des compétences, à savoir la dominance ou l'étendue géographique du service public exercé (*supra* N 21). Les Chemins de fer fédéraux (CFF) et les services postaux et automobiles de La Poste Suisse, tombent dans la compétence de réglementation de la Confédération (CLERC, Marchés, p. 407 s. et 328 ; LANG, Binnenmarkt, p. 22 s. ; Mess-1 GATT, p. 363 et Mess-2 GATT, p. 1215 s. ; *supra* N 20-25). **107**

Contrairement à l'art. 8 II/b AIMP, l'art. 5 LMI n'assujettit pas les entités dont les **projets sont subventionnés à plus de 50 %** du coût total par des pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, il est probable que nombre de ces entités assument, par ailleurs, des tâches cantonales ou communales, et tombent de ce fait dans le champ d'application de l'art. 5 LMI. Cette disposition est héritée de règles antérieurement en vigueur dans de nombreux cantons (MICHEL, Conclusion, N 12.3 ; CLERC, Marchés, p. 425-427). Elle existe aussi dans l'UE pour les marchés publics de travaux ou de services en relation avec des travaux, et dont la valeur dépasse certains seuils (art. 8 Directive classique 2004/18). **108**

5. Cercle des soumissionnaires

Pour se prévaloir des droits conférés par l'art. 5 LMI, le soumissionnaire est soumis à une condition personnelle, celle d'avoir son domicile, son siège ou son établissement en Suisse (*infra* N 110-112). En revanche, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il n'est pas nécessaire que le soumissionnaire soit « extérieur » (*infra* N 113). **109**

L'art. 5 I LMI ne s'applique qu'aux seules personnes ayant **leur siège ou leur établissement en Suisse**, et coïncide ainsi avec le champ d'application personnel de la loi (art. 1 I LMI). La restriction du cercle des soumissionnaires résulte du but assigné à la LMI, soit la réalisation du marché intérieur suisse sur la base de l'art. 95 II Cst. Le champ d'application personnel de l'art. 5 LMI se recoupe très largement avec celui des titulaires **110**

de la liberté économique, mais à notre avis pas entièrement pour ce qui concerne les personnes morales (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 925-937 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, N 66-69 ; VALLENDER, Art. 27 Cst, N 39-47 ; RHINOW, Art. 31 aCst., N 92-94 et 176-185). L'art. 27 Cst peut être invoqué en premier lieu par les personnes physiques de nationalité suisse domiciliées en Suisse, les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement en Suisse ainsi que les étrangers titulaires d'un permis de séjour pourvu qu'ils soient exemptés des mesures de limitation et qu'ils aient droit au renouvellement de leur permis selon la législation fédérale ou un traité international (ATF 123 I 212, c. 2). Les personnes physiques ayant la nationalité d'un Etat de l'UE ou de l'AELE, et qui résident en Suisse, entrent dans le cercle des titulaires de la liberté économique et dans celui de l'art. 5 LMI, car l'ALCP et la Convention AELE leur ont conféré un droit au renouvellement de leur permis de séjour (art. 2 § 3, art. 6 § 1, art. 12 § 2 de l'Annexe I ALCP ; art. 2 § 3, art. 26 § 1 Annexe K de l'Appendice I à la Convention AELE ; ATF 131 I 223, 226 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 934 et 936 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, N 71-72 ; VALLENDER, Art. 27 Cst, N 39 ; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1064 s.). En second lieu, les personnes morales sont titulaires de la liberté économique, soit lorsqu'elles ont leur siège ou une succursale en Suisse, soit lorsque leur siège est à l'étranger et qu'elles peuvent se prévaloir de la libre prestation de services garantie par l'art. 5 ALCP ou par l'art. 5 de l'Annexe K à la Convention AELE (ATF 125 I 182, c. 5a ; ATF 131 I 223, c. 1.1). En revanche, les personnes morales ne peuvent se prévaloir de l'art. 5 I LMI que lorsqu'elles disposent d'un siège ou d'une succursale en Suisse. Cette interprétation littérale est confirmée par l'objectif de réalisation du marché intérieur suisse poursuivi par la LMI, qui présuppose que l'offreur conduise déjà son activité lucrative en Suisse (dans le même sens, art. 1 I LMI, N 96). L'Accord MP et la Convention AELE vont dans le même sens, en soustrayant au principe général de non-discrimination les mesures nécessaires au développement du marché intérieur suisse, en particulier les voies de recours prescrites par la LMI pour les marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils desdits accords (art. 6 § 4 Accord MP et Annexe IX ; art. 7 *i.f.* Annexe R à la Convention AELE et Appendice 12 de l'Annexe R). Enfin, les autres personnes physiques ou morales établies à l'étranger, les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour sans droit au renouvellement ainsi que les titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée n'entrent dans le champ d'application personnel ni de la liberté économique, ni de la LMI (Mess-LMI, p. 1241 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 165 ; ATF 125 I 182, c. 5a).

111 L'art. 5 LMI confère des droits à tous les soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse, **quel que soit leur lieu d'établissement en Suisse**. Il va plus loin que l'art. 9/a AIMP ou que les conventions de réciprocité, qui n'ouvrent les marchés qu'aux seuls soumissionnaires établis dans un canton partie à l'accord, respectivement à la convention (CLERC, Marchés, p. 438 ; sur l'incompatibilité d'une exigence de réciprocité avec l'art. 5 LMI, *infra* N 118). Dès lors que l'AIMP a été ratifié par tous les cantons et que son champ d'application semble couvrir les mêmes marchés que ceux visés par la LMI, les cas où un soumissionnaire ne pourrait déduire un droit d'accès qu'en se basant sur l'art. 5 LMI semblent rares (*supra* N 39).

112 L'accès aux **marchés publics de niveau fédéral** n'est réglé dans la LMP qu'en ce qui concerne les soumissionnaires établis dans d'autres Etats. Le droit d'accès des personnes physiques ou morales établies en Suisse est garanti directement par les art. 27, 94 et 95 II Cst, sans aucune discrimination en fonction du canton ou de la commune de domicile (CLERC, Marchés, p. 410 et 417 ; *supra* N 86).

A contrario, les soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement dans d'**autres Etats** ne peuvent tirer aucun droit de l'art. 5 LMI qui ne prévoit aucune ouverture internationale. Cette restriction, évidente, est explicitement rappelée par l'art. 6 § 4 de l'Accord MP et l'art. 7 *i.f.* de l'Annexe R à la Convention AELE (*supra* N 28, 23 et 110 ; cf. LMI 9 N 74). L'accès des soumissionnaires étrangers aux marchés cantonaux et communaux est réglé par l'AMP, l'Accord MP, la Convention AELE ou d'autres accords de libre-échange conclus avec des pays tiers, par l'art. 9/b AIMP ainsi que par les réglementations cantonales, voire communales d'exécution. Pour les marchés publics de la Confédération, l'accès des soumissionnaires étrangers découle de l'art. 4 LMP lorsque le marché tombe dans le champ de l'AMP et de l'art. 2 III, 2 LMP en relation avec l'art. 33 OMP lorsqu'il s'agit d'un autre marché. **113**

Les règles du TFUE (contrairement à celles des directives en matière de marchés publics ; voir CJCE, arrêt *Commission/Belgique* du 25.04.1996, aff. C-87/94, Rec. 1996 p. I-2043, pts 31-35 ; arrêt *SIAC Construction* du 18.10.2001, aff. C-19/00, Rec. 2001 p. I-7725) ne s'appliquent pas à un marché public dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre et qui ne présente aucun intérêt transfrontalier susceptible de le rattacher à l'une des situations envisagées par le droit primaire dans le domaine de la libre circulation des marchandises, des personnes et des services (CJUE, arrêt *Serrantoni et Consorzio stabile edili* du 23.12.2009, aff. C-376/08, Rec. 2009, p. I-12169, pts 20-25 ; CJCE, arrêt *Commission/Irlande* du 13.11.2007, aff. C-507/03, Rec. 2007, p. I-9777 ; arrêt *Commission/Italie* du 28.02.2008, aff. C-412/04, Rec. 2008, p. I-619 ; arrêt *SECAP et Santorso* du 15.05.2008, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, Rec. 2008, p. I-3565, pts 20-21, 24, 30-32 ; arrêt *RI.SAN Srl c/Commune di Ischia e.a.* du 09.11.1998, aff. C-108/98, Rec. 1999, p. I-5219, pts 18-27). Les règles du TFUE en matière de libertés fondamentales de circulation ne prohibent ainsi pas une pure **« discrimination à rebours »**. Dès lors que la LMI est calquée sur les dispositions du TFUE, la doctrine en avait déduit que l'art. 5 LMI ne conférait de droits qu'aux soumissionnaires « extérieurs », c'est-à-dire extracantonaux ou extracommunaux (Cottier/Wagner, BGBM, p. 1583 ; Mess-LMI, p. 1248 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, p. 16 ; Clerc, Marchés, p. 437 s.). Le soumissionnaire « local » (c'est-à-dire domicilié dans le même canton ou la même commune que le pouvoir adjudicateur passant le marché) ne serait pas protégé par la LMI. Toutefois, le Tribunal fédéral a choisi une interprétation plus extensive, en considérant que la protection juridictionnelle cantonale, garantie par l'art. 9 LMI, appartient aussi bien aux soumissionnaires externes qu'aux soumissionnaires locaux. Selon une analyse systématique de la loi, le droit d'accès libre et non discriminatoire au marché prévu à l'art. 1 I LMI est garanti en règle générale à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse, indépendamment du fait qu'une personne intervienne dans un cas d'espèce comme offreur local ou externe. Il serait de plus totalement insatisfaisant que les soumissionnaires participant à un marché déterminé disposent d'un niveau de protection juridictionnelle différent selon qu'ils y interviennent comme soumissionnaire local ou extérieur (ATF 125 I 406, c. 2d, qui cite Crameri, Beschaffungswesen, p. 141 ; arrêt commenté par Bass/Crameri/Lang/Malfanti/Spörri, Anwendung, p. 249 ss). Dès lors que le seul grief invocable en matière de marchés publics par la voie de recours de l'art. 9 LMI est celui d'une restriction à la liberté d'accès au marché contraire à l'art. 5 LMI, la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral s'étend nécessairement au champ d'application personnel de l'art. 5 LMI, sauf à ouvrir au soumissionnaire local un recours vide de tout motif. Il en découle que l'art. 5 LMI confère des droits **tant aux soumissionnaires locaux qu'extérieurs**. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral a pour effet de promouvoir activement l'ouverture du marché **114**

intérieur suisse dans le domaine des marchés publics. Il est vrai que des discriminations à l'égard des soumissionnaires locaux, même si elles sont plus rares qu'à l'encontre de soumissionnaires extérieurs, peuvent aussi se produire lorsque, par exemple, des « fournisseurs de la cour » sont régulièrement préférés dans le cadre des marchés passés de gré à gré ou par une procédure sur invitation (CRAMERI, Beschaffungswesen, p. 141 s.). Par ailleurs, lorsque le marché tombe dans le champ d'application de l'AIMP, le soumissionnaire « local » peut aussi se plaindre d'une violation des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement de l'art. 11/a AIMP.

115 Lorsqu'un soumissionnaire a un **lien spécial avec le pouvoir adjudicateur** – parce qu'il constitue un service interne à l'administration ou une entreprise publique décentralisée ou une entité privée titulaire d'une concession –, il convient d'examiner si le lien est tel qu'il ne s'agit pas d'un marché public, faute de convention entre deux personnes économiquement distinctes, mais d'une délégation interne à l'administration (la question des marchés *in house* est examinée en relation avec la notion de marchés publics, *supra* N 68-76). Par ailleurs, lorsqu'un soumissionnaire bénéficie d'une subvention, il faut examiner si celle-ci a pour effet de discriminer les autres soumissionnaires, constituant de ce fait un obstacle à l'accès au marché (*infra* N 129).

B. Libre accès et restrictions

1. Principe de non-discrimination

116 L'art. 5 I LMI pose le principe du **libre accès** aux marchés publics tombant dans le champ d'application de la LMI (*supra* N 55-115). Le principe est formulé négativement par l'**interdiction de discrimination** à l'encontre de soumissionnaires ayant leur domicile, leur siège ou leur établissement en Suisse (Mess-LMI, p. 1237 et 1247 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 5). La prohibition de toute discrimination concerne aussi bien l'**accès** aux marchés que les **procédures de passation** des marchés.

117 La portée de l'art. 5 LMI est limitée au **champ d'application** de cette disposition. Les titulaires du droit sont les **soumissionnaires** entrant dans le cercle visé par l'art. 5 LMI (*supra* N 109-115). La prohibition de discrimination est imposée aux **pouvoirs adjudicateurs** de niveaux cantonal et communal, non aux pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral (*supra* N 85-108). L'objet du droit porte sur tous les **marchés** de travaux, fournitures et services (*supra* N 80 s.), quelle que soit leur valeur (*supra* N 82-84).

118 L'art. 5 LMI garantit un accès inconditionnel pour les marchés cantonaux et communaux qui tombent dans son champ d'application et en faveur de tout soumissionnaire établi en Suisse. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, sur laquelle est modelée la LMI, le droit à l'égalité de traitement consacré par le droit de l'Union européenne ne saurait dépendre d'un accord de réciprocité conclu entre l'Etat membre en cause et un autre Etat membre dont la personne intéressée est le ressortissant (CJCE, arrêt *Frilli* du 22.06.1972, aff. 1/72, Rec. 1972, p. 457, pt 19 ; arrêt *Cowan* du 02.02.1989, aff. 186/87, Rec. 1989, p. 195, pt 20 ; arrêt *Hubbard* du 01.07.1993, aff. C-20/92, Rec. 1993, p. I-3777, pt 17 ; arrêt *Data Delecta et Forsberg* du 26.09.1996, aff. C-43/95, Rec. 1996, p. I-4661, pt 21 ; arrêt *Commission/Italie* du 16.05.2002, aff. C-142/01, Rec. 2002, p. I-4541, pt 7 ; arrêt *Commission c/Italie* du 13.02.2003, aff. C-131/01, Rec. 2003, p. I-659, pt 46 ; arrêt *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* du 30.09.2003, aff. C-405/

01, Rec. 2003, p. I-10391, pt 61). **Aucune réserve de réciprocité** ne peut être mise à l'accès de tout soumissionnaire établi en Suisse. Ce n'est que dans le cadre de l'application de la clause de la nation la plus favorisée conditionnelle, c'est-à-dire si un accord international ou intercantonal prévoit une ouverture plus grande que celle garantie par l'art. 5 LMI, qu'une réserve de réciprocité peut être formulée (**art. 6 II et III LMI**; *supra* N 40-44 ; ég. WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 170 ; ZWALD, BGBM, N 138 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 9-12 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 11-15 ; *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 15 s.). Pour les marchés tombant dans le champ de la LMI, les seules restrictions admissibles à l'accès sont celles fondées sur les exigences impératives au sens de l'art. 3 LMI (*infra* N 135-167). Une ouverture des marchés publics à géométrie variable serait économiquement injustifiable face à l'objectif de réalisation du marché intérieur suisse. L'**art. 9/a AIMP** prévoit un accès inconditionnel en faveur des soumissionnaires des cantons parties. Une réserve implicite de réciprocité à l'égard des soumissionnaires des cantons non parties à l'AIMP (par exemple dans l'hypothèse d'une future version révisée de l'AIMP) serait contraire à la LMI, sous réserve des cas où le champ d'application de l'AIMP irait au-delà de celui de l'art. 5 LMI (LANG, Binnenmarkt, p. 24 ; CLERC, Marchés, p. 396 et 427 s. ; Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, pts 15 s.). Les **conventions de réciprocité**, dont le champ d'application ne va généralement pas au-delà de celui de l'art. 5 LMI, et qui ne prévoient d'ouverture des marchés qu'en faveur des seuls soumissionnaires des cantons parties et seulement dans la mesure où la réciprocité est assurée, sont contraires sur ce point à la LMI (CLERC, Marchés, p. 439). Les réglementations cantonales peuvent abaisser les valeurs seuils déterminantes selon l'AIMP pour le choix des différentes procédures de passation, pour les marchés non soumis aux traités internationaux ; toutefois, ils ne peuvent imposer dans un tel cas une réserve de réciprocité (art. 12bis III AIMP ; Message-type AIMP ad art. 12bis).

Toute restriction à l'accès aux marchés publics non justifiée par l'art. 3 LMI constitue une violation de la LMI. Dès lors que cette loi est calquée sur le modèle du marché intérieur de l'Union européenne, on peut se référer, par analogie, aux cas dans lesquels la Commission européenne ou la CJUE ont constaté que des marchés publics avaient été passés en **violation des règles du TFUE** prescrivant la libre circulation des marchandises (art. 34 TFUE), la libre prestation de services (art. 56 TFUE), la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) ou la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE) (Mess-LMI, p. 1216-1223 ; MICHEL, Marchés publics, p. 2-32 ; *supra* N 15-19). **119**

Tout type d'exclusion ou de préférence en fonction du **lieu de domicile ou d'établissement** est exclu (art. 3 II/c LMI). Un pouvoir adjudicateur cantonal ne peut pas poser comme critère d'aptitude celui du domicile ou établissement dans le canton, ni de l'inscription dans le registre du commerce cantonal, ni, *a fortiori*, celui d'un tel domicile durant plusieurs années. L'exigence que le soumissionnaire paie ses **impôts** dans le canton adjudicateur viole la LMI, qu'elle constitue un critère d'aptitude ou un critère d'adjudication dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse (Publ. CC 1988, p. 198-200 ; ZWALD, BGBM,, p. 439, N 110 ; SCHEIDEGGER, Binnenmarkt, p. 194 s. ; CLERC, Marchés, p. 9 ; voir les jurisprudences cantonales résumées in DC 2000/2, S12-16, p. 58 s.). **120**

Il est exclu de tenir compte au titre des critères d'adjudication de l'emplacement géographique ou de l'origine des candidats, à moins que des motifs impératifs ne le justifient, par exemple lorsqu'une **connaissance des lieux** *(« Örtlichkeitskenntnisse »)* s'avérerait indis- **121**

pensable pour le marché en cause (CRM, JAAC 1999/63 n° 16, c. 6c). Un critère fondé sur la connaissance des lieux doit être justifié par les circonstances du marché en cause et doit être interprété restrictivement (justification refusée dans le cas d'un marché de ramassage des ordures communales, voir TF, DEP 2000, p. 613, c. 5a). Dans le même sens, la **disponibilité rapide du soumissionnaire**, du fait qu'il dispose de points de contact proches du lieu d'exécution du marché, peut constituer un moyen indirect de favoriser les soumissionnaires locaux. Ce critère n'est admissible que s'il est indispensable à la bonne exécution du marché en cause, par exemple lorsqu'il s'agit d'un marché de services de longue durée et/ou pour lequel le soumissionnaire doit assurer un service de maintenance après-vente (TA ZH, BEZ 1999/2, n° 15).

122 Est également discriminatoire l'exigence pour les soumissionnaires d'être inscrits sur le **registre professionnel** cantonal, laquelle présuppose un domicile dans le canton (MICHEL/ZUFFEREY, Registre, p. 11-14 ; COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 269 ; en droit de l'Union européenne, une exigence d'inscription à l'ordre professionnel dans l'Etat du pouvoir adjudicateur constitue une restriction à la libre prestation de services : CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pt 87 ; arrêt *Josef Corsten* du 03.10.2000, aff. C-58/98, Rec. 2000, p. I-7919). Les pouvoirs adjudicateurs qui tiennent des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés ont l'obligation de reconnaître la qualification des soumissionnaires figurant sur des listes correspondantes tenues par des pouvoirs adjudicateurs d'autres cantons (art. 13/e AIMP ; art. 22 Directives AIMP ; en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *CEI et Bellini* du 09.07.1987, aff. jtes 27-29/86, Rec. 1987, p. 3347, pts 22-28).

123 Un pouvoir adjudicateur ne peut pas limiter l'accès à un marché aux soumissionnaires provenant d'une **région particulière de son canton**, par exemple en raison d'un retard dans le développement économique ou d'un fort taux de chômage régional. Même si une telle préférence pénalise aussi les soumissionnaires du canton en cause non établis dans la région, il n'en demeure pas moins qu'elle défavorise tous les soumissionnaires extérieurs au canton et qu'elle favorise uniquement des soumissionnaires cantonaux (par analogie en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *Du Pont de Nemours* du 20.03.1990, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. I-889 ; arrêt *Commission c/Italie* du 03.06.1992, aff. C-360/89, Rec. 1992, p. I-3401). De même, des critères d'aptitude favorisant les soumissionnaires provenant d'une région particulière du canton du pouvoir adjudicateur, pour des motifs de politique régionale ou de politique de l'emploi, constituent des restrictions non justifiées par un intérêt public prépondérant selon l'art. 3 LMI (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57).

124 Est aussi discriminatoire l'exigence que le **capital social** de l'entreprise soumissionnaire soit détenu en totalité ou en majorité par des personnes physiques ou morales établies dans le canton ou la commune du pouvoir adjudicateur ou par le canton ou la commune même (CJCE, arrêt *Commission c/Italie* du 05.12.1989, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035 ; arrêt *Commission c/Italie* du 26.04.1994, aff. C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409).

125 Une **préférence de prix**, de 5 % par exemple, en faveur des soumissionnaires locaux constitue un critère d'adjudication discriminatoire (TA AG 09.09.1997, AGVE 1997, p. 361, c. b/bb), **même** s'il n'est appliqué que comme **critère secondaire** en cas d'offres pratiquement équivalentes (après application des critères principaux d'adjudication). Cette pratique, largement répandue sous l'empire de l'ancien droit sur les marchés publics (voir la casuistique citée par MICHEL, Construction, N 1982-1989), constitue une discrimination formelle contraire aux art. 3 et 5 LMI (TA GR 09.02.1999 ; CLERC, Marchés, p. 9 ;

M. WAGNER in : DC 1999/2, p. 52 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 243 ; ZWALD, BGBM, p. 439, N 110 ; *contra* TA FR 11.07.2000, RDAF 2000, p. 345, c. 5). La prise en compte du fait qu'un soumissionnaire paie ses impôts dans le canton ou la commune du pouvoir adjudicateur constitue aussi une discrimination, sous la forme d'une préférence de prix déguisée (*supra* N 120).

126 Constitue une discrimination l'exigence d'employer un **pourcentage minimal de produits indigènes ou de travailleurs locaux** (en droit de l'Union, voir CJCE, arrêt *Commission c/Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1993, p. I-3353 ; pour comp., art. III § 2/b AMP ; SENTI/BALTENSPERGER, Binnenmarkt, p. 110-120 ; ZEN-RUFFINEN, Marchés publics, p. 13 ; BOCK, Vergaberecht, p. 42 ; CLERC, Marchés, p. 10 s.). Est aussi discriminatoire l'imposition d'une **norme technique** locale alors qu'existe une norme internationale ou suisse, ou l'imposition d'une marque déterminée de produit, en particulier fabriqué localement (voir en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *Commission c/Irlande* du 22.09.1987, aff. 45/87, Rec. 1988, p. 4929 ; arrêt *Commission c/Espagne* du 17.11.1993, aff. C-71/92, Rec. 1993, p. I-5923 ; arrêt *Commission c/Pays-Bas* du 24.01.1995, aff. C-359/93, Rec. 1995, p. I-157 ; arrêt *Commission c/Autriche* du 28 octobre 1999, aff. C-328/96, Rec. 1999, p. I-7479, pts 68, 78 et 79 ; pour comp. art. VI §§ 1-3 AMP ; art. 13/b AIMP ; § 15 Directives AIMP ; CLERC, Marchés, p. 35). La référence à un **système de certification de qualité très particulier**, émanant d'un organisme professionnel national, constitue une discrimination indirecte, et donc une restriction à la libre prestation de services, même si des certificats équivalents sont admis. L'utilisation de ces références particulières favorise en effet les entreprises nationales qui ont connaissance de ces spécifications techniques et peuvent immédiatement en déceler l'importance, ce qui leur permet d'offrir des productions ou prestations conformes aux références. En revanche, ces spécifications ont un effet dissuasif envers les soumissionnaires étrangers pour qui il est plus difficile de déposer des offres dans le bref délai imparti, puisqu'ils doivent d'abord s'informer auprès du pouvoir adjudicateur sur l'objet et le contenu de ces références (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 80-84).

127 Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires (ou l'interdiction corrélative de discrimination), qui constitue l'essence même de la réglementation en matière de marchés publics, s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur prenne en compte une **offre non conforme au cahier des charges**, alors que la faculté de soumettre des variantes n'était pas réservée par l'appel d'offres. Il s'oppose aussi à ce que des négociations soient menées par le pouvoir adjudicateur qui aboutissent à des modifications au cahier des charges en faveur d'un seul soumissionnaire et qui portent sur des prescriptions fondamentales du cahier des charges pouvant avoir une incidence sur les prix (CJCE, arrêt *Commission c/Danemark* du 22.06.1993, aff. C-243/89, Rec. 1993, p. I-3353, pts 37-44). La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres, et en particulier aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier (« adéquation de la prestation » selon l'art. 21 I LMP). En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue (art. XIII § 4/a et c AMP). Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avéreraient minimes ainsi que les cas où les conditions de l'appel d'offres seraient illégales ou constitueraient un formalisme excessif. Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires

qu'au pouvoir adjudicateur. Cette règle est nécessaire pour vérifier l'adéquation de l'offre par rapport à l'objet du marché et l'existence éventuelle d'un prix anormalement bas, pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises et pour assurer le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Admettre le contraire permettrait *de facto* au pouvoir adjudicateur ou à un soumissionnaire de modifier *a posteriori* l'objet du marché tel que défini dans l'appel d'offres et la documentation relative à ce dernier (art. IX § 6 et art. XII § 2 AMP) (CRM, JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3a ; CRM, JAAC 2001/65 n° 78, c. 3a ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 400).

128 En revanche, un soumissionnaire est libre de s'écarter dans une **variante** des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres (art. 22 II OMP). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement –, soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Les variantes libres, dues à la seule initiative du soumissionnaire, peuvent porter tant sur la conception que sur l'exécution du marché, quelle que soit la portée des modifications techniques qui, en cas d'acceptation, seraient apportées au projet de base. La variante libre n'est pas limitée à l'objet décrit par le cahier des charges, mais au but poursuivi par le pouvoir adjudicateur (HÜRLIMANN, Unternehmervarianten, p. 3 s.). Une variante libre est toutefois soumise à deux conditions. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché. Le fardeau de la preuve du respect de ces deux conditions repose sur le soumissionnaire. Les règles sur le fardeau de la preuve doivent s'appliquer conformément au principe de la bonne foi et à celui de la transparence qui prescrivent que les soumissionnaires connaissent à l'avance, en tout cas avant le délai de dépôt des offres, toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86, c. 7c). L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché est vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre qui n'est pas fonctionnellement équivalente aux spécifications techniques de l'offre de base ou à des exigences techniques minimales impératives formulées dans le cahier des charges, doit être écartée comme non conforme à l'objet du marché. S'il ressort au contraire de la phase d'épuration qu'une variante, tout en étant adéquate par rapport à l'objet du marché, semble qualitativement moins bonne que certaines offres de base déposées, l'évaluation de la variante doit être poursuivie au regard des critères d'adjudication publiés. Dans l'évaluation des offres de base et des variantes, le pouvoir adjudicateur doit respecter, à tous les stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence (CJCE, arrêt *Commission c/Belgique* du 25.04.1996, aff. C-87/94, Rec. 1996, p. I-2043, pt 54 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 19.4) (en général sur l'appréciation des variantes, voir CRM, JAAC 2001/65 n° 78, c. 3a ; TA ZG, 24.09.1998, c. 4, non publié, citant DC 1997/2, p. 52, n° 130, Rem. 2 ; TA LU, 26.07.1999, LGVE 1999 II n° 19, p. 221 ss, c. 4b).

129 En droit de l'Union, le fait qu'un pouvoir adjudicateur admette à participer à une procédure de passation de marché public des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des **subventions**, quelle qu'en soit la nature, permettant

à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux des soumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions, ne constitue ni une discrimination déguisée ni une restriction à l'accès au marché contraire à la libre prestation de services. En particulier, la Cour de justice a jugé que les aides sont octroyées par nature aux entreprises installées sur le territoire de l'Etat membre qui les dispense, de sorte que l'inégalité de traitement qui en découle pour les entreprises d'autres Etats membres est inhérente à la notion d'aide d'Etat (CJCE, arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pts 36-38). Cette jurisprudence de l'Union est difficilement transposable dans le marché intérieur suisse. En droit de l'Union, le pouvoir adjudicateur peut exclure un soumissionnaire qui a reçu une aide non conforme aux art. 107-108 TFUE et dont la santé financière serait mise en danger par l'obligation de restituer l'aide illégalement perçue, de sorte que ce soumissionnaire n'offrirait pas les garanties financières ou économiques requises (CJCE, arrêt *ARGE Gewässerschutz* du 07.12.2000, aff. C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, pt 30). De plus, l'égalité de traitement des soumissionnaires est protégée dans l'UE par la faculté pour le pouvoir adjudicateur de rejeter une **offre anormalement basse** en raison de l'octroi d'une aide d'Etat illégale. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure automatiquement une telle offre, mais il a l'obligation de consulter le soumissionnaire en lui impartissant un délai suffisant pour démontrer que l'aide a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe en outre la Commission (art. 55 § 1 pt e et § 3 Directive classique 2004/18 ; art. 57 § 1 pt e et § 3 Directive secteurs 2004/17). Ces moyens indirects d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires par le biais de la réglementation sur les aides d'Etat font défaut en Suisse. Le soumissionnaire subventionné ayant déposé une offre apparemment exceptionnellement basse pourrait de plus justifier de sa capacité à exécuter le marché (art. XIII § 4/a AMP) en démontrant que le prix offert résulte des conditions exceptionnellement favorables dont il dispose du fait de la subvention. Le Tribunal administratif de Zurich a ainsi jugé que le fait qu'un soumissionnaire bénéficie d'un remboursement de ses frais fixes par une collectivité publique doit conduire à une correction correspondante du prix de l'offre de ce soumissionnaire. Lorsqu'une entreprise soumissionnaire est exploitée par une collectivité publique ou bénéficie autrement d'importants moyens financiers étatiques, le calcul de l'offre doit être vérifié afin d'éviter des subventions croisées et de préserver l'égalité de traitement des soumissionnaires (TA ZH, du 24.11.1999, BEZ 2000 n° 9, c. 7c). En revanche, le Tribunal administratif de Bâle-Campagne a jugé que rien ne s'oppose à la participation comme soumissionnaire d'une institution publique ou sociale, en l'absence de lacune au sens propre ou impropre dans la réglementation sur les marchés publics (TA BL, du 08.08.2001, BLVGE 2001 n° 22.1.3 et commentaire de H. Stöckli in : DC 2/2003, p. 59). Par ailleurs, lorsque la nature et l'importance de la subvention sont telles que le pouvoir adjudicateur contrôle en fait le capital social de l'organisme subventionné ou en finance majoritairement les activités, une « adjudication » à cet organisme ne constitue plus un marché, faute de convention entre deux entités distinctes, mais constitue une délégation interne à l'administration *(in house)* ou un acte assimilé (*supra* N 68-76).

Le principe de non-discrimination implique, notamment, une obligation de **transparence** **130**
qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de **publicité** adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le **contrôle** de l'impartialité des procédures d'adjudication (CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée ; CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-

8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.1999, aff. C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress Gmbh c/Telekom Austria AG* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2, dont la validité a été approuvée par Tribunal, arrêt *Commission c/Allemagne* du 20.05.2010, aff. T-258/06, Rec. 2010, p. II-2027). L'art. 5 II LMI concrétise partiellement ces exigences en prévoyant que les marchés de grande importance doivent faire l'objet d'une publication qui comporte l'énoncé des critères d'aptitude et d'adjudication (*infra* N 170). Enfin, le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication est garanti par la voie de recours instituée par l'art. 9 LMI.

131 a) L'utilisation de critères **sociaux** ou **environnementaux** ou promouvant l'**innovation** pour l'attribution d'un marché public est assujettie à quatre conditions. (1) Sous l'angle de la réglementation relative aux marchés publics, les critères imposés par le pouvoir adjudicateur doivent être liés à l'objet du marché, qu'il s'agisse soit de l'aptitude économique, technique et financière des soumissionnaires (critères d'aptitude), soit des qualités économiques inhérentes à la prestation faisant l'objet du marché (critères d'adjudication). (2) Ils ne doivent pas donner au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, de sorte que les critères doivent être clairs, spécifiques et quantifiables, et qu'ils doivent être assortis de moyens de contrôle effectifs des offres quant au respect desdits critères. Dans ces limites, des critères sociaux ou environnementaux ne sont admissibles que (3) à condition qu'une transparence adéquate soit assurée par la mention de ces critères dans les appels d'offres ou dans les cahiers des charges et (4) pour autant qu'ils respectent les principes fondamentaux du droit de l'Union en matière de passation de marchés publics, notamment qu'ils n'aient pas d'incidence discriminatoire, directe ou indirecte, à l'égard des soumissionnaires extérieurs (CJCE, arrêt *EVN et Wienstrom* du 04.12.2003, aff. C-448/01, Rec. 2003 p. I-14527, pts 30-71 ; arrêt *Concordia Bus Finland* du 17.09.2002, aff. C-513/99, Rec. 2002, p. I-7213, pts [■■?] ; arrêt *Beentjes* du 20.09.1988, 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pts 28-32 et 36 ; arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 48-54 ; EGGER, Vergaberecht, N 1316-1337). Dans ce sens, le considérant 46 du préambule de la Directive classique 2004/18 mentionne qu'un pouvoir adjudicateur peut « utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché ». Dans ces limites strictes, les marchés publics constituent une certaine forme d'orientation indirecte de l'action des opérateurs économiques. Une interdiction *per se* absolue des critères sociaux ou environnementaux comme étant **« étrangers »** aux marchés publics *(« vergabefremd »)* est, à notre avis, injustifiée (en faveur d'une exclusion, l'avis du Secrétariat de la Comco du 04.08.1997 sur le projet de loi jurassienne, cité par ZÄCH, Rolle, p. 78). Au titre de l'art. 3 III LMI, ce n'est pas le risque d'abus – qui existe toujours – qui est déterminant, mais uniquement la question de savoir si le critère en cause constitue un obstacle déguisé à l'accès au marché, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (voir aussi art. III AMP ; COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 269-271). Des critères sociaux ou environnementaux peuvent être utilisés non seulement lorsque la loi contient une habilitation expresse à cet effet (par exemple la protection des travailleurs et des conditions de travail, l'égalité de traitement entre femmes et hommes, la formation des

jeunes, la protection de l'environnement ; voir GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 12.2-12.4), mais aussi, plus largement, lorsqu'ils constituent des critères d'aptitude ou d'adjudication en rapport avec l'objet du marché en cause qui répondent aux quatre conditions susmentionnées.

b) La prise en considération d'objectifs sociaux ou environnementaux ou de promotion de l'innovation dans l'attribution de marchés publics doit faire l'objet d'un examen de cas en cas. On se référera en particulier aux communications de la Commission européenne (Communication sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM[2001] 274, JO 2001 C 333/12 ; Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM[2008] 400 du 16.07.2008 ; *Acheter vert – Manuel sur les marchés publics écologiques, 2e éd., 2011,* <http ://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/gpp/buying_green_handbook_en.pdf > ; Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM[2001] 566, JOCE 2001 C 333, p. 27 ; Commission européenne, Acheter social, un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, octobre 2010 ; SEC[2010] 1258 ; Communication « Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe », COM [2007] 799). Nous formulons ici quelques considérations générales (COM[96] 583 final, pts 5.38 à 5.53 ; COM[1998] 143 final, pts 4.3 et 4.4 ; ARROWSMITH, Utilities, N 19.37 ; BOVIS, Case Law, N 9.40-9.48 ; TREPTE, Public, N 5.40-5.45 ; RUST, GWB, p. 453-457 ; RUST, Vergaberecht, p. 205-208 ; RITTNER, Vergaberecht, p. 677-680 ; LANG, Offertenbehandlung, p. 244 s.) : **132**

- Une réglementation sur les marchés publics peut prévoir, dans certaines conditions, l'exclusion de soumissionnaires qui **violent** les législations en matière de **protection sociale** (versement des cotisations aux assurances sociales, respect des conditions locales de travail), y inclues celles relatives à la protection de l'égalité de traitement femmes-hommes (art. 11/c et d, art. 8 I/b et c et 8 II LMP ; art. 11/e et f AIMP), ou qui ont été condamnés pour des violations graves de la réglementation en matière de santé ou sécurité au travail, ou de protection de l'environnement.
- Selon l'objet du marché et les circonstances propres au soumissionnaire en cause, de mauvaises conditions sociales au sein de l'entreprise peuvent se refléter dans un **tournus élevé** au sein des collaborateurs qui affecte négativement la capacité technique du soumissionnaire à exécuter le marché, alors que des conditions de travail favorables peuvent influer positivement sur la qualité du service offert.
- Le pouvoir adjudicateur peut, lors de la définition des produits ou services faisant l'objet du marché, inclure des **spécifications techniques** qui correspondent à ses préoccupations de protection environnementale, tout en évitant toute spécification technique discriminatoire. De même, l'acceptation de variantes contenant des pièces reconditionnées ou des matériaux recyclés, alors que les performances techniques de ces produits répondent aux exigences définies dans le cahier des charges, encouragent le développement d'une approche active des entreprises vis-à-vis de l'environnement.
- Un critère lié à la **distance de transport** entre le lieu de production des fournitures (au siège de l'entreprise) et le lieu de livraison (au siège du pouvoir adjudicateur), sous l'angle de la charge environnementale générée par ce transport, viole en règle générale le principe de l'accès libre et non discriminatoire au marché (art. 3 et 5 LMI), car il discrimine directement les soumissionnaires qui sont établis à une plus grande distance du

pouvoir adjudicateur par rapport aux soumissionnaires locaux. Il faut réserver l'hypothèse où le transport entraînerait une augmentation importante des **nuisances** (par exemple pollution de l'air, bruit) **au lieu d'exécution du marché**, c'est-à-dire pour l'environnement local au lieu où les fournitures sont livrées ou à celui où les travaux/services sont exécutés (TA ZH, 15.12.1998, BEZ 1999/19 n° 12, ZBl 2000, p. 255, c. 5a et b ; TA ZH, 03.11.1999, BEZ 1999/19 n° 37, c. 5. D'un avis partiellement contraire, TA AG, 14.10.1997, AGVE 1997 n° 96 ; AT AG, 28.05.1999, DC 2000/2, p. 57). De plus, on ne peut tenir compte de la longueur différente des trajets au titre de la charge environnementale que si le marché en cause implique une **multiplication des courses sur une longue période**, et non si le transport ne joue qu'un rôle accessoire dans l'exécution du marché ou n'a lieu qu'une seule fois. Ainsi, le Tribunal fédéral a admis la prise en compte des trajets aller/retour entre le lieu du siège du soumissionnaire et le lieu d'exécution du marché dans un marché d'enlèvement des ordures communales d'une durée prévue de trois ans et qui comportait 250 tournées de ramassage (TF, arrêt du 31.05.2000, DEP 2000, p. 613, c. 4a et b). Si le Tribunal fédéral n'a pas examiné expressément l'existence d'un impact des trajets sur l'environnement local au lieu d'exécution du marché, cette condition était à l'évidence remplie dans cette dernière affaire, car la distance entre le lieu du siège du soumissionnaire et la commune où le ramassage des ordures devait être effectué était courte (21 ou 28 km). Enfin, lorsque le critère des trajets est admissible, il doit être **mis en relation avec les autres éléments qui, dans l'exécution du marché en cause, ont un impact sur l'environnement**. Dans son arrêt précité, le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la commune avait surestimé l'importance des trajets aller/retour effectués sans arrêt et « à vide » par les camions du soumissionnaire par rapport à la pollution importante résultant de la tournée de ramassage proprement dite qui nécessite près de 1350 arrêts de chargement et redémarrage des camions. De plus, la commune aurait dû aussi tenir compte du type et de l'âge des véhicules utilisés, qui jouent un rôle important dans les émissions polluantes (TF, arrêt du 31.05.2000, DEP 2000, p. 613, c. 4b et c).

– Lorsque le marché doit être exécuté, en tout ou en partie, au lieu du siège du pouvoir adjudicateur, celui-ci peut imposer au soumissionnaire que l'**exécution du marché** se fasse dans le respect d'obligations à caractère social (par exemple art. 6 OMP ; au surplus, voir *infra* N 145-167) ou de certaines contraintes visant à sauvegarder l'environnement, pour autant que les conditions imposées soient non discriminatoires et connues d'avance par tous les soumissionnaires au travers de l'appel d'offres.
– Dans le cadre des critères d'adjudication servant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur peut tenir compte, par exemple, des **coûts de maintenance**, de traitement des déchets, de **recyclage** ou de déconstruction, lorsque ces critères impliquent un avantage économique, propre à la prestation faisant l'objet du marché, et au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur.

133 c) Des critères écologiques ou sociaux liés au **mode de production** des produits ou services au lieu du **siège du soumissionnaire** comportent le plus souvent un important risque de discrimination (en cas d'exécution du marché au lieu du siège du pouvoir adjudicateur, voir *supra* N 132). Des critères écologiques ne peuvent être imposés que s'ils sont directement liés aux propriétés intrinsèques du produit, ou à l'utilisation de celui-ci par le pouvoir adjudicateur (pour les critères sociaux, voir aussi *infra* N 146).

– Il n'est pas possible d'accorder une préférence de prix aux entreprises poursuivant des **« actions positives »** ou une **« politique verte »**, sans relation directe avec le marché en cause. Ainsi, une commune ne peut adjuger un marché pour la fourniture de copeaux

de bois de chauffage à une entreprise locale, plus chère, qui exploite la forêt communale, car le pouvoir adjudicateur poursuit ainsi un but étranger aux règles sur les marchés publics, à savoir le soutien financier indirect d'un projet de protection de la nature dans la commune (TA ZH, 15.12.1998, BEZ 1999 n° 12, c. 4 *i.i.*).

– La CJUE a jugé qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer comme critère d'adjudication l'**emploi de chômeurs** de longue durée ou une action de lutte contre le chômage, pour autant que ce critère ait été publié et soit appliqué de manière non discriminatoire (CJCE, arrêt *Commission c/France* du 26.09.2000, aff. C-225/98, Rec. 2000, p. I-7445, pts 48-54). En Suisse, le Secrétariat de la Comco considère comme contraire à la LMI un critère lié à la formation d'**apprentis** (ZÄCH, Rolle, p. 78), alors que le Tribunal administratif zurichois a laissé la question ouverte, pour autant en tout cas qu'une telle exigence soit appliquée de la même manière à tous les soumissionnaires établis en Suisse (TA ZH, 03.11.1999, BEZ 1999 n° 37, c. 5 *i.f.*). Il ne peut s'agir d'un critère d'aptitude, mais seulement d'adjudication (TA AG 28.05.1999 et 15.09.1999, DC 2000/2, S17 et S18, p. 59). Selon le TF, un critère lié à la formation d'apprentis ne doit pas favoriser les grandes entreprises par la fixation d'un nombre absolu plutôt que relatif. De plus, la pondération de 10 % accordée en l'espèce au critère de la formation d'apprentis était trop importante par rapport à la pondération du critère du prix qui s'élevait à 20 % (ATF 129 I 313).
– Des mesures de protection de la **santé** et de la vie des **personnes** et des **animaux** ou visant à la protection des **végétaux** justifient des dérogations au libre accès au marché, pour autant qu'elles ne soient pas un moyen de discrimination arbitraire, ni ne constituent un obstacle déguisé au commerce (art. XXIII § 2 AMP ; art. 3 II/a et b, art. 3-4 LMI). Plusieurs *panels* OMC ont déjà jugé que des restrictions à l'importation de certains biens, imposées en raison du fait que leur mode de production dans l'Etat d'origine n'était pas conforme à une réglementation de l'Etat d'importation visant la préservation des espèces et de l'environnement, étaient disproportionnées et discriminatoires. En revanche, de telles mesures pourraient être admises si elles ne reposaient pas sur une extension unilatérale de la réglementation de l'Etat d'importation, mais sur un effort international concerté, par exemple sur un accord international (décision de l'organe d'appel OMC, *USA-Import prohibition of certain shrimp and shrimp products*, 12.10.1998, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, §§ 146-186 ; MAVROIDIS, Environment p. 73 ss ; KELLER/STOCKER, WTO, p. 472-477). En conséquence, l'imposition unilatérale d'un **mode de production** au lieu du siège du soumissionnaire devrait, en règle générale, être considérée comme discriminatoire ou constituant un obstacle déguisé au commerce (INEICHEN-FLEISCH/WERNLI, Beschaffung, p. 7). La même règle devrait valoir sur le plan interne suisse (TA ZH, 15.12.1998, BEZ 1999 n° 12, c. 3c).
– De même, les **critères d'aptitude** ne peuvent incorporer des préoccupations environnementales (p. ex. l'exigence d'un système de management environnemental selon la norme ISO 14001), que pour autant que celles-ci servent à tester les capacités économiques, techniques et financières des soumissionnaires et qu'elles soient justifiées au regard de la nature du marché (ég. D. ESSEIVA, Note 1, DC 2000/2, p. 56 s.).

d) L'exigence que l'adjudicataire établi en Suisse qui **détache des travailleurs** pour exé- **134**
cuter un marché dans un autre canton respecte les **conditions de travail** applicables dans le canton adjudicateur constitue une violation des art. 3 et 5 LMI, sous réserve des cas de dumping social (art. 3 II/d et III/a LMI). La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés pour exécuter un marché à un lieu autre que celui du siège de leur entreprise dans un autre canton suisse (*infra* N 148-152) ou à l'étranger (*infra* N 153-

165), fait l'objet d'un développement séparé ci-après, de même que la question de l'admissibilité des standards sociaux minimums imposés au lieu de production des soumissionnaires (*infra* N 146).

2. Restrictions justifiées à l'accès aux marchés publics

135 Des **restrictions** au libre accès aux marchés publics doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont admises, selon l'**art. 3 LMI**, que si elles (i) sont appliquées de manière non discriminatoire, (ii) poursuivent un intérêt public prépondérant et (iii) répondent au principe de proportionnalité. De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (Mess-LMI, p. 1248 ; intervention de R. SIMMEN in : BO CE 1995 p. 871 ; WEBER, p. 169 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP du 25.03.1998*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 6 ; Comco, *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 5).

136 Il résulte de l'exigence de non-discrimination qu'une restriction à l'accès qui serait **distinctement applicable**, c'est-à-dire applicable aux seuls soumissionnaires extérieurs, est *ipso facto* illicite (*a contrario* art. 3 I/a LMI). L'application de règles différentes aux soumissionnaires locaux et extérieurs est toujours illégale, même si le pouvoir adjudicateur invoque un intérêt public prépondérant **(« discrimination formelle »)**. En ce sens, l'interdiction de discrimination est absolue (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 57). L'application à un soumissionnaire extérieur de règles de passation de marchés différentes, et par hypothèse plus restrictives, que celles applicables aux soumissionnaires locaux est prohibée. Les art. 3 et 5 LMI prescrivent le « traitement cantonal » en matière de marchés publics (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1586 ; CLERC, Marchés, p. 394 s. ; ZWALD, BGBM, N 110). Seules les restrictions **indistinctement applicables** aux soumissionnaires locaux et extérieurs sont admissibles, pour autant qu'elles remplissent les deux autres conditions d'un intérêt public prépondérant et du respect du principe de proportionnalité (ZWALD, BGBM, p. 427, N 63).

137 Le champ des **exceptions** à l'application de l'AIMP, prévu à l'**art. 10 AIMP** (dont la teneur correspond à celle de l'art. 3 LMP), ne coïncide pas avec celui des **motifs d'intérêts publics prépondérants** admis par la jurisprudence en matière de restrictions à la liberté économique (art. 27 et 36 Cst) et qui sont implicitement identiques à ceux susceptibles d'entrer en ligne de compte pour restreindre l'accès au marché au sens de l'**art. 3 I/b LMI** (Mess-rév.LMI, p. 441). Les divergences concernent l'art. 10 I AIMP. L'AIMP prévoyant une ouverture internationale et intercantonale des marchés publics, les exceptions qu'il contient s'appliquent en principe aussi bien aux soumissionnaires établis dans d'autres Etats qu'à ceux établis en Suisse dans d'autres cantons parties. Il y a dès lors conflit potentiel pour les marchés tombant simultanément dans le champ d'application de l'AIMP et de la LMI. Sous l'angle du **droit interne**, le conflit doit être résolu selon la règle de la **primauté du droit fédéral**. Il en résulterait que les exceptions de l'art. 10 AIMP sont invocables à l'encontre des soumissionnaires établis dans d'autres Etats, tandis qu'elles ne s'appliquent aux soumissionnaires établis en Suisse que dans la mesure où elles sont compatibles avec les art. 3 et 5 LMI (CLERC, Marchés, p. 430 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1585 s.). Une telle solution, qui aboutirait à appliquer une même règle différemment aux soumissionnaires établis à l'étranger et en Suisse, est difficilement praticable. La Comco a recommandé une solution consistant à appliquer uniformément les exceptions de l'art. 10 AIMP aux soumissionnaires établis en Suisse et à l'étranger, tout

en limitant le champ d'application de ces exceptions aux seuls marchés publics couverts par des accords internationaux (Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14).

138 Les **exclusions du champ d'application** de l'AIMP, prévues à l'**art. 10 I AIMP** (qui correspond à l'art. 3 I LMP), sont reprises de l'AMP et des dérogations déposées par la Suisse (art. XXIII § 1 et § 2 *i.f.* AMP et pts 4-5 des Notes générales et dérogations à l'art. III AMP annexées aux engagements pris par la Suisse). Elles permettent à un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal de refuser l'accès à un marché aux soumissionnaires d'autres Etats parties à l'AMP. Le principe du traitement national de l'art. III AMP ne s'applique pas aux exclusions visant l'accès aux marchés publics, mais seulement aux règles régissant la passation du marché, après que l'accès a été accordé (sur la distinction entre accès et traitement national, voir art. I § 1 et art. III AMP, art. XVI et XVII GATS ou art. III § 4 et XI § 1 GATT). En conséquence, un pouvoir adjudicateur peut exclure l'accès des soumissionnaires établis dans d'autres Etats parties sur la base de l'art. 10 I AIMP, tout en garantissant néanmoins un accès ouvert sur le plan interne suisse dans la mesure où le cas d'exclusion de l'art. 10 I AIMP invoqué dans le cas d'espèce serait contraire aux art. 3 et 5 LMI. L'admissibilité d'une passation de gré à gré d'un marché tombant dans le champ de l'art. 10 I AIMP dépend, sur le plan interne suisse, d'une analyse des circonstances du cas d'espèce au regard de l'art. 3 LMI (Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14).

139 Les **exceptions à l'application des procédures de passation**, prévues à l'**art. 10 II AIMP** (qui correspond à l'art. 3 II LMP), sont reprises de l'art. XXIII § 2 AMP. Les exceptions de l'art. 10 II AIMP sont susceptibles d'une interprétation conforme au droit fédéral, *i.e.* aux motifs d'intérêt public justifiant une restriction à la liberté économique selon l'art. 27 Cst, et en conséquence à l'accès au marché selon l'art. 3 LMI (Mess-LMI, p. 1245). Les exceptions de l'art. 10 II AIMP doivent aussi être interprétées de manière conforme au droit international, *i.e.* à la règle de l'art. XXIII § 2 AMP prévoyant que le motif invoqué à l'appui de la non-application de l'accord ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce. Cette condition, applicable dans les rapports internationaux, est reprise par l'art. 3 III LMI dans les rapports internes. L'admissibilité d'une restriction ne peut être définitivement appréciée qu'en fonction des circonstances du cas d'espèce (CRM, JAAC 2000/64 n° 8, c. 1 b/aa ; Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 12-14). Une interprétation harmonisée des deux régimes d'exceptions de l'art. 10 II AIMP et de l'art. 3 LMI permet l'application des mêmes procédures de passation aux soumissionnaires établis dans des Etats parties à l'AMP et à ceux établis en Suisse ; elle évite ainsi le risque d'une violation du principe du traitement national de l'art. III AMP.

140 L'art. 12bis I AIMP prévoit un libre choix entre les procédures ouverte et sélective. La décision de passer un marché par **procédure sélective** ne constitue pas en elle-même une restriction à l'accès au marché. L'application des critères d'aptitude, puis d'adjudication y est seulement effectuée en deux phases séparées au lieu d'une seule dans la procédure ouverte (d'un avis partiellement différent, les préavis de la Comco selon lesquels la procédure sélective serait comme telle plus restrictive que la procédure ouverte : Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 14 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 16-18 ; Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 18 s.). Une restriction n'intervient que si, à l'issue de la première phase de qualification, le pouvoir adjudicateur

limite le nombre des candidats aptes invités à déposer une offre (art. 12 I/b AIMP ; art. 15 IV LMP). En principe, tous les candidats remplissant les critères d'aptitude indiqués dans l'appel d'offres doivent être invités à présenter une offre lors de la seconde phase de la procédure sélective. Exceptionnellement, le **nombre de candidats** peut être **limité** si cela est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace du mécanisme de passation du marché, compte tenu de l'ensemble des intérêts en jeu et du principe de proportionnalité. Tel peut notamment être le cas lorsqu'il n'y a pas un rapport raisonnable entre les frais de la procédure de passation et la valeur du marché. Le pouvoir adjudicateur doit en tout cas retenir le plus grand nombre de candidats aptes possible, compte tenu des circonstances du cas d'espèce ; le nombre minimal de candidats retenus doit s'élever au moins à trois. Il doit faire figurer déjà dans l'appel d'offres la restriction envisagée et le nombre maximal de candidats prévu. Enfin, la sélection parmi les candidats aptes doit s'effectuer de manière loyale et transparente, et selon des critères non discriminatoires (art. III § 1 et 2, art. VII § 1, art. VIII/b, art. X § 1, art. XII § 2/j AMP ; art. 3 et 5 LMI ; pour comparer CRM, JAAC 2000/64 n° 63, c. 4c ; CRM, JAAC 1999/63 n° 16, c. 4 et 6d ; CRM, JAAC 1997/61 n° 76, c. 3c ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 16-18 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 19-22 ; *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 20-22 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 49 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 16.2-16.7). La sélection parmi les candidats aptes doit se fonder sur le degré d'aptitude respectif des candidats, au regard des critères de sélection publiés. La méthode du tirage au sort doit être exclue, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où il s'avérerait impossible de départager deux ou plusieurs candidats d'aptitude égale. En effet, l'autorité qui procède à un tirage au sort au lieu d'utiliser sa liberté d'appréciation commet un excès de pouvoir négatif *(Ermessensunterschreitung)* et est arbitraire (CRM, JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/dd ; ATF 96 I 550 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 16.2 ; *contra* Comco [qui considère le tirage au sort comme un moyen favorable à l'abaissement des coûts de la procédure de passation], *Bemerkungen der Wettbewerbskommission vom 30. Juli 1998 betreffend die Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes*, ad 14, reproduite in : GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, annexe 3 ; *contra* TA AG, 15.03. 1999, c. 5b). Lorsque les conditions précitées sont respectées, la limitation du nombre des soumissionnaires constitue une restriction justifiée selon l'art. 3 LMI. La Comco admet ce point de vue en posant quatre conditions à une restriction licite du nombre des candidats sélectionnés : (i) la limitation du nombre d'offreurs doit être nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication ; (ii) elle est expressément mentionnée dans l'appel d'offres ; (iii) le nombre d'offreurs invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats ; et la concurrence efficace doit être garantie. (iv) Lorsque ces trois premières conditions sont réalisées, l'autorité adjudicatrice doit tenir compte des critères énoncés à l'art. 3 LMI et sélectionner les candidats de manière non discriminatoire. Elle ne saurait en particulier discriminer les soumissionnaires extérieurs par rapport aux soumissionnaires locaux (Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 16-18 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics*, DPC 1998/2, p. 336, ch. 19-22 ; *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 20-22). La décision limitant le nombre de candidats aptes qui seront sélectionnés est une décision finale qui doit être attaquée immédiatement, dès sa publication dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres qui en font partie intégrante (art. 15 I^{bis}/a AIMP ; art. 29/b LMP). Le candidat qui ne contesterait la limitation du nombre de candidats qu'à

l'occasion de la décision l'excluant de la sélection à l'issue de la première phase de la procédure sélective serait forclos (ATF 125 I 203 ; CRM, JAAC 2000/63 n° 16, c. 4 *i.f.*; *contra* TA ZH, 16.04.1999, ZBl 2000, p. 455, c. 3). Une augmentation ultérieure du nombre de candidats retenus est contestable, car elle porte atteinte au principe de la transparence, et pourrait, le cas échéant, violer le principe de l'égalité de traitement. Elle peut en effet constituer un moyen pour le pouvoir adjudicateur de favoriser indûment un ou des candidats qu'il tient à voir déposer une offre alors même que leur classification les reporte au-delà du nombre initialement annoncé (CRM, JAAC 2000/63 n° 16, c. 5).

141 L'**adjudication de gré à gré** d'un marché public, sans aucune mise en concurrence préalable, constitue une restriction absolue à l'accès au marché public en cause pour tous les soumissionnaires potentiels (art. 5 I LMI). Lorsque le marché est de grande importance, la procédure de gré à gré est aussi contraire à l'obligation de publication d'un appel d'offres selon l'art. 5 II LMI. A notre avis, l'énumération des motifs justifiant une passation de gré à gré (art. 12bis AIMP, § 9 Directives AIMP et annexe 2 AIMP ; pour comparer au niveau fédéral : art. 13 et 36 OMP) constitue une concrétisation législative, dans le domaine des marchés publics, de la règle générale de l'art. 3 LMI. L'utilisation de la procédure de gré à gré est soumise à **deux conditions cumulatives**, l'une spécifique et l'autre générale. (i) Il faut d'abord que soit réalisé l'un des **motifs justificatifs, qui sont de deux ordres**. Il s'agit premièrement de cas spécifiques, indépendants de la valeur du marché en cause, et dont la liste exhaustive figurant à l'art. XV § 1 AMP a été reprise sous une forme quelque peu imprécise dans le droit intercantonal (art. 12bis I AIMP et § 9 Directives AIMP), respectivement au niveau fédéral (art. 13 et 36 I OMP). Il est dès lors préférable en pratique de vérifier directement sur la base de l'art. XV AMP si un cas de gré à gré est rempli. Ces cas doivent être appliqués restrictivement, dès lors que la passation de gré à gré est une procédure exceptionnelle. La justification d'un marché de gré à gré ne peut être appréciée qu'en fonction des circonstances du cas d'espèce. La seconde catégorie de motifs justificatifs concerne les « petits marchés » dont la valeur du marché est inférieure aux seuils fixés dans le droit intercantonal (art. 12bis II AIMP et annexe 2 AIMP), respectivement dans la réglementation fédérale (art. 36 II/b-c OMP). (ii) Ensuite, les principes généraux de **non-discrimination et de proportionnalité** posés par l'art. XV § 1 *i.i.* AMP exigent que la procédure de gré à gré ne soit pas utilisée en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ni comme un moyen de discrimination ou de protectionnisme déguisé. Cette seconde condition correspond aux exigences de non-discrimination formelle (art. 3 I/a LMI), de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et d'interdiction du protectionnisme (art. 3 III LMI) qui sont imposées par la LMI pour justifier une restriction à l'accès au marché sur le plan suisse. Bien que les réglementations (inter-)cantonales et fédérales en matière de marchés publics n'aient pas transposé cette seconde condition, celle-ci s'impose du fait de la primauté du droit international et de l'interprétation conforme du droit national avec les traités internationaux ainsi que, pour l'AIMP, du fait de la force dérogatoire du droit fédéral dont dispose la LMI. Il en découle, *a contrario*, que le pouvoir adjudicateur a non seulement la faculté, mais l'obligation, d'utiliser toujours la procédure de passation garantissant le maximum de concurrence possible, même dans les cas énumérés à l'art. XV AMP. *A contrario*, un soumissionnaire ne saurait faire grief à un pouvoir adjudicateur d'avoir utilisé une procédure de passation plus « libérale » que la procédure de gré à gré, telles une procédure sur invitation ou une procédure ouverte/sélective, bien qu'un cas de gré à gré ait été rempli (CRM, JAAC 65/2001 n° 77, c. 2b ; Wolf, Freihändige, p. 127-148 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, N. 166 s. ; Lang, Binnenmarkt, p. 28 s.). La procédure de gré à gré implique par nature des négociations en-

tre le pouvoir adjudicateur et l'entreprise choisie, sans enfreindre l'interdiction générale de négociations prévue au niveau (inter-)cantonal (art. 11/c AIMP ; § 30 II Directives AIMP), ni nécessité au niveau fédéral de respecter les formes spéciales prévues pour les négociations autorisées dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective (art. 20 LMP ; art. 26 OMP). Lorsque le marché en cause est soumis aux accords internationaux, son adjudication de gré à gré doit faire l'objet d'une **publication** (art. XVIII § 1 *i.i.* qui prévoit une publication pour les marchés passés au titre de l'art. XV AMP) indiquant précisément lequel des cas de gré à gré a justifié l'utilisation de cette procédure de passation (art. XVIII § 1/f AMP). Cette publication contient la (seule) décision par laquelle les concurrents prennent connaissance du marché attribué de gré à gré et peuvent contester en justice la justification du cas de gré à gré invoqué par le pouvoir adjudicateur (CRM, JAAC 64/2000 n° 8, c. 1b/bb ; CRM, JAAC 65/2001 n° 77, c. 1d/bb ; WOLF, Freihändige, p. 155-157). Cette règle s'impose d'elle-même, car la justification du gré à gré constitue le motif essentiel, voire unique, d'un éventuel recours formé par un concurrent potentiel. Il en découle aussi que le pouvoir adjudicateur doit attendre l'expiration du délai de recours contre la décision d'adjudication de gré à gré avant de conclure le contrat avec l'adjudicataire (TAF, arrêt du 02.07.2009, B-3402/2009, c. 7.2 ; MICHEL/CLERC/CARRON/FOURNIER, Protection juridique, p. 86 ; BEYELER, Beschaffung, N 677).

142 Les **« petits marchés »**, dont la valeur est inférieure aux seuils prévus par les accords internationaux, restent soumis au principe du libre accès (art. 5 I LMI) qui s'applique indépendamment de la valeur du marché en cause. La règle demeure l'utilisation de la procédure ouverte ou sélective (*supra* N 140). L'invitation à soumissionner ou la procédure de gré à gré constitue une restriction à l'accès au marché qui doit être justifiée par un motif d'intérêt public prépondérant (art. 3 LMI). A notre sens, des motifs d'économie de procédure reposant sur le rapport entre la valeur du marché et les coûts administratifs d'une procédure de passation, justifient la fixation de valeurs seuils au-dessous desquelles les marchés peuvent être passés avec une procédure sur invitation, voire de gré à gré. Ces seuils, prévus par le droit intercantonal à l'art. 12bis II AIMP et annexe 2 à l'AIMP (pour comparer en droit fédéral : art. 36 II/b-c OMP), doivent en tout cas s'appliquer de manière non discriminatoire aux soumissionnaires extérieurs et locaux (*infra* N 172-175). Une « marge de manœuvre » qui servirait à donner la préférence aux soumissionnaires locaux serait contraire à l'art. 3 I/a LMI (sur les seuils déterminants pour les différentes procédures de passation, voir *infra* N 175 ; Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 26-39 ; ZWALD, BGBM, N 115 s. ; WOLF, Freihändige, p. 150 s.).

143 La **« clause bagatelle »**, ou clause ***de minimis***, exclut du champ d'application des accords internationaux les marchés de travaux qui n'atteignent pas séparément CHF 2 millions et dont la valeur totale ne dépasse pas 20 % de la valeur globale de l'ouvrage (art. 7 II *i.f.* AIMP ; pour comparer en droit fédéral : art. 7 II LMP et art. 14 et art. 32/a/2 OMP). Les lots de travaux concernés par la clause *de minimis* sont passés sur le plan interne suisse et selon les procédures de passation prévues à l'annexe 2 AIMP (marchés assujettis à l'AIMP, mais non soumis aux accords internationaux). Tous les autres lots doivent être passés selon la procédure de passation applicable en fonction de la valeur globale de l'ouvrage. La clause *de minimis* est inspirée du droit de l'Union (art. 9 § 5/a/III Directive classique 2004/18 ; art. 17 § 6/a/III Directive secteurs 2004/17). Elle a vocation à être invoquée d'abord à l'encontre des soumissionnaires établis dans d'autres Etats, dont l'accès aux marchés publics de travaux passés en Suisse dépend de l'application des accords internationaux. Sa validité envers les soumissionnaires établis en Suisse dépend de l'existence d'un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 3 LMI et du fait qu'elle ne

peut pas constituer un moyen de discrimination des soumissionnaires externes (art. 3 I et III et art. 5 I LMI). La différence de traitement entre les soumissionnaires établis en Suisse et à l'étranger ne constitue pas une violation de l'art. III AMP dès lors que les marchés de travaux d'une valeur maximale de CHF 2 millions ne sont pas compris dans le champ de l'AMP, de l'Accord MP ou de la Convention AELE, et que le principe du traitement national ne s'applique pas aux restrictions à l'accès au marché. La clause *de minimis* doit être interprétée dans le cadre de l'art. 5 II LMI, au regard de l'obligation de publication d'un appel d'offres pour les marchés de grande importance. Sa validité dépend en définitive des seuils prévus à l'annexe 2 AIMP pour l'application des différents types de procédure de passation. L'utilisation d'une procédure de passation qui restreint l'accès des soumissionnaires, comme l'invitation à soumissionner ou l'adjudication de gré à gré, peut être justifiée lorsque les coûts administratifs d'une procédure avec mise en concurrence seraient hors de proportion avec la valeur du marché (*infra* N 172-175).

144 Toute restriction à l'accès au marché doit faire l'objet d'une **décision sujette à recours (art. 9 I LMI)**. Si un soumissionnaire considère faire l'objet d'une restriction contraire aux art. 3 et 5 LMI et que celle-ci ne revêt pas la forme d'une décision, il peut exiger du pouvoir adjudicateur qu'une décision formelle soit prise. Un recours juridictionnel est en principe ouvert contre toute restriction à l'accès au marché. Le législateur a considéré qu'une discrimination doit être évaluée sans égard à la valeur du marché en question et a refusé d'exclure les recours contre les cas-bagatelles (Mess-LMI, p. 1255). Toutefois, les réglementations cantonales et communales peuvent prévoir l'irrecevabilité du recours contre l'**adjudication de gré à gré d'un « petit marché »**, dont la valeur est inférieure aux seuils applicables pour cette procédure sur le plan interne suisse (ATF 131 I 137). L'annexe 2 à l'AIMP permet la passation de gré à gré pour les fournitures dont la valeur est inférieure à CHF 100 000, les services dont la valeur est inférieure à CHF 150 000 et les travaux dont la valeur est inférieure à CHF 150 000 pour le second œuvre et à CHF 300 000 pour le gros œuvre. Le TF a admis l'exclusion d'une voie de recours dans un tel cas en se fondant essentiellement sur quatre motifs. Premièrement, l'absence d'évaluation comparative formelle des offres et la rapidité qui caractérisent la passation de gré à gré d'un petit marché sont largement incompatibles avec un contrôle juridictionnel subséquent. Deuxièmement, le droit fédéral ne saurait imposer aux cantons, par le biais de l'art. 9 LMI, une voie de recours contre l'adjudication de gré à gré de « petits marchés », alors même que l'art. 2 III *i.f.* LMP exclut toute voie de recours contre l'attribution de marchés dont la valeur est inférieure aux seuils internationaux. Troisièmement, une protection juridictionnelle devrait subsister lorsque l'attribution de gré à gré même d'un petit marché poursuit un objectif discriminatoire visant à empêcher l'accès aux marchés des soumissionnaires externes. Quatrièmement, tant la publication de l'adjudication que la voie de recours restent garanties lorsque la passation de gré à gré repose sur un cas exceptionnel prévu par l'art. XV AMP et que le marché en cause a une valeur supérieure aux seuils fixés par les accords internationaux, afin de pouvoir contester la justification du cas de gré à gré invoqué (ATF 131 I 137, c. 2.4-2.6 ; pour un commentaire de cette jurisprudence, cf. LMI 9 N 49 s.).

3. Conditions de travail

145 La question du respect des conditions de travail développée dans cette section est limitée à l'hypothèse dans laquelle le lieu d'exécution du marché diffère du lieu du siège de l'entreprise adjudicataire, de sorte que celle-ci doit **détacher des travailleurs** pour exécu-

ter tout ou partie de la prestation qui fait l'objet du marché. Les art. 1-3 LMI ainsi que l'art. 11/e AIMP et le § 7 Directives AIMP d'une part, les art. 8 I/b et 11/d LMP et les art. 6-7 OMP d'autre part, règlent cette problématique de manière différente en imposant, dans le premier cas, le respect des conditions de travail au lieu du siège de l'entreprise (lieu de provenance, *Herkunftsprinzip*) et, dans le second cas, le respect des conditions de travail au lieu de fourniture de la prestation ou lieu d'exécution *(Leistungsortsprinzip)*. Les contradictions apparentes entre ces réglementations sont représentatives du phénomène de l'interaction des sources de droit international, fédéral et cantonal en matière de marchés publics (*supra* N 24). Lorsque l'entreprise adjudicataire a son domicile ou son siège à l'étranger, les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'un marché public découlent d'une combinaison des règles applicables à la libre circulation des personnes et aux marchés publics, ce qui constitue une difficulté supplémentaire. La loi sur les travailleurs détachés et l'ordonnance sur les travailleurs détachés, adoptées afin de mettre en œuvre l'art. 22 § 2 ALCP et l'art. 21 de l'Annexe K à la Convention AELE, imposent le respect d'un noyau dur de conditions minimales de travail au lieu d'exécution en Suisse.

146 La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés doit être distinguée de celle de la « concurrence déloyale » reprochée aux entreprises qui bénéficient de **conditions de production** favorables (p. ex. protection sociale et salaires inférieurs) au **lieu de leur siège** et qui peuvent ensuite offrir les biens et services qu'elles y produisent à des prix plus bas dans le cadre d'un marché public ou, plus généralement, dans le commerce mondial. Cette problématique importante au niveau international est en revanche pratiquement inexistante au sein du marché intérieur suisse, où les conditions de travail entre les régions sont relativement homogènes. L'avantage compétitif dont disposent les entreprises établies dans des pays où le coût de la main-d'œuvre est bas pourrait être limité soit par des salaires minimaux imposés internationalement au nom du respect des droits sociaux fondamentaux, soit par l'application de « coefficients correcteurs » aux offres émanant de ces entreprises et imposés au nom d'une « égalité des armes ». L'intégration de normes de travail fondamentales *(core labour standards)* dans le cadre des négociations de l'OMC est fortement controversée et combattue en particulier par les pays en développement qui y voient une mesure de protectionnisme déguisé de la part des pays développés qui promeuvent cette idée. Elle a trouvé un écho dans la réglementation fédérale en matière de marchés publics, où lorsque la prestation faisant l'objet du marché est exécutée à l'étranger (pour être ensuite livrée sous une forme finie à un pouvoir adjudicateur suisse de niveau fédéral), l'adjudicataire sis à l'étranger respecte au moins les **conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)** concernant notamment le travail forcé, le travail des enfants, l'âge minimum d'accès à l'emploi, la liberté syndicale, les négociations collectives, l'égalité de rémunération entre femmes et hommes et les discriminations en matière d'emploi (art. 7 II et annexe 2*a* OMP). La problématique esquissée ici sort du champ de ce commentaire (voir aussi *supra* N 133).

147 La question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés doit être résolue différemment selon que les entreprises soumissionnaires sont établies en Suisse (*infra* N 148-152) ou dans un autre Etat (*infra* N 153-165). Cette application de conditions de travail différentes ne donne lieu, à notre avis, ni à une violation du principe du traitement national, ni à une discrimination à rebours des soumissionnaires établis en Suisse (*infra* N 155-158, 160, 164 et 166 s.).

a) Soumissionnaires établis en Suisse

Il convient de distinguer selon que l'entreprise soumissionnaire établie en Suisse participe à un marché public de niveau cantonal/communal (*infra* N 149-151) ou de niveau fédéral (*infra* N 152). **148**

Les conditions de travail applicables à ses travailleurs détachés d'une entreprise soumissionnaire établie en Suisse et qui participe à un **marché public de niveau cantonal ou communal**, sont d'abord régies par la LMI. Il découle des **art. 2 I et III ainsi que 3 I/b et II/a LMI** que l'entreprise établie en Suisse et qui détache ses travailleurs dans un autre canton que celui de son établissement pour y effectuer une prestation de services doit en principe respecter les **conditions de travail de son lieu de provenance**, sauf exception en cas de **véritable dumping social**. Cette règle est justifiée par le fait que les prescriptions en matière de conditions de travail en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes dans les différents cantons (art. 2 V LMI, § 7 II *i.f.* Directives AIMP), de sorte qu'une dérogation au principe du droit du lieu de provenance ne se justifie pas et constituerait une mesure protectionniste (Weber, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; Wyler, Détachement, p. 276-279). Si des différences dans les conditions de travail subsistent encore entre les cantons, elles sont à l'origine d'une compétitivité plus grande des entreprises qui ont des coûts plus bas, ce qui devrait permettre, à terme, un certain rééquilibrage économique entre les régions (Mess-LMI, p. 1248 s. ; intervention de J. Deiss, BO CN 1995 p. 1157). La protection sociale suffisante des travailleurs constitue un intérêt public prépondérant susceptible de justifier une restriction, à l'exclusion de mesures de politique économique visant à préserver des entreprises locales de la concurrence au nom d'une « égalité des armes » (ATF 121 I 129, c. 3b ; de même en droit de l'Union, CJCE, arrêt *Procédure pénale c/Michel Guiot* du 28.03.1996, aff. C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905, pt 21). Supprimer la concurrence des entreprises établies dans des cantons économiquement plus faibles, où le niveau des salaires est plus bas, reviendrait même à contrecarrer le but de stimulation de la concurrence intérieure poursuivi par la LMI (intervention de H. Reymond, BO CE 1995 p. 933). En conséquence, le principe de proportionnalité prescrit l'application des prescriptions en vigueur au lieu de provenance lorsque celles-ci permettent d'atteindre la protection recherchée (art. 3 II/a LMI). Il s'oppose à une obligation de respect des conditions de travail au lieu d'exécution du marché ; une exception n'est possible qu'en cas de véritable dumping social (Mess-LMI, p. 1248 s.). Il existe sur ce point un **silence qualifié** de la LMI, le législateur fédéral ayant refusé d'introduire dans cette loi une disposition spéciale relative au respect des conditions de travail au lieu d'exécution de la prestation (proposition de C. Eymann, BO CN 1995 p. 1156-1158 ; proposition correspondante de H. Bisig, BO CE 1995 p. 931 s. ; discussion devant le Parlement, BO CE 1995 p. 931-934 ; BO CN 1995 p. 1156 s., 2052-2054 ; Weber, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, N 245 ; Tercier/Raas/Wagner/Zurkinden, p. 16 s. ; Zwald, BGBM, N 129 et n. 168 ; Wyler, Détachement, p. 276-279). **149**

La règle posée par l'art. 5 LMI bénéficiant de la primauté du droit fédéral, l'**AIMP et les réglementations cantonales ou communales en matière de marchés publics** doivent s'y conformer. L'art. 11/e AIMP impose uniquement l'obligation de respecter les conditions de travail, sans préciser à quel lieu. L'art. 7 § 2 Directives AIMP prévoit que *« [l]es conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail ; en leur absence ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes »*. Sous l'empire de la première version de l'AIMP, la Comco a aussi approuvé une **150**

règle selon laquelle *« les prescriptions de travail au lieu d'exécution […] sont déterminantes, sous la réserve toutefois que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes »* (Comco, *Préavis concernant le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 24-29 ; *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 40 s.). Il découle de l'application combinée de la LMI, de l'AIMP et des Directives AIMP, respectivement de la réglementation cantonale en matière de marchés publics, qu'un pouvoir adjudicateur de niveau cantonal ou communal doit reconnaître comme équivalentes les **conditions de travail en vigueur au lieu de provenance** du soumissionnaire dans un autre canton, sauf **exception** en cas de véritable **dumping social** (ZWALD, BGBM, N 129-133). Le pouvoir adjudicateur est en droit de **vérifier l'équivalence** des conditions de travail du canton de provenance du soumissionnaire avec celles du canton d'exécution du marché, pour autant qu'il indique les critères précis (p. ex. temps de travail, salaire minimum) sur lesquels porte la vérification et à propos desquels le soumissionnaire doit apporter des preuves de respect. Ces indications devraient figurer d'emblée dans l'appel d'offres ou la documentation d'appel d'offres ou être réclamées ultérieurement en cas d'incertitude, en impartissant au soumissionnaire extra-cantonal un délai supplémentaire approprié pour lui permettre d'apporter les preuves requises (ATF 130 I 258, c. 3-5).

151 Le Tribunal fédéral a souligné que l'**obligation d'adhérer à une convention collective de travail** (CCT) pour obtenir l'attribution d'un marché constituerait une restriction **inadmissible** à la liberté d'accès au marché (art. 5 LMI) pour les entreprises extérieures qui ne connaissent pas les mêmes conditions : bien que poursuivant un objectif de politique sociale légitime au sens de l'art. 3 I/b LMI, une telle restriction serait contraire au principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et constituerait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 III LMI) (ATF 124 I 107, c. 2 f ; ég. Comco, *Préavis sur les projets de loi BS/BL en matière de marchés publics*, DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3). Par ailleurs, une règle qui subordonne la participation à un marché public à l'adhésion à une CCT ou au respect des dispositions matérielles de celle-ci, est contraire au droit fédéral car elle aboutit pratiquement au même résultat qu'une décision d'extension d'une CCT, mais ignore les conditions auxquelles l'extension est subordonnée et frustre les dissidents des droits que la *Loi fédérale du 28. 9. 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail* (LECCT, RS 221.215.311) leur accorde impérativement (principe de la force dérogatoire du droit fédéral de l'art. 49 I Cst ; ATF 109 Ib 238 ; AUBERT, Soumissions, p. 147-176 ; Comco, *Préavis sur les projets de loi BS/BL en matière de marchés publics*, DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3 ; confirmé par ATF 124 I 107, c. 2a-e). Enfin, l'obligation d'adhésion à une CCT violerait, au regard du principe de proportionnalité, le droit constitutionnel à la liberté économique (art. 27, 94 et 95 II Cst) et la liberté d'association (art. 23 et 110 II Cst) (ATF 124 I 107, c. 3-4). En revanche, une réglementation cantonale exigeant qu'un marché ne puisse, « en principe » être attribué qu'à un soumissionnaire qui a adhéré, comme employeur, à un contrat collectif de travail, reste conforme à la LMI dans la mesure où elle permet au soumissionnaire qui n'est soumis à aucune CCT de démontrer autrement qu'il respecte les conditions usuelles de travail (ATF 130 I 258, c. 2).

152 Les soumissionnaires établis en Suisse et participant à un **marché public de niveau fédéral** doivent respecter pour leurs travailleurs détachés les **conditions de travail applicables au lieu où la prestation est fournie** (art. 8 I/b et 11/d LMP ; art. 6 et 7 I OMP). Les conditions de travail sont définies à l'art. 7 OMP comme celles figurant dans les conventions collectives et contrats-types, ou à défaut, les conditions de travail habituelles dans la

région ou la profession. Selon une interprétation littérale, la règle des conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution s'applique aussi bien aux soumissionnaires établis en Suisse qu'à ceux établis dans un autre Etat. Les principes issus de la LMI (*supra* N 149-151) ne s'appliqueraient pas : le législateur fédéral ayant considéré lors de l'adoption de la LMI que les principes contenus dans cette loi devaient en principe être concrétisés dans les lois fédérales spéciales, la LMP actuelle constitue une *lex specialis* par rapport à la LMI (Mess-LMI, p. 1234, 1239, 1244) aussi pour ce qui concerne les conditions de travail applicables au détachement de travailleurs ayant lieu dans le cadre d'un marché public fédéral. Cette interprétation est renforcée par le fait que l'art. 5 LMI ne concerne que les marchés publics cantonaux et communaux, mais non les marchés publics fédéraux (*supra* N 86). Une telle conclusion peut choquer. Elle signifierait que la Confédération impose aux adjudicataires établis en Suisse, par le biais de la LMI, le respect des conditions de travail du lieu de provenance pour l'exécution des marchés publics cantonaux ou communaux, alors qu'elle n'entend pas respecter elle-même cette règle pour les marchés publics fédéraux (GAUCH, Bundesgesetz, p. 324 s. ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 254). Aucune raison objective ne justifie une exception à la réalisation du marché intérieur suisse pour les marchés de niveau fédéral. La LMP a été adoptée dans le but principal de transposer l'AMP et d'assurer l'ouverture internationale des marchés publics fédéraux (Mess-2 GATT, p. 1193 ; intervention de J.-P. DELAMURAZ, BO CN 1995 p. 1158, et de R. SIMMEN, BO CE 1995 p. 931). L'art. 4 LMP ne règle que l'accès des soumissionnaires étrangers, alors que l'accès des soumissionnaires suisses découle directement de l'art. 95 II Cst (*supra* N 112). En conséquence, selon une partie de la doctrine, l'art. 8 I/b LMP devrait être interprété de manière conforme à l'art. 95 II Cst pour ce qui concerne le respect des conditions de travail par les soumissionnaires établis en Suisse (art. 190 Cst ; ATF 111 Ia 292, c. 3b, 108 V 235, c. 4b ; HANGARTNER, Art. 190 Cst, N 21). L'art. 95 II Cst a été interprété dans la LMI comme imposant le respect des conditions de travail du lieu de provenance, sous réserve de véritable dumping social (Mess-LMI, p. 1241 s.). En conséquence, cette règle devrait aussi s'appliquer dans le cas d'un marché public de niveau fédéral, pour les soumissionnaires établis en Suisse. En revanche, lorsque le soumissionnaire provient d'un autre Etat partie à l'AMP ou à un autre accord international, la règle de l'art. 8 I/b LMP du respect des conditions de travail au lieu d'exécution s'applique (CLERC, Marchés, p. 450 ; voir *infra* N 153-165 ; WYLER, Détachement, p. 269 s.). Cette controverse doctrinale n'a pas un impact pratique important, dans la mesure où les conditions de travail à l'intérieur de la Suisse sont relativement homogènes d'un canton à l'autre.

b) Soumissionnaires établis à l'étranger

153 Les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés par une entreprise adjudicataire établie à l'étranger et qui exécute un marché public en Suisse varient selon que l'adjudicataire est établi dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (*infra* N 159-165) ou dans un Etat tiers (*infra* N 154-158). Les règles spéciales applicables aux soumissionnaires établis à l'étranger doivent en outre être combinées avec celles découlant des réglementations applicables aux marchés publics de niveau fédéral (*supra* N 152), respectivement de niveau cantonal et communal (*supra* N 150).

154 Dans le système des accords OMC, le détachement de travailleurs par une entreprise afin de fournir un service est défini par le GATS comme constituant le mode 4 de prestation de services (art. 1 § 2 GATS et Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournis-

sant des services relevant de l'accord, RS 0.632.20). Le détachement de travailleurs n'entre pas dans le champ d'application de l'AMP et relève uniquement des règles du GATS. La Suisse a précisé dans ses annexes à l'AMP qu'elle limitait ses engagements en matière de services (dont relèvent les travailleurs détachés fournissant des services) à ceux pris dans le cadre du GATS (point 6 des Notes générales et dérogations aux dispositions de l'art. III AMP). En conséquence, les **soumissionnaires établis dans un Etat tiers** (*i.e.* hors UE et AELE) ne peuvent déduire des principes du traitement national et de la non-discrimination prévus à l'art. III AMP ni un droit à détacher leur propre main-d'œuvre en Suisse pour y exécuter un marché public (Mess-2 GATT, p. 1226 ; Bock, Vergaberecht, p. 716 s. ; Cottier/Pannatier/Wagner, Accords, p. 32 ; Wasescha, Beschaffungswesen, p. 182), ni, *a fortiori*, un droit à être soumis aux mêmes règles sur les conditions de travail des travailleurs détachés qu'un soumissionnaire établi en Suisse. L'art. III § 3 AMP rappelle ainsi expressément que « les dispositions des paragraphes 1 et 2 [traitement national et non-discrimination] ne s'appliqueront pas […] aux mesures touchant le commerce des services autres que les lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord ». L'adjudicataire étranger ne peut pas non plus tirer un tel droit du principe du traitement national statué parallèlement par l'**art. XVII GATS**. Cette disposition ne s'applique que dans la mesure des engagements spécifiques consentis par chaque Etat Membre (art. XVI GATS). La Suisse n'a offert qu'une très faible libéralisation dans le cadre du GATS. Au surplus, l'accès au marché selon le mode de déplacement de personnes physiques est systématiquement non consolidé *(unbound)* dans la Liste déposée par la Suisse, ce qui signifie qu'aucun engagement n'a été pris à ce titre (document GATS/SC/83 du 15 avril 1994 ; Mess-1 GATT, p. 263 s. et 273 s. ; Clerc, Mondialisation, p. 173-175). En l'absence d'engagement spécifique de la Suisse, une entreprise établie dans un Etat membre de l'OMC ne peut détacher ses travailleurs en Suisse que si elle obtient une autorisation selon les conditions générales posées par la réglementation fédérale sur les étrangers (Loi fédérale du 16.12.2005 sur les étrangers [LEtr], RS 142.20 ; Ordonnance du 24.10.2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA], RS 142.201). Si une telle autorisation est délivrée, le GATS ne s'oppose pas à ce que soit imposé à l'entreprise le respect des conditions de travail au lieu d'exécution du marché en Suisse. L'entreprise ne peut invoquer à ce propos une discrimination contraire au droit de l'OMC, en arguant du fait que les soumissionnaires établis en Suisse seraient tenus au seul respect des conditions de travail de leur lieu (canton) de provenance. En effet, le principe du traitement national prévu par l'art. XVII GATS ne s'applique que si et dans la mesure des engagements spécifiques consentis par chaque Etat membre de l'OMC. Faute d'engagement spécifique par la Suisse, il n'existe aucune garantie de non-discrimination découlant du GATS. Les rares cas où la Suisse a pris un engagement au titre du mode 4 (détachement de personnes physiques) dans le cadre du GATS concernent essentiellement des dirigeants et des spécialistes dans le cadre de transferts internes aux entreprises. Même lorsqu'un tel engagement existe, le principe du traitement national de l'art. XVII GATS ne vaut que dans la limite des restrictions indiquées par chaque Etat dans sa Liste d'engagements spécifiques. Or, la Suisse a fait figurer dans sa Liste d'engagements au titre du GATS une restriction horizontale (c'est-à-dire une réserve applicable à tous les engagements), qui réserve l'application des conditions de travail locales, des normes de sécurité sociale et du droit des étrangers *(Limitations on national treatment : « 4) Unbound, except for measures concerning the categories of natural persons referred to in the market access column, subject to the following limitations and conditions : Working conditions prevailing in the branch and the place of activity pro-*

vided by law and/or collective agreement [with respect to remuneration, working hours, etc.], measures limiting professional and geographical mobility within Switzerland, regulations related to statutory systems of social related to statutory systems of social security and public retirement plans [with respect to qualifying period, residency requirement, etc.], and all other provisions of the legislation relating to immigration, entry, stay and work »).

155 En conclusion, le GATS ne s'oppose pas ce que soit imposé à un soumissionnaire établi dans un Etat membre de l'OMC l'obligation d'appliquer à ses travailleurs détachés les **conditions de travail du lieu d'exécution du marché**. L'entreprise soumissionnaire établie dans un Etat tiers qui détache ses travailleurs en Suisse pour l'exécution d'un marché public peut être contrainte à respecter non seulement la liste exhaustive des conditions de travail prévues par l'art. 2 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés (conditions de travail prévues dans une loi ou ordonnance, dans une CCT déclarée d'application générale ou un contrat-type de travail au sens de l'art. 360*a* CO), mais aussi toutes les autres conditions usuelles de travail (art. 22 LEtr). Le GATS ne s'oppose pas non plus à ce que la réglementation interne sur les marchés publics prévoie des obligations supplémentaires en ce qui concerne les conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, de sorte que s'appliquent aussi l'art. 8 I/b LMP et les art. 6-7 OMP dans le cas d'un marché public fédéral, respectivement les règles cantonales calquées sur le § 7 des Directives AIMP dans l'hypothèse d'un marché public de niveau cantonal ou communal. L'application d'une règle différente aux soumissionnaires établis en Suisse (règle des conditions de travail au lieu de provenance) par rapport aux soumissionnaires établis dans d'autres Etats Parties à l'AMP (règle des conditions de travail au lieu d'exécution) ne constitue **pas**, envers ces derniers, une **discrimination** contraire au droit international (CLERC, Marchés, p. 448-452 ; *contra* : WEBER, p. 172 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 73 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 251 ; COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 262-264 et 275-279 ; ZWALD, BGBM, N 134 ; Comco, *Préavis sur le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 24-29 ; Préavis sur le projet de loi neuchâteloise sur les marchés publics, DPC 1998/2, p. 336, ch. 24-28).

156 Dans la doctrine qui considère que les soumissionnaires établis dans d'autres Etats parties à l'AMP pourraient se prévaloir du principe du traitement national de l'art. III AMP, deux types de solutions sont proposées pour régler la question des conditions de travail applicables aux travailleurs détachés (*infra* N 157-158). Ces deux solutions doivent, à notre avis, être rejetées, dès lors qu'elles ne sont pas nécessaires (*supra* N 154 s.).

157 a) Une partie des auteurs propose une **réglementation différenciée** des conditions de travail selon que le marché est ou non assujetti à l'AMP. Cette solution s'inspire d'un document semi-officiel du 31.01.1996, *« Schnittstellen zwischen dem Submissionskonkordat und dem Binnenmarktgesetz im Submissionsbereich »*, émanant du Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO, ex-Office fédéral des affaires économiques extérieures). Tous les soumissionnaires, qu'ils soient établis en Suisse ou dans d'autres Etats parties à l'AMP, doivent respecter les conditions de travail au lieu d'exécution lorsque le marché tombe dans le champ d'application de l'AMP. En revanche, une règle différenciée s'applique pour les marchés non soumis à l'AMP : les soumissionnaires établis en Suisse sont soumis à l'exigence de principe découlant de la LMI du respect des conditions de travail à leur lieu de provenance en Suisse, alors que les soumissionnaires établis dans d'autres Etats sont soumis à la règle du respect des conditions de travail au lieu d'exécution des travaux (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 172 ; intervention de J.-P. DELAMURAZ in : BO CN 1995

p. 2054 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 251-253). A notre avis, la solution proposée par cette partie de la doctrine est superflue dès lors que le principe du traitement national de l'art. III AMP et de l'art. XVII GATS n'est pas violé par l'application de règles différentes en matière de respect des conditions de travail (*supra* N 154 s.). De plus, interpréter la règle de la LMI concernant le respect des conditions de travail au lieu de provenance de l'adjudicataire comme s'appliquant uniquement aux marchés hors champ d'application de l'AMP force la volonté claire du législateur qui a voulu appliquer cette règle à tous les soumissionnaires établis en Suisse, quel que soit le marché passé. Cette solution n'aurait été applicable qu'en cas de subsidiarité absolue de la LMI par rapport à l'AIMP, mais non dès lors que la LMI constitue une loi-cadre limitée aux principes qui pose un standard minimum à respecter pour tous les marchés (CLERC, Marchés, p. 448 s. ; *supra* N 37-39). Enfin, une application absolue de la règle du respect des conditions de travail au lieu d'exécution va au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre le dumping social (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 73).

158 b) Du fait de l'absence de violation du principe du traitement national (art. III AMP et art. XVII GATS, *supra* N 154 s.), il nous paraît aussi superflu d'appliquer un **« principe du lieu de provenance tempéré »** selon lequel un soumissionnaire étranger pourrait continuer à appliquer à ses travailleurs détachés les conditions de travail de leur lieu de provenance, mais verrait son offre affectée d'un coefficient correcteur destiné à neutraliser l'avantage résultant du coût de la vie plus bas à son lieu d'établissement (COTTIER/CAPLAZI, Spannungsfelder, p. 275-279). Une telle solution, justifiée par le souci de rétablir une « égalité des armes », éviterait de plus difficilement le reproche d'un protectionnisme déguisé.

159 Une **entreprise soumissionnaire établie dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE** et qui entend détacher ses travailleurs en Suisse pour y exécuter un marché public dispose de droits d'accès plus étendus découlant de l'Accord MP, de l'ALCP et de la Convention AELE. Les accords précités contiennent aussi des règles spécifiques quant aux conditions de travail dont le respect peut être imposé aux entreprises établies dans l'UE/AELE et qui détachent leurs travailleurs en Suisse (ou vice-versa). La grande marge de discrétion laissée par le GATS aux Membres de l'OMC pour ce qui concerne les conditions de travail des travailleurs détachés par des entreprises soumissionnaires établies dans un Etat tiers (*supra* N 154) s'en trouve ainsi réduite.

160 Comme tels, **ni l'Accord MP, ni l'Annexe R de la Convention AELE** ne confèrent un droit d'accès qui permettrait aux soumissionnaires établis dans l'UE/AELE de détacher leurs travailleurs en Suisse dans le cadre d'un marché public. Comme l'AMP (*supra* N 154), l'art. 3 § 6 de l'Accord MP renvoie, par l'intermédiaire de ses Annexes VI et VII au GATS *(« Les engagements pris par les parties dans le domaine des services, y compris les services de construction, au titre du présent Accord sont limités aux engagements initiaux spécifiés dans les offres finales de la Communauté et de la Suisse présentées dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services »).* De plus, l'art. 15 de l'Accord MP prévoit que l'Accord n'affecte pas les droits et obligations découlant pour les Parties des accords OMC. L'art. 4 de l'Annexe R à la Convention AELE procède à un renvoi identique, par le biais de ses Appendices 10 et 11. En raison de ces renvois au GATS, un adjudicataire établi dans l'UE/AELE ne peut déduire des principes du traitement national et de la non-discrimination prévus à l'art. 6 § 1 de l'Accord MP et à l'art. 6 de l'Annexe R à la Convention AELE, un quelconque droit à détacher sa propre main-d'œuvre pour exécuter un marché en Suisse.

L'**ALCP** a amélioré la situation des entreprises établies dans l'UE, en leur conférant un droit à détacher leurs travailleurs en Suisse pour y exécuter une prestation de services (art. 5 § 1 et 2 ALCP ; art. 17 § b/ii Annexe I ALCP ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5621). Il faut uniquement réserver les dispositions transitoires par lesquelles l'art. 10 ALCP maintient temporairement certaines restrictions à l'égard de nouveaux Etats membres de l'UE auxquels l'ALCP est progressivement étendu (de telles restrictions subsistent jusqu'en 2014 pour la Roumanie et la Bulgarie). Quant à son principe, le **droit au détachement des travailleurs** existe aussi bien lorsque la prestation est effectuée dans le cadre d'un contrat privé que lorsqu'elle l'est à l'occasion d'un marché public (de services ou de travaux). En revanche, la durée de ce droit au détachement varie (art. 5 § 1 *a contrario* et § 2/a ALCP) : le droit de fournir un service sur le territoire de l'autre partie contractante est en principe limité à 90 jours de travail effectif par année civile, à l'exception des cas où un autre accord international comporte des engagements spécifiques en matière de libre prestation de services. L'AMP et l'Accord MP prévoyant des engagements concernant une liste exhaustive de marchés publics de services (y compris services de construction), le droit au détachement de travailleurs dans le cadre d'un marché public de services ou de travaux visés par l'AMP ou l'Accord MP existe sans limite de durée, tant que dure l'exécution du marché public en cause. Lorsque l'exécution d'un marché assujetti à l'accord sectoriel sur les marchés publics implique un séjour de plus de 90 jours du prestataire de services ou du travailleur détaché, il est délivré à ces personnes un titre de séjour constatant leur droit de séjour pour une durée égale à celle de la prestation (aucun titre de séjour n'étant nécessaire pour les séjours de moins de 90 jours ; art. 20 et art. 1 § 1 de l'Annexe I sur la Libre circulation des personnes). Les entreprises du Liechtenstein, de la Norvège et de l'Islande bénéficient du même droit au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, au titre de l'**Annexe K à la Convention AELE** révisée (art. 29 § 2/c et § 7 AELE ; art. 20 § 2/b AELE ; art. 16 § b/ii Annexe K AELE). Selon une jurisprudence constante de la CJUE, aussi bien antérieure que postérieure à la date de signature de l'ALCP, et dès lors applicable du fait de l'art. 16 § 2 ALCP, le détachement de travailleurs par une entreprise et les conditions de travail appliquées aux travailleurs détachés relèvent de la **libre prestation de services**, et non pas de la libre circulation des travailleurs. Les travailleurs employés par une entreprise établie dans un Etat membre et qui sont envoyés temporairement dans un autre Etat membre en vue d'y effectuer une prestation de services ne prétendent aucunement accéder au marché de l'emploi de ce second Etat, dès lors qu'ils retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission. En conséquence, le titulaire du droit au détachement de travailleurs est l'entreprise prestataire de service, et non pas le travailleur détaché lui-même. Pour autant que cette entreprise ait son domicile ou son siège dans un Etat membre de l'UE/AELE, elle bénéficie du droit au détachement découlant de l'ALCP/Convention AELE ; peu importe que les travailleurs détachés eux-mêmes aient la nationalité d'un Etat membre de l'UE/AELE ou d'un pays tiers (CJCE, arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417, pt 15 ; aff. *Vander Elst* du 9.08.1994, aff. C-43/93, Rec. 1994, p. I-3803, pt 21 ; arrêt *Michel Guiot* du 28.03.1996, aff. C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905 ; arrêt *Finalarte* du 25.10.2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98, Rec. 2001, p. I-7831, pts 20-23 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.01.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002, p. I-787, pts 14-15 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004, p. I-9553, pts 30-31 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pts 56-61). **161**

Les **conditions de travail applicables aux travailleurs détachés** par une entreprise soumissionnaire établie dans l'UE/AELE découlent aussi de l'**ALCP (respectivement de** **162**

l'Annexe K à la Convention AELE) et de la jurisprudence de la CJUE. Le principe de non-discrimination est une disposition centrale garantie à l'art. 2 de l'ALCP. Ce principe est ensuite concrétisé dans le cadre de l'Annexe I à l'ALCP séparément pour chacune des libertés visées par cet Accord. Toute restriction à la libre prestation de services est interdite (art. 17 de l'Annexe I à l'ALCP) et le principe du traitement national est garanti (art. 19 de l'Annexe I à l'ALCP). Il en va de même en ce qui concerne la Convention AELE, où l'interdiction des restrictions et des discriminations sont prévues respectivement aux art. 16 et 18 de l'Annexe K à la Convention AELE. Selon la jurisprudence de la CJUE, applicable par renvoi de l'art. 16 § 2 ALCP, l'application des réglementations nationales relatives aux conditions de travail ainsi que des conventions collectives de travail en vigueur dans l'Etat membre d'accueil aux travailleurs détachés par des prestataires de services établis dans un autre Etat membre constitue une **restriction** (non discriminatoire) à l'art. 56 TFUE, car elle est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayantes les prestations de services par des personnes ou des entreprises établies dans d'autres Etats membres dans la mesure où elle entraîne des frais ainsi que des charges administratives et économiques supplémentaires. Lorsque cette restriction s'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, elle peut être justifiée lorsqu'elle répond à un intérêt public de protection des travailleurs, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Dans ces mêmes limites, le droit de l'Union permet aussi aux Etats membres d'imposer par des moyens appropriés le respect de leurs règles en matière de conditions de travail des travailleurs détachés (CJCE, arrêt *Seco et Desquenne* du 03.02.1982, aff. 62/81, Rec. 1982, p. 223, pt 14 ; arrêt *Rush Portuguesa*, C-113/89 du 27.3.1990, Rec. 1990 p. I-1417, pt 18 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.1.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002 p. I-787, pts 16-22, 25-26 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004 p. I-9553, pts 31-32 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 14.04.2005, aff. C-341/02, Rec. 2005 p. I-2733, pt 24 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 57 ; arrêt *Dos Santos Palhota* du 07.10.2010, aff. C-515/08, non encore publiée, pts 47-49 ; sur la jurisprudence de la CJUE en matière de travailleurs détachés, voir notamment EPINEY/ZBINDEN, Arbeitnehmerentsendung, p. 20-44). Cette jurisprudence a été par la suite consacrée dans la **Directive 96/71/CE sur les travailleurs détachés**, dont l'art. 3 en particulier prévoit un noyau dur de règles impératives de protection minimales que doivent observer, dans l'Etat d'accueil, les employeurs qui y détachent des travailleurs. La Directive 96/71/CE n'a toutefois harmonisé ni le contenu matériel de ces règles impératives de protection minimale, ni les modalités de surveillance de leur respect. C'est pourquoi la CJUE interprète la Directive 96/71/CE à la lumière de l'article 56 TFUE (CJCE, arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004 p. I-9553, pt 45 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 61 ; arrêt *Rüffert* du 03.04.2008, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989, pt 36).

163 Les conditions de travail à respecter par les entreprises établies dans l'UE ou l'AELE pour leurs travailleurs détachés en Suisse dans le cadre d'une prestation de services sont expressément réservées dans l'ALCP (respectivement la Convention AELE), par un renvoi à la Directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (art. 22 § 2 Annexe I ALCP ; art. 21 § 2 Annexe K AELE ; Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO 1997 L 18/1, ci-après « Directive 96/71 »). Cette réserve permet d'imposer aux soumissionnaires établis dans

l'UE/AELE et qui détachent des travailleurs en Suisse pour y fournir une prestation de service le respect des **conditions minimales de travail et de salaires applicables au lieu d'exécution** du marché. Ni l'ALCP, ni la Convention AELE ne font de différences quant aux conditions de travail applicables aux travailleurs détachés, selon que la prestation est effectuée dans le cadre d'un contrat privé ou d'un marché public. En droit interne suisse, l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP et la Directive 96/71 ont été transposés dans la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et l'ordonnance sur les travailleurs détachés. En particulier, les art. 2 et 3 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés reprennent la liste exhaustive du noyau dur des conditions minimales de travail figurant à l'art. 3 § 1 de la Directive 96/71. Sous l'angle des modalités, l'art. 2 de la loi prévoit que les conditions de travail minimales impératives peuvent être réglées soit par des lois fédérales ou ordonnances, soit par des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360*a* CO. Dès lors que le droit suisse connaît un système de déclaration obligatoire des conventions collectives, il était justifié de ne pas reprendre la troisième possibilité – subsidiaire – prévue par l'art. 3 § 8 II de la Directive 96/71 dans le cas où un Etat ne connaît pas de système de la déclaration d'application générale des CCT (CJCE, arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007, p. I-11767, pts 64-67 ; arrêt *Rüffert* du 03.04.2008, aff. C-346/06, Rec. 2008 p. I-1989, pts 21-27).

164 L'art. 22 § 2 de l'Annexe I ALCP, tout en faisant référence à la Directive 96/71, prévoit expressément que les dispositions relatives aux conditions de travail applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services constituent des exceptions tant à l'art. 17 (interdiction des restrictions non discriminatoires) qu'à l'art. 19 (interdiction des discriminations). De même l'art. 21 de l'Annexe K à la Convention AELE fait exception aux art. 16 et 18 de la même Annexe prévoyant respectivement l'interdiction des restrictions et celle des discriminations. Il découle de l'interprétation littérale de l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP (respectivement art. 21 Annexe K Convention AELE) qu'il serait possible d'imposer aux entreprises établies dans un Etat membre de l'UE et détachant leurs travailleurs en Suisse dans le cadre d'une prestation de services le respect de conditions de travail différentes de celles applicables aux entreprises suisses et qui détachent leurs travailleurs dans un autre canton pour y exécuter un marché public. Une exception aussi large consentie dans le cadre de l'ALCP/Convention AELE peut surprendre dans la mesure où elle va au-delà des restrictions admises par la CJUE tant sur la base de la libre prestation de services garantie par l'art. 56 TFUE que sur celle de la Directive 96/71. Selon cette jurisprudence, d'une part, les discriminations à la libre prestation de services sont en principe interdites, sous réserve des dérogations expresses limitativement énumérées à l'art. 52 TFUE pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (CJCE, arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990 p. I-1417, pt 12 ; arrêt *Finalarte* du 25.10.2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98, Rec. 2001 p. I-7831, pt 82 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 18.07.2007, aff. C-490/04, Rec. 2007 p. I-6095, pts 83-86 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pts 114-117) ; d'autre part, les restrictions à la libre prestation de services justifiées par l'intérêt public à la protection des travailleurs doivent être indistinctement applicables aux entreprises d'autres Etats membres et à celles de l'Etat membre d'accueil (CJCE, arrêt *Seco et Desquenne* du 03.02.1982, aff. 62/81, Rec. 1982 p. 223, pt 14 ; arrêt *Rush Portuguesa* du 27.03.1990, aff. C-113/89, Rec. 1990, p. I-1417, pt 18 ; arrêt *Portugaia Construções* du 24.01.2002, aff. C-164/99, Rec. 2002 p. I-787, pts 16-22, 25-26 ; arrêt *Wolff & Müller* du 12.10.2004, aff. C-60/03, Rec. 2004,

p. I-9553, pts 31-32 ; arrêt *Commission/Allemagne* du 14.04.2005, aff. C-341/02, Rec. 2005 p. I-2733, pt 24 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18.12.2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 57). Une partie de la doctrine ne commente pas la double exclusion figurant à l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP, et considère que seules peuvent être déclarées applicables aux travailleurs détachés par des entreprises sises dans l'UE des conditions de travail dont le respect est aussi exigé de la part d'entreprises sises en Suisse pour leurs propres travailleurs détachés dans un autre canton (PORTMANN, Flankierenden Massnahmen, p. 372, qui cite VEUVE, Mesures d'accompagnement, p. 309). A notre sens, le fait que le chapitre de l'Annexe I ALCP relatif à la prestation de services contienne deux règles séparées visant tant l'interdiction des restrictions (art. 17) que celle des discriminations (art. 19) indique que les négociateurs de l'ALCP avaient conscience de ces deux catégories et qu'ils ont voulu déroger à ces deux dispositions en les excluant expressément de l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP. Le principe découlant des art. 2 et 3 LMI était déjà en vigueur au moment de la négociation de l'ALCP. Il découle de ce principe que l'entreprise établie en Suisse et qui détache ses travailleurs dans un autre canton que celui de son établissement pour y effectuer une prestation de services doit en principe respecter les conditions de travail de son lieu de provenance, sous réserve de véritable dumping social. Cette règle est justifiée par le fait que les prescriptions en matière de conditions de travail en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes dans les différents cantons (art. 2 V LMI, § 7 II Directives AIMP). Compte tenu de cette faible différence entre les conditions de travail applicables dans les différents cantons suisses et de l'exiguïté du territoire suisse qui augmente la fréquence des détachements de travailleurs inter-cantonaux, l'exception au principe de non-discrimination insérée dans l'ALCP paraît justifiée et ne pas avoir d'impact pratique (ég. WYLER, Détachement, p. 279-280). En conséquence, il découle à notre avis de l'exception expresse prévue à l'art. 22 § 2 Annexe I ALCP au principe de l'égalité de traitement de l'art. 19 Annexe I ALCP que les soumissionnaires de l'UE ne peuvent **pas invoquer une discrimination par rapport aux conditions de travail** applicables aux travailleurs détachés par des soumissionnaires établis en Suisse.

165 La Suisse a adopté trois types de mesures d'accompagnement à l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (VEUVE, Mesures d'accompagnement, p. 283 ss ; PORTMANN, Flankierenden Massnahmen, p. 327 ss ; WYLER, Détachement, p. 256-269) :

– La **loi sur les travailleurs détachés** (*Loi fédérale du 08 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement*, RS 823.20) comporte un noyau dur de conditions de travail applicables à tous les travailleurs détachés en Suisse par une entreprise sise à l'étranger (UE/AELE ou Etat tiers) : salaire minimal, durée du travail, vacances, hygiène et sécurité au travail, protection des femmes enceintes et des enfants, égalité de traitement femmes-hommes (art. 2 de la loi sur les travailleurs détachés). Cette liste constitue la reprise de celle figurant dans l'art. 3 de la Directive 96/71 sur les travailleurs détachés (*supra* N 162 s.). L'art. 5 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés impose à l'entreprise contractante d'obliger contractuellement ses sous-traitants à respecter également cette loi (dans le même sens, art. 6 I/b OMP ; § 7 I/b Directives AIMP). Outre les organes paritaires et les autorités existantes, la Loi fédérale sur les travailleurs détachés sera mise en œuvre par de nouvelles commissions tripartites instituées par les cantons ou la Confédération et composées en nombre égal de représentants des employeurs, des travailleurs et de l'Etat (art. 7 de la Loi fédérale sur les travailleurs détachés et art. 360*b* CO). La Loi fédérale sur les travailleurs détachés ne s'applique pas à la location transfrontalière de personnel par des agences temporaires

établies à l'étranger (art. 22 § 3/i Annexe I ALCP). De ce fait, l'art. 12 II de la loi sur le service de l'emploi, qui interdit la location en Suisse de personnel en provenance de l'étranger, reste applicable (LF du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services [LSE], RS 823.11).
– Les dispositions sur le salaire minimal et sur la durée du travail prévues dans des conventions collectives de travail (CCT) peuvent être étendues de manière facilitée en cas de sous-enchère abusive et répétée dans une branche ou une profession (art. 1*a*, art. 2 ch. 3[bis] et art. 20 II LECCT).
– A défaut de CCT, les cantons et la Confédération peuvent, en cas de sous-enchère abusive et répétée, adopter un contrat-type fixant des salaires minimaux obligatoires pour la branche ou la profession (art. 360*a*–360*f* CO).

c) Absence de discrimination à rebours

166 Les **soumissionnaires établis en Suisse** ne peuvent invoquer le fait que l'application différenciée de la règle du respect des conditions de travail, selon que le soumissionnaire est établi en Suisse ou dans un Etat tiers, violerait l'égalité de traitement garantie par les art. 8 ou 27 Cst ou par l'art. 8 I/a LMP (GRISEL, Droit administratif, p. 359 ; R. SCHWEIZER, Art. 8 Cst, N 35-42 ; ATF 121 I 129, c. 3d ; ATF 119 Ia 123, c. 2c, 3a et b). La distinction entre le régime applicable aux soumissionnaires d'autres Etats et celui applicable aux soumissionnaires domiciliés ou établis en Suisse se justifie par des motifs sérieux et objectifs. Le critère de distinction choisi (le domicile en Suisse ou à l'étranger) est soutenable compte tenu des circonstances de fait à réglementer (ATF 100 Ia 41, JdT 1976 I 490, c. 2a ; ATF 117 Ia 97, c. 3a). Les différences importantes dans les conditions de travail, qui valent à l'échelle internationale, et peuvent même y être source d'exploitation ne se présentent pas de la même manière à l'intérieur de la Suisse où le niveau de protection des conventions collectives applicables aux diverses branches est relativement homogène.

167 Afin de garantir la sécurité juridique, il serait opportun que les pouvoirs adjudicateurs indiquent de manière claire et précise dans l'**appel d'offres** ou dans la **documentation relative à l'appel d'offres** quelles conditions locales de travail s'appliquent à quels soumissionnaires, ou à tout le moins auprès de **quelle autorité des renseignements** à cet effet peuvent être obtenus. Une telle règle serait doublement justifiée. D'une part, on peut attendre des pouvoirs adjudicateurs qu'ils connaissent les conditions de travail applicables dont ils doivent assurer le respect. D'autre part, les soumissionnaires ont le droit de savoir quelles obligations leur seront applicables et ont besoin de cette information pour calculer leur offre (LANG, Binnenmarkt, p. 35). Une telle obligation est prévue par les directives de l'Union européenne en matière de marchés publics (art. 27 Directive classique 2004/18 ; art. 39 Directive secteurs 2004/17). Elle découle aussi de la jurisprudence de la CJUE sur les exigences de transparence à respecter en cas de restriction à la libre prestation de services garantie par l'art. 56 TFUE, et en conséquence par les dispositions correspondantes de l'ALCP et de la Convention AELE (art. 5 ALCP et art. 17 ss Annexe I ALCP ; art. 20 § 2/b et art. 29 s. AELE ; art. 16 ss Annexe K AELE) : il importe que les dispositions en matière de conditions de travail soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un employeur, des obligations qu'il devrait respecter (CJCE, arrêt *Arblade* du 23. 11. 1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. 1999 p. I-8453, pt 43 ; arrêt *Laval un Partneri* du 18. 12. 2007, aff. C-341/05, Rec. 2007 p. I-11767, pt 110).

C. Passation des marchés de grande importance (art. 5 II LMI)

168 Le principe de non-discrimination implique, notamment, une obligation de **transparence** qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence consiste à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (*supra* N 130 ; CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée ; CJCE, arrêt *Parking Brixen* du 13.10.2005, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585, pts 46-50 ; arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.2009, aff. C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress Gmbh c/Telekom Austria AG* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. 10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2, dont la validité a été approuvée par Tribunal [■■ ?], arrêt *Commission c/Allemagne* du 20.05.2010, aff. T-258/06, Rec. 2010, p. II-2027). L'art. 5 II LMI concrétise ce principe pour les marchés de grande importance.

169 L'art. 5 II LMI prévoit que les marchés de grande importance *(« umfangreich » ; « di considerevole importanza » ; « large-scale »)*, de même que les critères d'aptitude et d'adjudication y relatifs, font l'objet d'une publication dans un organe officiel. La combinaison des exigences de libre accès et de publication oblige pratiquement le pouvoir adjudicateur à utiliser une procédure de passation avec mise en concurrence **(procédure ouverte ou sélective)** pour les marchés de grande envergure. A notre sens, le pouvoir adjudicateur peut choisir librement entre la procédure ouverte ou sélective. Dans ce dernier cas, il doit toutefois respecter les principes de libre accès au marché, de transparence et de non-discrimination (*supra* N 140 ; d'un avis partiellement contraire, la Comco recommande en principe la procédure ouverte, cf. Comco*, Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, 17 avril 2000, DPC 2000/2, p. 270, ch. 23 s.). En revanche, une **procédure sur invitation** ou une **procédure de gré à gré** constitue déjà une restriction au libre accès au marché, qui n'est licite que si elle satisfait aux conditions cumulatives de l'art. 3 LMI. Ainsi, les valeurs seuils définissant l'application de ces deux procédures doivent impérativement s'appliquer de la même façon à tous les soumissionnaires (art. 3 I/a LMI), être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 I/b LMI), respecter le principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI) et ne sauraient constituer un obstacle déguisé aux échanges (art. 3 III LMI) (ZÄCH, Rolle, p. 77 s. ; Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, 17 avril 2000, DPC 2000/2, p. 270, ch. 25 s. ; *supra* N 141). La révision de l'AIMP en 2001 a transposé l'exigence de l'art. 5 II LMI en prévoyant des valeurs seuils différenciées, plus élevées pour les marchés publics soumis aux accords internationaux, et plus basses pour ceux relevant du seul marché intérieur suisse (art. 7 AIMP et Annexes 1, 1bis et 2 à l'AIMP ; ZWALD, BGBM, N 115 s.).

170 Lorsqu'un marché doit faire l'objet d'un appel d'offres selon l'art. 5 II LMI, le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance **tous les critères d'aptitude et d'adjudication** qui seront pris en considération. Il doit aussi spécifier clairement d'emblée l'ordre de priorité des critères ou l'**importance relative** qu'il entend accorder à chacun d'entre eux. Ce principe vise à réduire le risque d'abus et de manipulations de la part du pouvoir adjudicateur, en restreignant le large pouvoir d'appréciation dont ce dernier dispose dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. De surcroît, la transparence est une condition indispensable au contrôle du respect de

l'application de la loi par l'autorité de recours (LMI 9). Le marché doit être adjugé dans des conditions de transparence et de concurrence optimales. Le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait d'être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché (après le dépôt des offres) les critères d'adjudication, de même que leurs **pondérations** respectives (ATF 125 II 86, c. 7c ; CRM, JAAC 2000/64 n° 30, c. 3a ; JAAC 2001/65 n° 10, c. 4a ; JAAC 2001/65 n° 11, c. 2a et 3 ; TA ZH, 07.07.1999, ZBl 2000, p. 271, c. 5a et b ; diverses décisions cantonales résumées in DC 1999/4, p. 142 ss, p. 28-35 avec remarques de H. Stöckli; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Beschaffungswesen, N 221 et 467 ; Tercier, Libéralisation, p. 24 s. ; Gauch, Werkvertrag, p. 103 ; Gauch, Liberalisierung, p. 24 ; Gauch/Stöckli, Marchés publics, N 11.2 et 11.4 ; Zwald, BGBM, N 113). Le résultat des évaluations et pondérations doit ensuite être agrégé afin d'aboutir à un classement final des candidats et/ou des offres (voir, par exemple, la méthode d'agrégation proposée par la Conférence romande des travaux publics dans ses *Annexes au Guide romand pour l'adjudication des marchés publics*, <http ://www.simap.ch> ; critiques, Pictet/Bollinger, Marchés publics, p. 63-65). La manière dont l'évaluation a été effectuée par le pouvoir adjudicateur doit pouvoir être **retracée** *(nachvollziehbar)* par l'autorité de recours (JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/aa ; JAAC 2000/64 n° 30, RDAF 2000, p. 181, c. 4c et 5a ; JAAC 2001/65 n° 9, c. 2a).

La mise en œuvre et la **concrétisation** du principe de transparence prévu par cette disposition laissent une certaine marge de manœuvre aux législateurs cantonaux. Ceux-ci, puis la jurisprudence, devront en particulier déterminer la **valeur** des marchés de grande importance. Les cantons sont liés à un double point de vue : **171**

– D'une part, ils doivent respecter les **engagements internationaux** pris par la Confédération. La disposition figurant à la seconde phrase de l'art. 5 II LMI est de nature essentiellement déclarative, car le principe de la hiérarchie des normes impose de toute façon aux cantons le respect des accords internationaux (Cottier/Merkt, Beschaffungswesen, p. 57). Les marchés dont la valeur est supérieure aux seuils retenus dans les accords internationaux conclus par la Suisse en matière de marchés publics (en particulier AMP, Accord MP, Annexe R Convention AELE) doivent être passés conformément aux procédures prévues par l'accord en cause. Des accords internationaux peuvent laisser subsister des discriminations sur le marché intérieur suisse, même s'il est en pratique difficilement concevable que le même marché soit passé selon deux procédures distinctes selon que les soumissionnaires sont situés à l'étranger ou en Suisse. Pour parer à tout risque de discrimination à rebours, l'art. 5 II LMI concrétise l'art. 6 I LMI en obligeant les cantons à respecter également au moins les seuils internationaux par rapport aux soumissionnaires établis en Suisse (cf. *supra* N 42 ; Cottier/Merkt, Influence, p. 470).
– D'autre part, le principe général de **libre accès** et de non-discrimination de l'**art. 5 I LMI** s'applique à l'ensemble des marchés cantonaux et communaux, quelle que soit leur valeur et indépendamment de l'obligation de publication (Mess-LMI, p. 1249 ; Weber, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; Cottier/Merkt, Beschaffungswesen, p. 57 s. ; Comco, *Préavis sur le projet de révision AIMP*, 25 mars 1998, DPC 1998/2, p. 329, ch. 19-21 ; *Préavis sur le projet de loi neuchâteloise*, 6 mai 1998, DPC 1998/2, p. 336, ch. 23). Dans ce cadre, les cantons sont libres d'instaurer également pour les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils des accords internationaux une obligation de publication, c'est-à-dire une procédure de passation avec mise en concurrence. De même, la CJUE a jugé que les marchés non assujettis aux directives marchés publics de l'UE –

en particulier les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils des directives, les marchés de services non assujettis à l'entier des directives ou les concessions de services – restent néanmoins soumis aux règles fondamentales du TFUE en matière de liberté d'établissement (art. 49 TFUE) et de libre prestation de services (art. 56 TFUE), ainsi qu'aux obligations de transparence des procédures et d'égalité de traitement des soumissionnaires qui en découlent, pour autant que le marché concerné présente un intérêt transfrontalier certain (CJUE, arrêt *Commission c/Irlande* du 18.11.2010, aff. C-226/09, non encore publiée, pts 29-33 ; arrêt *Wall* du 13.04.2010, aff. C-91/08, pts 35 et 37 ; CJCE, arrêt *ANAV* du 06.04.2006, aff. C-410/04, Rec. 2006, p. I-3303, pts 17-22 ; arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S* du 18.11.1999, C-275/98, Rec. 1999, p. I-8291, pt 31 ; arrêt *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress Gmbh c/Telekom Austria AG* du 07.12.2000, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. 10745, pts 61 s. ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », JO 2006 C 179/2). L'exigence supplémentaire posée par la CJUE d'un « intérêt transfrontalier certain » est transposée, *mutatis mutandis*, dans le droit intercantonal par l'admission de la procédure de gré à gré pour les marchés publics de très faible valeur (Annexe 2 AIMP). La présence d'un « intérêt intercantonal » parait aussi conforme aux art. 5 et 9 LMI, dans la mesure où le Tribunal fédéral a admis l'exclusion de principe d'une voie de recours cantonale pour les marchés de faible valeur passés de gré à gré (ATF 131 I 137).

172 a) Les critères servant à délimiter les marchés de grande importance doivent être objectifs et non discriminatoires. L'interdiction absolue d'une réglementation applicable de manière différente aux soumissionnaires locaux et extérieurs prévue à l'art. 3 I/a LMI (discrimination formelle) implique que les valeurs seuils doivent s'appliquer indifféremment aux soumissionnaires locaux et extérieurs. Elle exclut en tout cas de conserver une chasse gardée dans laquelle les soumissionnaires locaux auraient la préférence (Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 27 et 32 *i.f.*). Des motifs d'économie de procédure peuvent constituer des intérêts publics prépondérants (art. 3 I/b LMI), alors que des motifs à caractère protectionniste n'entrent pas en considération. La hauteur des seuils peut être fonction du coût administratif engendré par une procédure de passation avec mise en concurrence (Comco, *Préavis sur le 2e projet de révision AIMP*, DPC 2000/2, p. 270, ch. 27 s.). Sous l'angle du principe de proportionnalité (art. 3 I/c et II LMI), les valeurs seuils doivent être fixées à un niveau permettant à la fois de préserver le principe de l'économie de procédure et l'ouverture à la concurrence des marchés publics. Il faut en même temps garantir qu'une part aussi importante que possible du volume total des marchés soit attribuée dans le cadre d'une procédure avec mise en concurrence (Comco, *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 30-32 ; Zwald, BGBM, N 110, 116 et n. 152).

173 b) Moduler la définition des marchés importants et l'obligation de publication qui en découle selon des seuils différenciés en fonction de la taille du pouvoir adjudicateur s'avérerait pratiquement problématique (Weber, Binnenmarktgesetz, p. 171 ; Lang, Binnenmarkt, p. 29). Si l'on prend en compte la proportion entre la valeur du marché et la taille du pouvoir adjudicateur, même un marché de faible valeur est important pour un petit pouvoir adjudicateur, communal par exemple. Si l'on considère en revanche la proportion entre les coûts administratifs liés à la passation du marché et la taille du pouvoir adjudicateur, seuls les marchés de très grande valeur justifient les frais d'une procédure avec mise en concurrence pour un petit pouvoir adjudicateur.

c) On voit mal comment un pouvoir adjudicateur cantonal ou communal pourrait démontrer qu'il ne restreint pas illicitement la liberté d'accès au marché intérieur suisse s'il pratiquait systématiquement la procédure de gré à gré pour les **marchés d'une valeur inférieure aux seuils fixés dans les accords internationaux**. Des considérations pratiques imposent toutefois le maintien d'un rapport raisonnable entre les coûts administratifs de la procédure de passation et la valeur du marché. La Comco a admis que la passation de gré à gré des marchés de faible importance pouvait constituer une restriction justifiée à l'accès au marché lorsque les coûts administratifs d'une procédure de passation avec mise en concurrence seraient disproportionnés par rapport à la valeur du marché. En conséquence, le critère à prendre en compte pour délimiter les marchés de grande importance est celui du **rapport entre la valeur du marché et les coûts administratifs** liés à la procédure de passation (ZWALD, BGBM, N 116 et n. 152). Une étude ECOPLAN réalisée en 1994 a proposé des valeurs seuils de CHF 300 000 pour la publication des marchés de travaux et de CHF 150 000 pour celle des marchés de fournitures ou de services. La Comco a admis dans une première phase les valeurs seuils retenues par les législateurs cantonaux, tout en se réservant cependant de revenir sur cette question compte tenu des expériences faites en pratique (Comco, *Préavis concernant le projet de révision de l'AIMP*, DPC 1998/2, p. 329, ch. 19-21 ; *Préavis concernant la révision de l'AIMP*, DPC 2000/2, p. 281, ch. 35-39). **174**

d) La révision de l'AIMP en 2001 a transposé l'exigence de l'art. 5 II LMI en prévoyant des valeurs seuils différenciées, plus élevées pour les marchés publics soumis aux accords internationaux, et plus basses pour ceux relevant du seul marché intérieur suisse (art. 7 AIMP et Annexes 1, 1bis et 2 à l'AIMP ; ZWALD, BGBM, N 115 s.). L'AIMP s'applique désormais à tous les marchés publics cantonaux et communaux, indépendamment de leurs valeurs. Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les types de procédure de passation y sont modulées en fonction de la valeur du marché selon trois échelons : pleine mise en concurrence (procédure ouverte ou sélective) pour les marchés les plus importants, mise en concurrence limitée (procédure sur invitation) pour les marchés d'importance moyenne, et attribution directe (procédure de gré à gré) pour les petits marchés (annexe 2 AIMP) : **175**

	Fournitures	**Services**	**Travaux (gros œuvre)**	**Travaux (second œuvre)**
Gré à gré	< 100 000	<150 000	< 300 000	<150 000
Invitation à soumissionner	entre 100 000 et 250 000	entre 150 000 et 250 000	entre 300 000 et 500 000	entre 150 000 et 250 000
Procédure ouverte ou sélective	> 250 000	> 250 000	> 500 000	> 250 000

Les valeurs seuils retenues par l'annexe 2 AIMP sont le plus souvent comparables à celles prévues par la réglementation fédérale autonome des art. 35-36 OMP et reflètent un certain consensus au niveau cantonal, respectivement fédéral, quant à la détermination des marchés de grande importance (CLERC, Marchés, p. 394 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 65 et 71 ; LANG, Binnenmarkt, p. 28). Les cantons maintiennent toutefois des valeurs seuils plus élevées que celles pratiquées au niveau fédéral pour le même type de procédure de passation. Ainsi, l'attribution de gré à gré peut être pratiquée dans les cantons pour des marchés de fournitures d'une valeur allant jusqu'à CHF 100 000, alors que

le seuil correspondant dans la réglementation fédérale est limité à CHF 50 000 (art. 36 II/c OMP et annexe 2 AIMP). Le seuil de la procédure de gré à gré pour les marchés de service est fixé uniformément à CHF 150 000 pour aussi bien au niveau fédéral qu'intercantonal (art. 36 II/b OMP ; annexe 2 AIMP).

176 a) Selon les éléments qu'elles prennent en compte, les **méthodes d'évaluation de la valeur du marché** peuvent faire passer le montant estimé du marché au-dessus ou au-dessous des seuils déterminants pour l'application d'une procédure avec mise en concurrence. Selon les cas, le mode de calcul de la valeur du marché peut constituer un obstacle déguisé à l'ouverture du marché intérieur (art. 3 LMI). Dans le même sens, la règle générale de l'art. II § 3 AMP prévoit que le pouvoir adjudicateur ne doit pas choisir une méthode particulière d'évaluation du marché ou scinder ce dernier en plusieurs lots dans le seul but d'en faire passer la valeur au-dessous des seuils de l'AMP. La réglementation spécifique des méthodes d'évaluation de la valeur des marchés est relativement sommaire. L'art. II AMP fixe certaines règles d'évaluation pour les marchés de fournitures et de services, qui ont été reprises partiellement dans le droit fédéral (art. 7 LMP ; art. 14, 14*a*, 15 et 15*a* OMP ; art. 7 I[ter] et II AIMP ; § 2, 3 II, 4 Directives AIMP ; FETZ, Beschaffungsrecht, p. 510, N 71). Des méthodes de calcul spécifiques sont prescrites en cas de répétition de contrats analogues, de division du marché en plusieurs lots, de prise en compte d'options sur de futurs marchés ou de contrats à durée indéterminée. Au surplus, deux règles générales président à l'évaluation des marchés : d'une part, la méthode d'évaluation ne doit pas être choisie, et les quantités à acquérir ne doivent pas être scindées, de manière à contourner l'application des règles sur les marchés publics (art. II § 3 AMP) ; d'autre part, l'évaluation tient compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir (art. II § 2 AMP). La valeur du marché fait l'objet d'une **estimation par le pouvoir adjudicateur avant le lancement** de toute procédure de passation. L'estimation doit être basée sur la **valeur totale du marché du point de vue d'un soumissionnaire potentiel**, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers. En effet, le libellé de l'art. II § 2 AMP ne limite pas les montants à prendre en compte pour la détermination de la valeur d'un marché uniquement à ceux provenant du pouvoir adjudicateur. Une telle règle serait en outre contraire à la finalité des règles en matière de marchés publics. Etant donné que l'objectif poursuivi par ces règles est de garantir à des soumissionnaires potentiels l'accès aux marchés publics qui les intéressent et le développement d'une concurrence suffisante et non faussée, ce qui nécessite une publicité des appels d'offres afin que les opportunités de marchés ayant une valeur suffisamment élevée soient portées à la connaissance des soumissionnaires potentiels, c'est à partir du point de vue de ces derniers qu'il y a lieu de calculer la valeur d'un marché et de vérifier si celle-ci atteint les seuils pertinents. L'intérêt d'un soumissionnaire potentiel pour un marché s'attache à la valeur globale de celui-ci (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 49-55). Ainsi, la valeur d'un marché portant sur la conception et la réalisation d'un pôle de loisirs, envisagée du point de vue de l'adjudicataire, inclut non seulement les paiements effectués par la ville (qui acquiert le parking public, les voies d'accès et espaces publics, et qui contribue au financement des autres ouvrages), mais aussi les recettes provenant de la vente directe des autres ouvrages (cinéma multiplex, locaux commerciaux, hôtel) par l'adjudicataire à des tiers (CJCE, arrêt *Auroux* du 18.01.2007, aff. C-220/05, Rec. 2007, p. I-385, pts 49-55). En Suisse aussi, il résulte de l'art. II AMP que toutes les formes de rémunération, et non pas uniquement le prix versé par le pouvoir adjudicateur, doivent entrer en compte

dans le calcul de la valeur du marché (pour les marchés publics fédéraux : art. 14*a* III OMP ; pour les marchés publics cantonaux et communaux : § 2 I Directives AIMP). Ainsi, bien que la Ville de Genève ne verse pas directement une somme d'argent en contrepartie de la fourniture et gestion d'un système de vélos en libre-service, cette prestation constitue un marché public dont la valeur correspond à la diminution du montant offert par les soumissionnaires à la Ville pour la redevance liée à l'octroi du monopole d'affichage (ATF 135 II 49, c. 5.2.2). Est pertinente en règle générale l'estimation de la valeur du marché faite par le pouvoir adjudicateur **avant sa mise en soumission** et non pas la valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication. Cette règle est limitée par les règles de la bonne foi. D'abord, un marché ne peut pas être subdivisé en vue d'éluder les dispositions de la réglementation sur les marchés publics (art. II § 3 AMP ; art. 7 I LMP et art. 14*a* I-II OMP ; § 2 II Directives AIMP). Ensuite, l'estimation doit être faite avec prudence et soin, le pouvoir adjudicateur ne devant pas « jouer » avec la valeur du marché ou calculer celle-ci trop étroitement, mais devant plutôt se référer à la marge supérieure de l'estimation. Le pouvoir adjudicateur peut se tromper dans l'estimation, pour autant qu'il reste de bonne foi. Lorsque le montant estimé contenu dans les devis demandés par le pouvoir adjudicateur est très éloigné de la réalité et que les devis comportent d'importants manquements, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se prévaloir de sa propre estimation pour soutenir que le seuil pertinent ne serait pas atteint (TAF, arrêt du 20.07.2010, B-4657/2009, c. 2.7).

177 b) L'AMP ne détermine pas le mode de calcul de la valeur des marchés publics de travaux. Dans sa transposition de l'AMP, de l'Accord MP et de l'Annexe R Convention AELE, la Suisse a choisi de se fonder sur la valeur globale de l'ouvrage, suivant ainsi la solution adoptée par les directives de l'UE en matière de marchés publics et renonçant à épuiser la possibilité implicitement laissée par l'AMP d'un calcul par groupes de travaux spécifiques (art. 7 II LMP ; art. 7 II AIMP ; *infra* N 179). A l'image de l'UE, la Suisse a en outre adopté une clause *de minimis* pour les petits marchés de travaux qui n'atteignent pas séparément CHF 2 millions et dont la valeur totale ne dépasse pas 20 % de la valeur globale de l'ouvrage réalisé (annexe 5 à l'appendice I à l'AMP ; art. 7 II *i.f.* LMP ; art. 14 OMP, art. 32/a/2 OMP et art. 35 III/h OMP ; art. 7 II *i.f.* AIMP et art. 5 Directives AIMP ; *supra* N 143). Les problématiques relatives au mode de calcul de la valeur des marchés de travaux (*infra* N 178) et à l'existence d'un seul ou de plusieurs marchés (subdivision des marchés, *infra* N 179) illustrent les obstacles au marché intérieur pouvant résulter du mode d'évaluation du marché, lorsque la valeur de celui-ci détermine le type de procédure de passation utilisé.

178 c) L'AIMP prévoit d'évaluer la valeur des **marchés de travaux** selon un **système dualiste**. Lorsque la valeur globale de l'ouvrage est supérieure aux seuils internationaux, la valeur globale de l'ouvrage détermine la procédure de passation à utiliser pour tous les marchés de construction passés pour la réalisation de l'ouvrage, sous réserve de la clause *de minimis* (art. 7 II AIMP ; *supra* N 143). Lorsque la valeur globale de l'ouvrage est inférieure aux seuils internationaux, le mode de passation est déterminé individuellement en fonction de la valeur de chaque marché de travaux contribuant à la réalisation de l'ouvrage (§ 3 II Directives AIMP ; Message-type AIMP, p. 17). Les deux méthodes n'ont pas la même **force normative**. Pour les marchés entrant dans le champ d'application des accords internationaux, le calcul en fonction de la valeur globale de l'ouvrage est obligatoire. En revanche, pour les marchés publics non soumis à un accord international, le calcul par lot individuel de travaux est facultatif, dès lors qu'il n'est prévu que dans les Directives-types AIMP. En effet, l'AIMP ne confère aucune force normative aux Directives-types, qui constituent un simple modèle. Les cantons sont uniquement tenus d'adopter des dispositions d'exécution qui soient conformes aux règles de l'AIMP. Chaque canton

reste libre d'ouvrir ses marchés publics au-delà des exigences minimales de l'AIMP (Message-type AIMP, p. 13), notamment en adoptant dans sa réglementation cantonale d'exécution la méthode basée sur la valeur globale de l'ouvrage, également pour les marchés non visés par les accords internationaux. L'utilisation du principe de la valeur des marchés de travaux isolés constitue une restriction pratique importante à l'ouverture des marchés de travaux. Une simulation réalisée par le service vaudois de la construction des bâtiments a montré que, sur 4362 adjudications qui ont fait l'objet d'une procédure ouverte avec une méthode d'évaluation basée sur la valeur globale de l'ouvrage, seuls 67 auraient encore fait l'objet d'une publication avec le système des marchés distincts. De plus, cette méthode d'évaluation pourrait inciter les pouvoirs adjudicateurs à sous-estimer le montant total d'un ouvrage pour échapper à l'ouverture des marchés. Selon le service vaudois de la construction, pour un ouvrage d'un coût égal à la valeur du seuil international de CHF 9 575 000, ce sont des appels d'offres pour une valeur estimée totale de CHF 7 660 000 (après déduction de la clause *de minimis* de 20 %) qui doivent être lancés. Avec le système des marchés de construction distincts, seule la maçonnerie et quelques lots du second œuvre qu'on peut estimer à environ CHF 3 000 000 nécessiteront l'ouverture (détermination du Conseil d'Etat vaudois du 28. 04. 2000 sur le projet de révision de l'AIMP).

179 d) La valeur d'un marché dépend aussi de la manière dont celui-ci peut ou non être **subdivisé** en plusieurs marchés distincts. En matière de **fournitures et de services**, l'art. II § 4 AMP exprime une règle générale en prescrivant de tenir compte de la valeur totale des contrats successifs analogues passés au cours d'une période de 12 mois si la quantité à acquérir est telle que plus d'un marché soit conclu ou que des marchés soient passés par lots séparés. Il n'existe en revanche aucune définition de ce que constitue « la quantité à acquérir » *(« an individual requirement »)* ou « les contrats successifs analogues » *(« similar recurring contracts »)*. Il est difficile de déterminer si des marchés séparés peuvent être justifiés au nom de la longue politique d'achats indépendants pratiqués, par exemple, par chaque centre ou faculté d'une même université, ou s'il existe une obligation indépendante de cumuler les acquisitions du même type de produit par des entités relevant fonctionnellement de la même institution (Clerc, Mondialisation, p. 181 s.). En matière de **travaux**, la Suisse a repris les règles de l'UE basées sur la valeur de l'ouvrage (Message 2 GATT, FF 1994 IV p. 1224 s. ; *supra* N 176). Selon les accords internationaux, « un contrat de services de construction est un contrat qui a pour objectif la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de construction d'ouvrages de génie civil ou de bâtiments, au sens de la division 51 de la Classification centrale de produits (CPC) » (Annexe 5 de l'Appendice I à l'AMP ; Annexe VII Accord MP ; Appendice 11 de l'Annexe R à la Convention AELE). Les directives marchés publics de l'UE (art. 1 § 2/b) Directive classique 2004/18 ; art. 1 § 2/b Directive secteurs 2004/17) [pas clair (vérifier ponctuation, parenthèses ?) ■■], reprises de manière incomplète en droit suisse (art. 5 II LMP ; art. 6 II AIMP), définissent un ouvrage comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il en résulte que l'existence d'un ouvrage unique doit être appréciée par rapport à la **fonction économique et technique du résultat des travaux concernés** (CJCE, arrêt *Commission c/France*, aff. C-16/98 du 05. 10. 2000, Rec. 2000, p. I-8315, pt 36). L'existence d'un seul et même pouvoir adjudicateur ou la possibilité pour une seule entreprise de réaliser l'ensemble des travaux peuvent, selon les circonstances, corroborer l'existence d'un ouvrage, mais aucun de ces deux éléments n'est déterminant. Par exemple, la construction d'une route traversant le territoire de plusieurs collectivités locales dont chacune a la responsabilité d'une partie de la route constituerait un seul marché (CJCE, arrêt *Commission*

c/France précité, pts 42-46). La CJUE a admis, en raison de leurs fonctions techniques et économiques différentes, la passation distincte des marchés d'électrification et d'éclairage public. Le fait que d'autres pouvoirs adjudicateurs aient choisi de faire figurer dans un même avis de marché les travaux d'électrification et ceux concernant l'éclairage public n'est pas un argument de nature à affecter la fonction économique et technique différente de ces deux réseaux (CJCE, arrêt *Commission c/France* précité, pts 49-60). La CJUE a en revanche considéré comme artificielle la scission géographique de travaux d'électrification en Vendée, passés comme des marchés distincts par chaque syndicat intercommunal. Elle a tenu d'abord compte du fait que le réseau de distribution d'électricité est nécessairement interconnectable et remplit une seule fonction économique et technique d'acheminement de l'électricité aux consommateurs. De plus, d'autres éléments tels que la simultanéité du lancement des marchés litigieux, la similitude des appels d'offres, l'unité du cadre géographique à l'intérieur duquel ces marchés ont été lancés et la coordination assurée par l'organisme regroupant les syndicats intercommunaux au niveau départemental, plaidaient pour le regroupement de ces marchés d'électrification en un seul ouvrage. En revanche, dès lors qu'une interconnexion des réseaux d'éclairage public ne s'impose pas techniquement et que ceux-ci peuvent être limités aux zones bâties, une scission géographique de ces marchés entre les différents syndicats intercommunaux de Vendée était justifiée (CJCE, arrêt *Commission c/France* précité, pts 61-70). Dans le cadre du projet d'assainissement et d'agrandissement de la place d'armes de Drognens, divisé en trois étapes de CHF [? ■■] 12 millions, 13 millions et 15 millions respectivement, le TAF s'est ainsi interrogé sur la question de savoir si ces trois étapes formaient ensemble un seul ouvrage (ATAF 2009/18, c. 2.4 et 2.41, qui se réfère en matière de scission artificielle du marché à l'arrêt précité *Commission c/France* du 05.10.2000, pt 36).

180 L'appel d'offres pour les marchés de grande importance doit faire l'objet d'une **publication dans un organe officiel** *(« amtlich publiziert » ; « pubblicati su un organo ufficiale » ; « officially published »)* selon l'art. 5 II LMI. Selon l'art. 13/a AIMP, la publication doit avoir lieu au moins dans la feuille officielle cantonale. Toutefois, la nécessité de consulter 26 feuilles d'avis cantonales constitue un obstacle de fait à la réalisation du marché intérieur. En conséquence, les cantons ont convenu avec le SECO, sur une base volontaire, qu'un résumé de leurs appels d'offres serait en règle générale également publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Cette solution offre l'avantage d'un **accès centralisé** à tous les appels d'offres des cantons et de la Confédération. Elle est reprise par l'art. 4 § 1/a) Accord MP. L'ouverture effective des marchés dépend surtout d'un système de **passation électronique des marchés**, qui comprennent la diffusion par les pouvoirs adjudicateurs des appels d'offres et des cahiers des charges, une possibilité de tri des avis de marchés en fonction de leur objet ainsi qu'un envoi des offres par les soumissionnaires par voie électronique (art. 19 II OMP ; § 23 II et 24 Directives AIMP ; Lang, Binnenmarkt, p. 31). Dans l'UE, les avis obligatoires en matière de marchés publics sont diffusés électroniquement dans le Supplément au Journal Officiel disponible sur TED (<http ://ted.europa.eu>). L'art. XXIV § 8 AMP prévoit aussi une adaptation de ses procédures de passation aux innovations, notamment en ce qui concerne l'utilisation des techniques de l'information dans la passation des marchés par voie électronique. L'art. 12 Accord MP prévoit une coopération des parties en vue d'assurer l'interopérabilité de leurs systèmes de passation électronique des marchés. Le site <http ://www.simap.ch>, regroupant la Confédération et les cantons, offre un accès centralisé aux appels d'offres et aux cahiers des charges y relatifs, ainsi que des informations sur les lois et règlements en vigueur, et sur la jurisprudence en matière de marchés publics (§ 10 II, § 34 II Directives AIMP).

Art. 6

Accords internationaux et accords intercantonaux

[1] Toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse a, en ce qui concerne l'accès au marché, des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux.

[2] Lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité.

[3] L'al. 2 s'applique par analogie aux accords intercantonaux.

Völkerrechtliche und interkantonale Vereinbarungen

[1] Jede Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz hat in Bezug auf den Zugang zum Markt mindestens die gleichen Rechte, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt.

[2] Soweit ausländische Personen aufgrund von völkerrechtlichen Vereinbarungen eines oder mehrerer Kantone mit dem benachbarten Ausland gegenüber Anbieterinnen und Anbietern mit Niederlassung oder Sitz in einem der übrigen Kantone in Bezug auf den Zugang zum Markt besser gestellt werden, haben diese Anbieterinnen und Anbieter Anspruch auf Gleichbehandlung, soweit der Kanton ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes Gegenrecht gewährt.

[3] Im Binnenverhältnis gilt Absatz 2 sinngemäss auch für interkantonale Vereinbarungen.

Trattati internazionali e accordi intercantonali

[1] Ogni persona con domicilio o sede in Svizzera, per quanto concerne l'accesso al mercato, ha almeno gli stessi diritti garantiti dalla Confederazione a persone estere in virtù di accordi internazionali.

[2] Qualora, in virtù di accordi internazionali conclusi da uno o più Cantoni con regioni estere limitrofe, persone estere beneficino di un trattamento migliore per quanto concerne l'accesso al mercato rispetto agli offerenti con domicilio o sede in un Cantone che non è parte ai predetti accordi, questi ultimi hanno diritto allo stesso trattamento, a condizione che il Cantone di domicilio o di sede accordi la recipro-cità.

[3] Il capoverso 2 è applicabile per analogia agli accordi intercantonali.

Bibliographie

T. Cottier/B. Merkt, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; M. Oesch/T. Zwald in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 6 BGBM ; Zwald, BGBM, p. 445 s. ***Eg.*** K. Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)*.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1193 ss ; Mess-rév.LMI, FF 2005 I 421 ss.

Plan

N

I. Généralités 1
II. Droits dérivés des accords internationaux conclus par la Confédération 6

N

III. Droits dérivés des accords internationaux conclus par les cantons 10
IV. Droits dérivés des concordats intercantonaux 13

I. Généralités

La LMI a pour but de créer un véritable marché intérieur. Pour ce faire, elle confère aux personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse des droits, dont la liberté d'accès au marché de l'art. 2 LMI. Ceux-ci peuvent cependant être restreints aux conditions définies par l'art. 3 LMI. L'art. 6 LMI assure une égalité de traitement dans l'accès au marché suisse entre les titulaires des droits conférés par la LMI et d'autres cercles de personnes qui disposent, en vertu d'accords internationaux ou intercantonaux, d'un accès au marché plus privilégié encore. Cette clause de l'**« acteur le plus favorisé »** permet aux acteurs suisses d'obtenir un traitement identique à celui offert à des offreurs externes dont le droit d'accès au marché, suisse ou cantonal, découle d'une autre source que la LMI. **1**

Cette disposition ne permet en revanche pas d'obtenir un traitement préférentiel fondé sur l'établissement dans un territoire déterminé. **2**

L'importance de l'art. 6 LMI s'est considérablement **accentuée** avec l'entrée en vigueur, le 1er juin 2002, de l'ALCP. **3**

La lutte contre les discriminations « à rebours » que pourraient subir les citoyens suisses face aux offreurs étrangers bénéficiant de droit d'accès au marché en vertu d'accords internationaux se situe au cœur de la révision de la LMI, bien que l'art. 6 LMI n'ait lui-même pas été modifié (Mess-rév.LMI, p 422). Aussi, afin de renforcer la portée pratique du mécanisme déjà mis en place par le biais de l'art. 6 LMI, le législateur a expressément prévu que la reconnaissance de certificats de capacité pour les activités lucratives couvertes par l'ALCP se ferait désormais en vertu des dispositions dudit accord (art. 4 III^{bis} LMI). **4**

L'art. 6 LMI vise deux cercles de personnes : (a) les personnes étrangères qui ont un accès privilégié au marché suisse en vertu d'un accord international conclu par un Etat étranger avec la Confédération (art. 6 I LMI) ou un canton (art. 6 II LMI) et (b) les personnes résidant en Suisse qui bénéficient d'un accès privilégié à certains marchés en Suisse en vertu d'un accord intercantonal (art. 6 III LMI). L'art. 6 LMI s'applique dans tous les cas où une personne ayant son siège ou son établissement en Suisse ne fait pas partie du cercle des bénéficiaires et qu'il en résulte pour elle une discrimination en termes d'accès au marché par rapport aux membres de ce cercle. L'effet de l'art. 6 LMI est d'étendre à celle-ci les droits d'accès plus avantageux conférés par les accords internationaux ou intercantonaux et ainsi de rétablir l'égalité entre elle et les bénéficiaires des accords. **5**

II. Droits dérivés des accords internationaux conclus par la Confédération

Les titulaires de la LMI ont des droits identiques en ce qui concerne l'accès au marché suisse à ceux qui sont accordés par la Confédération à des personnes étrangères dans des accords internationaux (art. 6 I LMI). **6**

L'art. 6 I LMI vise les traités commerciaux conclus entre la Confédération et des Etats étrangers sur la base de la compétence qui lui est accordée par l'art. 54 Cst. En tout premier lieu, cette disposition s'appliquera en relation avec le traitement offert aux ressortissants des Etats Membres de l'Union européenne en vertu de l'ALCP. **7**

8 Toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse au sens de l'art. 1 LMI peut prétendre à des droits identiques à ceux conférés par les traités internationaux aux étrangers en matière d'accès au marché suisse, en particulier lorsque ces droits vont plus loin que ceux garantis par la LMI. La portée de cette disposition est cependant limitée, voire théorique. Les engagements pris par la Confédération aux termes des traités commerciaux n'ont en principe aucun effet sur le marché intérieur. Ces traités ont avant tout pour objectif de lever les obstacles à la circulation transfrontalière des services et des marchandises
(p. ex. Accord de libre-échange entre la Suisse et la Communauté européenne du 22 juillet 1972 ; Accord OTC ; Convention AELE). Face aux rigidités internes du marché suisse, les étrangers sont dans une situation semblable à celle des titulaires de la LMI. L'art. 6 I LMI n'a de portée propre que lorsque le traité international, ou la loi qui l'applique, a pour effet de limiter davantage encore que ne l'autorise l'art. 3 LMI les possibilités pour les cantons de restreindre aux étrangers l'accès aux marchés locaux. Une telle éventualité n'est pas à exclure dans le cadre de la concrétisation des accords bilatéraux sectoriels entre l'Union européenne et la Suisse, ratifiés le 26 février 1999.

9 Si la discrimination au détriment des offreurs établis ou ayant leur siège en Suisse est voulue par la Confédération, les privilèges conférés aux étrangers (directement par le traité ou indirectement par la loi fédérale d'application) l'emportent sur l'art. 6 I LMI (Mess-LMI, p. 1250 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 54, qui citent l'exemple du transit des marchandises par la route).

III. Droits dérivés des accords internationaux conclus par les cantons

10 Lorsque, en vertu d'un accord international conclu par un canton, les personnes étrangères bénéficient d'un accès privilégié, les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans les cantons qui ne sont pas parties à cet accord ont droit au même traitement, sous réserve de la réciprocité (art. 6 II LMI).

11 Les accords visés ici sont ceux que les cantons peuvent, à titre exceptionnel, conclure avec des Etats étrangers, en matière de rapports de voisinage notamment (art. 56 Cst ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 172-173, en fait l'énumération).

12 Ce droit est cependant soumis à **l'exigence de réciprocité**. Il y a réciprocité si le canton de l'établissement ou du siège de l'offreur externe reconnaît aux personnes établies ou ayant leur siège dans le canton partie à l'accord des droits équivalents à ceux qui sont consentis conventionnellement aux personnes étrangères. A noter que la réciprocité ne bénéficie pas aux ressortissants de l'Etat étranger partie à l'accord, les effets de la LMI étant limités au territoire suisse (voir LMI 1 N 123).

IV. Droits dérivés des concordats intercantonaux

13 Lorsque, en vertu d'accords intercantonaux conclus entre deux ou plusieurs cantons, des personnes domiciliées ou ressortissantes de ces cantons bénéficient, en ce qui concerne l'accès aux marchés sur le territoire de ces cantons, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement à l'extérieur des cantons parties, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité (art. 6 III LMI).

Il y a **réciprocité** dans ce cas lorsque le canton où l'offreur externe a son siège ou son éta- **14**
blissement réserve aux personnes bénéficiant de l'accord intercantonal le même traitement en matière d'accès au marché que celui prévu par ledit accord. Il se peut ainsi que des accords intercantonaux en matière de circulation de marchandises, services ou prestations de travail bénéficient également aux ressortissants d'un canton qui n'a pas adhéré à l'accord, si celui-ci accorde la réciprocité.

Section 3 : …

Art. 7

Abrogé

Aufgehoben

Abrogato

1 L'article 7 de la loi sur le marché intérieur adoptée le 6 octobre 1995 chargeait le Conseil fédéral d'informer et de consulter régulièrement les cantons sur les développements du droit international, du droit de l'intégration et du droit fédéral qui, dans le cadre de la LMI, étaient importants pour la mise en place du marché intérieur par les cantons et les communes. Cet article constituait l'unique disposition de la section 3 de la LMI, intitulée « Tâches de la Confédération ».

2 L'art. 7 LMI a été abrogé par la révision du 16 décembre 2005, avec effet au 1er juillet 2006 (RO 2006 2363, 2366). Cette abrogation a été motivée par le fait que l'obligation faite à la Confédération de consulter et d'informer les cantons résultaient d'autres actes normatifs (cf. art. 45, 55 et 147 Cst ; Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation, RS 172.061 ; cf. aussi Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération, RS 138.1). Aussi une disposition spécifique ne se justifiait-elle plus dans la LMI (Mess-rév.LMI, p. 439).

Section 4 : Recommandations et voies de droit

Art. 8

Recommandations de la Commission de la concurrence

[1] La Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la présente loi.

[2] Elle peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants.

[3] Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées.

[4] Elle garantit, en collaboration avec les cantons et les services fédéraux concernés, la bonne exécution de l'art. 4, al. 3bis, et peut formuler des recommandations à cet effet.

Empfehlungen der Wettbewerbskommission

[1] Die Wettbewerbskommission überwacht die Einhaltung dieses Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben.

[2] Sie kann Bund, Kantonen und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben.

[3] Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben.

[4] Sie stellt in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen den Vollzug von Artikel 4 Absatz 3bis sicher und kann zu diesem Zweck Empfehlungen erlassen.

Raccomandazioni della Commissione della concorrenza

[1] La Commissione della concorrenza sorveglia il rispetto della presente legge da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici.

[2] Essa può sottoporre alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni raccomandazioni concernenti gli atti legislativi previsti o vigenti.

[3] Può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate.

[4] Assicura, in collaborazione con i Cantoni e i servizi federali interessati, l'esecuzione dell'articolo 4 capoverso 3bis e a tal fine può emanare raccomandazioni.

Bibliographie

BORER, KG, ad Art. 45-47 ; S. KOLLER in : Baker & McKenzie, Kartellgesetz, ad Art. 45-47 ; BSK KG-T. NYDEGGER/W. NADIG, ad Art. 45-47 ; M. OESCH/T. ZWALD in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad Art. 8-10*a* BGBM ; P. RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in : von Büren/David, Kartellrecht, p. 417 ss *(Verfahren)* ; B. SCHMIDHAUSER in : Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, KG, ad Art. 45-47 *(Art. 45/46/47 KG)* ; P. TERCIER, La procédure devant la Commission de la concurrence, in : Stoffel, Cartels, p. 35 ss ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaft, p. 458 s. ; WAGNER, BGBM, p. 31-33 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 159 s. et 455-457 ; ZWALD, BGBM, p. 446-452 et 459. ***Eg.*** F. BELLANGER/C. BOVET, Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage ?, DC 1999, p. 164-166 *(Affichage)* ; E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg, Fribourg 1997 *(Marchés)* ; T. COTTIER/M. WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss *(BGBM)* ; A. FLÜCKIGER, Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obliga-

toires, RDS 2004 II, p. 159 ss *(Actes)* ; P. Galli/D. Lehmann/P. Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 *(Beschaffungswesen)* ; P. Richli, Résumé et commentaire de l'ATF 125 I 209, *JC Decaux*, PJA 2000, p. 490-493 *(ATF JC Decaux)* ; K. Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)* ; R. Zäch, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 59 ss *(Rolle)*.

Cf., en outre, les références relatives aux art. 45-47 LCart.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1252-1253 ; BO CE 1995 934 s. ; BO CN 1995 2054.

Mess-rév.LMI, FF 2005 I 439 et 444 ; BO CN 2005 891 ; BO CE 2005 765.

Plan N

I. Généralités . . . 1
II. La surveillance exercée par la Commission de la concurrence . . . 5
A. Introduction . . . 5
B. Les recommandations concernant les actes normatifs . . . 8
1. Le champ d'application . . . 8
2. La procédure . . . 12
3. L'effet et le contenu des recommandations . . . 17
C. Les enquêtes et les recommandations . . . 25
1. Le champ d'application . . . 25
2. La procédure . . . 29
a) Les règles applicables . . . 29
b) Les enquêtes préalables et les enquêtes . . . 35
3. L'effet et le contenu des recommandations . . . 38
D. La bonne exécution de l'article 4 III^{bis} LMI et les recommandations y relatives . . . 41
III. Les autorités concernées . . . 43

I. Généralités

1 L'art. 8 LMI assigne une obligation de **surveillance** à la Comco et met à la disposition de celle-ci divers moyens d'**intervention** afin de s'assurer que la Confédération, les cantons et les communes respectent la LMI. L'art. 8 LMI doit être lu en parallèle avec les art. 45 et 46 LCart, qui attribuent des tâches similaires à la Comco (voir notamment Wagner, BGBM, p. 31 N 87). Par ailleurs, l'art. 45 I LCart contient une obligation d'observation de la situation de la concurrence qui est, à certains égards, comparable à l'obligation figurant à l'art. 8 I LMI (cf. LCart 45 N 15).

2 Les art. 45-46 LCart et l'art. 8 LMI font, dans une certaine mesure, **double emploi**. Selon la teneur de ces diverses dispositions, il semble que la LCart ait une portée plus large que la LMI, puisque la surveillance prévue aux art. 45-46 LCart porte sur la situation de la concurrence d'une manière générale, tandis que la surveillance découlant de l'art. 8 LMI ne concerne que le respect de cette loi. Aussi le champ d'application de cette disposition a-t-il essentiellement trait à la liberté d'accès au marché, à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées, à la reconnaissance des certificats de capacité ainsi qu'aux marchés publics. Les autres restrictions ou distorsions de la concurrence doivent plutôt être examinées sous l'angle de la LCart. A cet égard, cette dernière est ainsi la *lex generalis*, tandis que la LMI est la *lex specialis*. Il va cependant de soi que les art. 45-46 LCart et l'art. 8 LMI, loin de s'exclure, peuvent être appliqués conjointement afin de permettre à la Comco de remplir de façon optimale son mandat de surveillance (Mess-LCart, p. 529).

L'art. 8 LMI vise les **collectivités publiques** et les autres « organes » qui agissent en vertu de la **puissance publique** (Mess-LMI, p. 1252 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1588 ; CLERC, Marchés, p. 462 s.). La notion d'organe doit être interprétée largement. Elle devrait inclure une entité privée ou mixte délégataire d'une tâche publique et agissant en vertu de la puissance publique. Pour le surplus, les restrictions ou distorsions de la concurrence qui émanent de particuliers ou d'une collectivité publique agissant comme un particulier doivent être jugées à l'aune de la LCart (Mess-LCart, p. 528-529). Il convient cependant de relever que les art. 45-46 LCart permettent également à la Comco d'examiner des restrictions de la concurrence prises par les collectivités publiques, en tant que détentrices de la puissance publique (Mess-LCart, p. 529 ; SCHMIDHAUSER, Art. 45 KG N 18 et 23 ; BORER, KG, Art. 45 N 4 s.). Il s'agit d'ailleurs là de la particularité des art. 45-47 LCart par rapport au reste de la LCart. **3**

L'art. 8 LMI n'attribue à la Comco qu'une **tâche de surveillance** et ne lui permet donc pas de rendre des décisions ayant un effet contraignant (Mess-LMI, p. 1252 ; Mess-LCart, p. 529 ; DPC 1997/2, p. 214 N 16, *Affichage Genève*; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1588-1589 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 173 ; CLERC, Marchés, p. 462 s. ; ZÄCH, Rolle, p. 68 ; ZWALD, BGBM, p. 447 N 141) : *« Im Unterschied zu den Aufgaben im Rahmen des Kartellgesetzes hat die Wettbewerbskommission im Rahmen des Binnenmarktgesetzes nur eine empfehlende Kompetenz »* (BO CE 1995 934, R. SIMMEN). Seules les restrictions privées de la concurrence peuvent faire l'objet d'une décision de la Comco (Mess-LCart, p. 529). Aussi la Comco tire-t-elle son pouvoir décisionnel sur le plan matériel uniquement de la LCart. **4**

II. La surveillance exercée par la Commission de la concurrence

A. Introduction

L'art. 8 I LMI charge la Comco de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI. Pour se conformer à ce mandat, la Comco doit se tenir informée sur la situation de la concurrence en Suisse, tant au niveau des faits que du droit (voir LCart 45 N 19-23). Les **sources** d'information qui entrent en ligne de compte sont multiples : lecture de journaux, consultation d'autres médias, discussions informelles dans divers cercles économiques, participation à des congrès, etc. (SCHMIDHAUSER, Art. 45 KG N 9). Il appartient essentiellement à la Comco de définir ses sources d'information et, sur la base de celles-ci, de se constituer des dossiers sur les restrictions et les distorsions de la concurrence. Dans ses recommandations du 17 mai 1999 à l'attention des cantons et des communes concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (DPC 1999/2, p. 267-274), la Comco a expressément indiqué qu'un des points de départ de son intervention consistait en la parution de plusieurs articles à ce propos dans la presse (DPC 1999/2, p. 267 N 1). **5**

La Comco peut également être informée par des **particuliers**, qui sont en mesure de lui faire part des entraves qui existent dans un marché donné. Ainsi, dans ses recommandations précitées, la Comco s'est-elle basée sur diverses « plaintes » relatives à la pratique des communes en matière de contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (DPC 1999/2, p. 267 N 1). Ce type d'information de la Comco n'est réglementé ni par la LMI ni par la LCart. Il s'agit dès lors d'une procédure informelle. **6**

L'art. 8 II, III et IV LMI met à la disposition de la Comco **divers moyens d'intervention**. Il s'agit tout d'abord des recommandations concernant les actes normatifs envisagés ou **7**

existants de la Confédération, des cantons ou des communes (art. 8 II LMI), qui correspondent en quelque sorte à des préavis. A ces recommandations, il convient d'ajouter les enquêtes et les recommandations mentionnées à l'art. 8 III LMI, qui se rapportent à la pratique de l'ensemble des autorités assumant des tâches publiques. De plus, l'art. 8 IV LMI permet à la Comco de formuler des recommandations en lien avec l'art. 4 III^{bis} LMI. Enfin, la surveillance exercée par la Comco permet à celle-ci de rendre des avis en lien avec l'art. 10 I LMI (cf. DPC 2011/2, p. 345-352 concernant le renouvellement de concessions relatives à l'utilisation du domaine public et à la distribution d'électricité ; DPC 2011/2, p. 353-357 concernant le renouvellement de concessions relatives à l'utilisation de la force hydraulique).

B. Les recommandations concernant les actes normatifs

1. Le champ d'application

8 L'art. 8 II LMI vise les **actes normatifs** de la Confédération, des cantons et des communes. Pour saisir la portée propre de cette norme, il convient de la lire en parallèle avec l'art. 46 LCart. Cette dernière disposition définit de manière très large les actes normatifs de la Confédération qui doivent être examinés par le Secrétariat de la Comco – « le Secrétariat examine les projets d'actes normatifs […] qui sont à même d'influencer la concurrence » (art. 46 I, 1 LCart) – et par la Commission elle-même dans la procédure de consultation – « la Commission se détermine sur les projets d'actes normatifs de la Confédération qui limitent ou influencent de quelque manière la concurrence » (art. 46 II, 1 LCart). L'art. 46 LCart permet aux autorités de la concurrence de se prononcer sur les actes normatifs de la Confédération (Mess-LCart, p. 606-607). Il est dès lors pratiquement exclu que la compétence des autorités de la concurrence d'examiner un acte normatif fédéral se fonde uniquement sur l'art. 8 II LMI, à l'exclusion de l'art. 46 LCart. En tant qu'il vise les actes normatifs fédéraux, l'art. 8 LMI n'a dès lors aucune véritable portée autonome par rapport à l'art. 46 LCart.

9 L'art. 8 II LMI s'applique essentiellement aux **actes normatifs des cantons et des communes** (dans ce sens, Mess-LCart, p. 529-530). La portée propre de cette disposition ne se limite toutefois pas au droit cantonal et au droit communal. En effet, les éventuels **accords intercantonaux** conclus entre les cantons peuvent également faire l'objet de recommandations de la Comco (voir les recommandations de la Comco du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'AIMP du 25 mars 1998, DPC 1998/2, p. 329-336 et celles du 17 avril 2000 concernant la révision de l'AIMP du 1er février 2000, DPC 2000/2, p. 281-292 ; ZWALD, BGBM, p. 447 N 143). Au surplus, pour que l'art. 8 II LMI s'applique de préférence à l'art. 46 II *i.f.* LCart, il faut que les actes normatifs concernent le libre accès aux marchés, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées, la reconnaissance des certificats de capacité ou les marchés publics (comp. ZÄCH, Rolle, p. 66 s.). Ainsi, suite à un arrêt du Tribunal fédéral aux termes duquel « la concession du monopole d'affichage ne constitue pas un marché public » (ATF 125 I 209, c. 6b *i.f.* ; pour une critique de cet arrêt, voir BELLANGER/BOVET, Affichage, p. 164-166 ; RICHLI, ATF JC Decaux, p. 492 s.), la Comco a indiqué que ses recommandations concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure se fondent désormais sur l'art. 45 II LCart et non plus sur la LMI (recommandations du 6 mars 2000, DPC 2000/1, p. 95 ; voir également DPC 1999/4, p. 576). L'art. 2 VII LMI permet désormais de se fonder à nouveau sur cette dernière loi.

L'art. 8 I LMI ne charge expressément la Comco que de la surveillance du respect de la LMI. Lorsqu'elle se prononce sur des actes normatifs envisagés ou existants, la Comco doit en réalité tenir compte de l'**ensemble du droit supérieur** existant dans les domaines visés par les art. 3-5 LMI (comp. CLERC, Marchés, p. 463 s.). Ainsi, une loi cantonale relative aux marchés publics ne sera pas examinée sous le seul angle de la LMI, mais aussi sous celui du droit international (AMP et l'accord bilatéral entre l'Union européenne et la Suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68) et celui du droit intercantonal (AIMP), voire, par comparaison, sous l'angle du droit fédéral (LMP/OMP) (pour une illustration, voir les recommandations de la Comco du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998, DPC 1998/2, p. 336-343 ; voir également les recommandations de la Comco du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'AIMP du 25 mars 1998, DPC 1998/2, p. 329-336). **10**

En clair, un acte normatif intercantonal sera examiné par rapport au droit international et fédéral pertinent ; un acte normatif cantonal, par rapport au droit international, fédéral et intercantonal pertinent ; et un acte communal par rapport au droit international, fédéral, intercantonal et cantonal pertinent. En d'autres termes, le champ de l'examen de la Comco comprend potentiellement l'**ensemble des règles de droit** qui priment l'acte normatif qui lui est soumis et qui relèvent de la liberté d'accès au marché, de la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées, de la reconnaissance des certificats de capacité ou des marchés publics. **11**

2. La procédure

La Comco peut assumer la tâche prévue à l'art. 8 II LMI **de son propre chef** ou **sur demande** (Mess-LMI, p. 1252 ; CLERC, Marchés, p. 466). Ainsi, il peut arriver qu'un projet législatif lui soit soumis et qu'elle en profite pour examiner la réglementation en vigueur dans les autres cantons suisses (voir DPC 2001/1, p. 156-158 N 2 et 3, concernant l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur). La Comco doit se baser sur les informations dont elle a connaissance pour déterminer s'il se justifie de procéder à l'examen d'un acte normatif cantonal ou communal envisagé ou existant. Elle détermine librement si elle entend examiner un tel acte, aucune obligation ne lui incombant en vertu de l'art. 8 II LMI. La même solution a d'ailleurs été retenue à l'art. 46 II *i.f.* LCart (Mess-LCart, p. 607 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 456 N 959). Cela signifie concrètement que tout particulier, même directement concerné par un acte normatif envisagé ou existant, ne peut saisir de manière contraignante la Comco (comp. ZWALD, BGBM, p. 447 s. N 144). Au reste, aucune obligation n'est non plus imposée aux cantons et aux communes de saisir la Comco lorsqu'ils élaborent des actes normatifs dans les domaines visés par la LMI. Une solution analogue découle de l'art. 46 II *i.f.* LCart (SCHMIDHAUSER, Art. 46 KG N 12 ; BORER, KG, Art. 46 N 3). Pour le surplus, il est déjà arrivé en pratique que la Comco délègue à son Secrétariat le soin de donner des explications sur des actes normatifs cantonaux (voir ZÄCH, Rolle, p. 74-79 ; cf. également ZWALD, BGBM, p. 449 s., N 152-154). Ce mode de procéder, quelque peu en marge de la LMI, doit être admis lorsque les actes soumis ne suscitent que des questions d'importance réduite sous l'angle de la LMI. **12**

Lorsqu'un canton ou une commune s'adresse à la Comco, la situation est quelque peu différente. A notre sens, la Comco devrait **motiver** son refus d'entrer en matière sur un acte normatif envisagé ou existant. Dans une telle hypothèse, il existe un risque d'inégalité de traitement en cas de refus d'examiner un acte normatif, puisque la Comco a déjà eu l'occasion de se prononcer sur divers actes normatifs cantonaux à la demande des cantons. **13**

Le refus d'entrer en matière devrait être fondé sur des motifs objectifs. Si la Comco s'est déjà prononcée sur un acte normatif similaire à celui qui lui est soumis, elle peut purement et simplement renvoyer le canton ou la commune à ses précédentes recommandations. Afin d'éviter toute insécurité juridique, la Comco devrait refuser de formuler des recommandations sur des normes qui ont fait ou qui font l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, lorsque les questions que ce dernier a dû ou doit résoudre correspondent à celles qui sont posées à la Comco. Cette dernière doit éviter de concurrencer le Tribunal fédéral. La Comco a déjà fait savoir que, d'une manière générale, elle n'entend pas se substituer aux autorités judiciaires et qu'elle refuse d'émettre des recommandations pour des affaires spécifiques (voir DPC 1997/2, p. 214-215 N 18, *Affichage Genève*; WAGNER, BGBM, p. 32 N 91). Enfin, il va de soi que la Comco ne saurait entrer en matière, du point de vue de l'art. 8 II LMI, sur un acte normatif cantonal ou communal qui ne relève manifestement pas d'un domaine visé par cette loi.

14 Pour le surplus, la Comco détermine **librement** la façon dont elle procède à l'examen des actes normatifs cantonaux ou communaux. Les particuliers, même directement touchés par de tels actes, ne peuvent se prévaloir de quelconques garanties procédurales découlant notamment de la Constitution fédérale ou de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021). Les dispositions procédurales qui figurent dans la LCart (en particulier les art. 26-28 et 39-43) ne sont pas applicables par renvoi. En effet, ces dispositions concernent essentiellement les enquêtes menées par la Comco. Or l'art. 8 II LMI prévoit un examen abstrait de règles de droit, si bien que des enquêtes n'ont pas lieu d'être dans ce cadre. Lorsque la Comco examine de son propre chef un acte normatif cantonal ou communal, elle devrait néanmoins donner au canton ou à la commune en cause l'occasion de s'exprimer. Cette faculté laissée à l'auteur d'un acte normatif représente le minimum procédural au-dessous duquel il paraît difficile de descendre. Au surplus, la prise de position du canton ou de la commune en cause peut être la source de précieuses indications sur la façon dont les autorités concernées comptent appliquer l'acte normatif soumis à la Comco.

15 Les recommandations rendues par la Comco en application de l'art. 8 II LMI doivent être **notifiées** à la commune ou au canton concerné. Il paraît évident que les recommandations sont notifiées à leurs destinataires, sans quoi elles risqueraient de rester sans effet. Pour le surplus, la Comco détermine librement quelles recommandations elle souhaite **publier**. L'art. 10*a* I LMI prévoit une faculté et non une obligation. Par ailleurs, l'art. 21 *in initio* du règlement interne de la Comco du 1er juillet 1996 (RS 251.1) dispose que « la Commission fixe les principes de sa politique d'information ». Elle n'est pas non plus tenue de notifier de telles recommandations aux éventuels particuliers directement intéressés par l'acte normatif faisant l'objet des recommandations.

16 Les recommandations de la Comco ne peuvent faire l'objet d'**aucun recours** au Tribunal administratif fédéral ou à une autre autorité. La LMI ne prévoit, en effet, aucun recours contre les recommandations prévues à l'art. 8 II LMI. De surcroît, la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32) ouvre le recours contre les décisions notamment des commissions fédérales (art. 33/f LTAF).

3. L'effet et le contenu des recommandations

17 Les recommandations de la Comco sont **dépourvues d'effet contraignant** (ZÄCH, Rolle, p. 67 ; WAGNER, BGBM, p. 32 N 89). Cela signifie en particulier que les autorités fédé-

rales, cantonales ou communales auxquelles sont adressées ces recommandations ne sont pas formellement tenues de s'y conformer. Elles peuvent ainsi légiférer ou continuer d'appliquer des normes sans tenir compte de recommandations allant en sens contraire. Dans une telle hypothèse, ni la LMI, ni la LCart ne sont, de ce seul fait, violées. Tel est également le cas lorsque les recommandations ont été rendues à la demande d'un canton ou d'une commune. Le caractère non contraignant des recommandations de la Comco a fait dire à la Commission de gestion du Conseil national que ces recommandations sont des instruments « insuffisants pour stimuler de manière efficace la promotion du marché intérieur » (rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la LMI sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration [Rapport LMI], FF 2000 5603 ss, 5611). Afin d'améliorer la mise en œuvre de la LMI, la Commission de gestion du Conseil national avait adopté une motion chargeant le Conseil fédéral de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la LMI donnant à la Comco « un droit de recours contre toutes les formes de restrictions de droit public à la liberté d'accès au marché visées à l'art. 9 I LMI » (Rapport LMI, p. 5612). L'existence d'un droit de recours autonome de la Comco était notamment censé renforcer l'efficacité des recommandations « qui seraient mieux prises en compte » (Rapport LMI, p. 5611). Le lien entre l'existence d'un droit de recours et la meilleure prise en compte des recommandations de la Comco n'est pas évident. Cela dit, la LMI a effectivement été révisée pour accorder un droit de recours à la Comco (cf. art. 9 II^{bis} LMI).

18 Les recommandations de la Comco jouissent d'une **grande autorité** en raison notamment du fait que le législateur fédéral a confié à la Comco la tâche de veiller au respect de la LMI et de la LCart (dans ce sens, Zäch, Rolle, p. 67 ; Wagner, BGBM, p. 32 N 89 ; voir également LCart 45 N 47-50). Encore faut-il toutefois que ces recommandations soient communiquées en temps opportun et exposées de manière claire et sans équivoque (Bellanger/Bovet, Affichage, p. 166 ; Richli, ATF JC Decaux, p. 492-493 N 4). Lorsque la liberté d'accès au marché, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées, la reconnaissance des certificats de capacité ou les marchés publics sont affectés par un acte normatif cantonal ou communal, les autorités cantonales ou communales devraient accorder un poids particulier aux recommandations formulées par la Comco (cf. également Zwald, BGBM, p. 448 N 147). En adoptant néanmoins un acte normatif que la Comco a jugé, en projet, contraire à la LMI ou très problématique par rapport à celle-ci, elles ouvrent une voie royale à d'éventuels recours contre cet acte ou des décisions d'application.

19 Les recommandations de la Comco devraient également avoir un impact sur les autorités judiciaires, y compris sur le Tribunal fédéral lui-même. Certes, elles ne lient aucunement ces autorités. Néanmoins, si celles-ci prennent l'habitude de s'en distancier sans motifs sérieux et objectifs, elles risquent d'entraver la tâche dévolue à la Comco par le législateur fédéral, consistant en particulier à veiller au respect de la LMI (art. 8 I LMI). Dans une telle hypothèse, chaque nouvelle recommandation ne serait vraisemblablement plus prise au sérieux. Il en résulterait une certaine insécurité juridique puisque les collectivités publiques et les autres organes assumant des tâches publiques ne se fieraient plus – ou ne sauraient plus s'il se justifie de le faire – aux recommandations et autres avis exprimés par l'autorité chargée pourtant de veiller au respect de la LMI. Par ailleurs, ces autorités ne pourraient pas obtenir d'indications de la part des autorités judiciaires puisque celles-ci ne délivrent pas d'avis consultatifs. Il est soutenu que la sécurité du droit implique au contraire « de désobéir le plus rapidement possible à la recommandation afin de provoquer

une décision judiciaire pour fixer la situation juridique » (FLÜCKIGER, Actes, p. 253 N 170). Si elle était suivie, une telle approche reviendrait toutefois à dénaturer l'art. 8 LMI. Par ailleurs, la seule volonté de provoquer une décision judiciaire ne saurait constituer un motif suffisant pour légitimer une activité d'une collectivité publique. Celle-ci doit agir de manière conforme au droit (cf. notamment art. 5 I Cst) et, s'agissant d'un canton ou d'une commune, respecter le droit fédéral (art. 49 I Cst) dont fait partie la LMI. Il en va de la sécurité du droit. Lorsqu'un canton légifère, il peut « désobéir » à une recommandation de l'autorité chargée par le législateur fédéral de veiller au respect de la LMI s'il a de bonnes raisons de penser que cette recommandation est erronée, mais non pas uniquement pour provoquer une décision judiciaire. Enfin, le fait de suivre une recommandation ne signifie aucunement que l'acte normatif ne sera pas contesté devant les autorités judiciaires. La qualité pour recourir directement contre un acte normatif cantonal ou communal (art. 82/b LTF) est reconnue généreusement (cf. notamment A. WURZBURGER in : B. Corboz et al., LTF, ad art. 89 N 38), un intérêt de fait étant suffisant (ATF 133 I 286, c. 2.2). Dans un domaine aussi sensible que celui de l'ouverture des marchés cantonaux ou communaux, il est, sinon probable, du moins tout à fait envisageable qu'une norme cantonale ou communale soit attaquée devant le Tribunal fédéral en dernier lieu lorsque la situation juridique n'est pas « fixée », et ce même si la norme respecte une recommandation de la Comco.

20 Dans une optique plus large, si un effort de coordination entre les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence paraît souhaitable et nécessaire (BELLANGER/BOVET, Affichage, p. 166), il ne doit cependant pas conduire à museler la Comco au seul profit du Tribunal fédéral. Le législateur lui a assigné un rôle actif (cf. art. 8, 9 II^{bis} et 10 LMI), si bien qu'elle ne saurait attendre qu'une question soit tranchée par le Tribunal fédéral pour émettre une recommandation. Un dialogue nourri entre la Comco et le Tribunal fédéral peut également contribuer à la mise en œuvre du droit de la concurrence, en particulier lorsque la jurisprudence du Tribunal fédéral prête le flanc à la critique (voir en particulier ATF 125 I 209, relatif à l'affichage publicitaire sur le domaine public, et la réaction de la Comco résumée in : DPC 1999/4, p. 576 ; voir également DPC 2000/1, p. 95 ; sur cette question, voir spécialement BELLANGER/BOVET, Affichage, p. 164-166 ; RICHLI, ATF JC Decaux, p. 492-493).

21 Les recommandations que peut formuler la Comco sur la base de l'art. 8 II LMI concernent avant tout l'élaboration de **prescriptions de droit économique** (CLERC, Marchés, p. 463). Certes, cette disposition vise également les actes normatifs existants. Sur ce point toutefois, l'art. 8 II LMI semble faire double emploi avec l'art. 8 III LMI, cette disposition se rapportant à la pratique des autorités concernées et donc à l'application des prescriptions de droit économique. Les recommandations qui ont trait à l'application de prescriptions de droit économique déterminées dans un contexte bien défini devraient plutôt se fonder sur l'art. 8 III LMI (dans ce sens, CLERC, Marchés, p. 463 n. 588). Si la Comco émet des considérations générales sur l'application de prescriptions économiques hors de tout contexte particulier, elle peut toutefois se fonder sur l'art. 8 II LMI. Tel est l'avis de la Comco qui, en se référant implicitement à cette disposition, parle de « contrôle abstrait des actes législatifs envisagés ou existants » (DPC 1997/2, p. 214 N 16, *Affichage Genève*).

22 Dans ses recommandations, la Comco peut :
- proposer de **biffer des normes** dans un projet d'acte normatif ou dans un acte normatif existant (voir DPC 1997/4, p. 593 ; DPC 1998/2, p. 332, 338, 340 ; DPC 2000/2, p. 285 ; DPC 2001/1, p. 167),

- suggérer d'y **insérer, de compléter** ou de **modifier des règles** (voir DPC 1998/2, p. 332, 333, 340, 341, 343 ; DPC 2000/2, p. 285, 286-287, 291 ; DPC 2004/4, p. 1186 s.),
- recommander de **modifier le rapport explicatif** à l'appui d'un projet de loi (voir DPC 1998/2, p. 334, 338, 341),
- **émettre des directives d'application ou d'interprétation** de normes déterminées (voir DPC 1998/2, p. 336 ; DPC 2000/2, p. 284),
- **formuler des remarques** concernant la réglementation ou la pratique des autorités cantonales ou communales dans un domaine bien défini (voir DPC 1998/3, p. 454 ; DPC 1998/4, p. 633-634 ; DPC 1999/2, p. 273-274 ; DPC 2000/1, p. 95),
- ou encore **associer le Secrétariat de la Comco** à l'activité législative ou réglementaire des collectivités publiques (voir DPC 2000/2, p. 291).

23 La Comco a, **par exemple**, été amenée à se prononcer sur les projets de lois sur les marchés publics des cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne (DPC 1997/4, p. 591 ; voir également ZÄCH, Rolle, p. 72 s.), et de Neuchâtel (DPC 1998/2, p. 336-343), sur le règlement genevois du 19 novembre 1997 sur la passation des marchés publics en matière de construction (DPC 2004/4, p. 1180-1187) ainsi que sur un projet d'ordonnance uranaise sur les soumissions (voir ZÄCH, Rolle, p. 70-72). Dans le même domaine, elle a formulé des recommandations sur un projet de révision de l'AIMP du 25 mars 1998 (DPC 1998/2, p. 329-336) et sur la révision de l'AIMP du 1er février 2000 (DPC 2000/2, p. 281-292). Par ailleurs, le Secrétariat de la Commission a donné, sur mandat de celle-ci, diverses explications concernant les projets de lois sur les marchés publics des cantons de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, du Jura, de Lucerne, du Tessin (DPC 1997/4, p. 430 et 437 s. ; voir également ZÄCH, Rolle, p. 74-79). Au surplus, le Secrétariat de la Comco a publié, à l'intention des communes, une feuille d'information sur les exigences minimales en matière de marchés publics (note d'information du 15 avril 1999, DPC 1999/2, p. 310-313) et a entretenu divers contacts avec les autorités cantonales et les organes intercantonaux au sujet des aspects particuliers des procédures d'adjudication cantonales et, plus particulièrement, au sujet des valeurs-seuils (voir DPC 1999/4, p. 576). Les autorités de la concurrence ont, en outre, pris position sur des questions relatives à la validité en Suisse de certificats de capacité (brevet d'avocat dans le canton d'Argovie et patentes d'auberges dans le canton de Bâle-Campagne) et sur des questions générales liées au champ d'application et aux effets de la LMI dans le canton de Saint-Gall (DPC 1997/4, p. 438), sur la libre prestation de services des gens du voyage en Suisse (DPC 1998/3, p. 446-454), sur l'envoi de médicaments par correspondance (DPC 1998/4, p. 623-634) ou sur les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (DPC 1999/2, p. 267-274 ; DPC 1999/4, p. 576 ; DPC 2000/1, p. 95). Enfin, la Comco s'est prononcée sur les réglementations cantonales relatives à l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur (DPC 2001/1, p. 155-167).

24 Les recommandations de la Comco fondées sur l'art. 8 II LMI **ne se rapportent pas toutes à des actes normatifs envisagés ou existants**. Ainsi, la Comco a formulé des recommandations selon l'art. 8 II LMI concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (DPC 1999/2, p. 267-274 ; voir aussi les précisions du Secrétariat de la Commission du 9 juillet 1999, formulées en relation avec un arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 1999 publié in ATF 125 I 209). Or de tels contrats ne sont bien évidemment pas des actes normatifs. Le critère décisif pour savoir si l'on se trouve sous l'angle de l'art. 8 II LMI ou sous celui de l'art. 8 III LMI tient vraisemblablement à la nature de l'examen et des recommandations de la Comco. Si l'examen porte sur la situation de la concurrence

dans un domaine précis sur l'ensemble du territoire suisse (p. ex. l'envoi de médicaments par correspondance ou les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure), il donnera lieu à des recommandations générales destinées à aiguiller la pratique des autorités cantonales ou communales. Cette extension du champ d'application de l'art. 8 II LMI, au détriment de l'art. 8 III LMI, paraît conforme sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'art. 8 LMI. De plus, lorsque l'examen et les recommandations de la Comco ont un caractère général et abstrait, il ne se justifie pas – et il est pratiquement impossible – d'appliquer tout ou partie des garanties applicables dans une enquête visant une situation concrète et des personnes déterminées. Il convient néanmoins de souligner que la base légale retenue pour les recommandations relatives aux contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (DPC 1999/2, p. 267-274), soit l'art. 8 II LMI, est discutable et fait à tout le moins violence à la lettre de cette disposition (voir néanmoins les précisions du Secrétariat de la Comco du 9 juillet 1999, dans lesquelles le Secrétariat retient que l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 1999 « ne concerne qu'un cas particulier », alors que les recommandations de la Comco ont une portée générale ; voir désormais DPC 2000/1, p. 95).

C. Les enquêtes et les recommandations

1. Le champ d'application

25 L'art. 8 III LMI doit être lu en parallèle avec l'art. 45 LCart (LCart 45 N 11). Cette dernière disposition doit être considérée comme la disposition générale, tandis que la première s'applique aux domaines visés par la LMI, à savoir la liberté d'accès au marché, la reconnaissance des certificats de capacité et les marchés publics. Alors que l'art. 8 II LMI concerne le contrôle abstrait de normes envisagées ou existantes, l'art. 8 III LMI a trait à la **pratique** des autorités exerçant des tâches publiques. La Comco se voit ainsi attribuer la compétence de mener des enquêtes portant sur des branches spécifiques et d'adresser des recommandations aux autorités concernées (Mess-LMI, p. 1252 ; ZWALD, BGBM, p. 448, N 145).

26 L'art. 8 III LMI s'applique aussi bien à la pratique des autorités cantonales et communales qu'à celle des autorités fédérales. Tel est également le cas de l'art. 45 II LCart (Mess-LCart, p. 606). Les enquêtes peuvent d'ailleurs porter sur tout le territoire suisse ou seulement sur le territoire de certains cantons, voire de certaines communes (Mess-LMI, p. 1252-1253). Il convient toutefois de préciser que la portée concrète de l'art. 8 III LMI ne devrait pas être aussi étendue qu'il n'y paraît de prime abord. Des différents domaines visés par la LMI, la pratique en matière de **transmission d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées** (art. 2 VII LMI) et celle en matière de **marchés publics** (art. 5 LMI) sont particulièrement susceptibles de faire l'objet de recommandations de la part de la Comco. La LMI ne contient, en ces domaines, que des exigences minimales, dont la portée est loin d'être clairement arrêtée. En matière de liberté d'accès au marché (art. 2 et 3 LMI) et de reconnaissance de certificats de capacité (art. 4 LMI), la jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà largement préparé le terrain. De plus, ces dispositions contiennent des principes suffisamment précis pour être directement applicables. Dès lors, le contrôle juridictionnel devrait rester la règle en ces domaines. Des enquêtes et des recommandations ne sont, certes, pas exclues, mais elles devraient demeurer exceptionnelles.

27 L'art. 8 III LMI se rapporte à la pratique en matière de **marchés publics** et de **transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises pri-**

vées. Notons que la LMI ne vise que « les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales » (art. 5 LMI), si bien que l'art. 8 III LMI ne confère pas, à notre sens, de compétence à la Comco pour mener des enquêtes et formuler des recommandations à propos des marchés publics fédéraux (comp. CLERC, Marchés, p. 465). L'art. 8 III LMI peut aussi viser un **secteur économique** bien défini – le service des taxis dans un canton ou une commune, par exemple – en vue d'examiner dans quelle mesure l'accès au marché est garanti et de déterminer si la réglementation en vigueur comporte des entraves à cet égard. Une telle analyse sectorielle peut déboucher sur une recommandation adressée aux autorités cantonales ou communales, invitant celles-ci à modifier la réglementation en vigueur dans le secteur en question.

28 L'art. 8 I LMI ne charge expressément la Comco que de la surveillance du respect de la LMI. Lorsqu'elle examine la pratique d'une autorité cantonale ou communale, la Comco doit en réalité tenir compte de l'**ensemble des normes pertinentes** qui existent dans les domaines visés par les art. 3-5 LMI. Ainsi, la pratique d'une commune sera jaugée à l'aune des règles internationales, fédérales, cantonales et communales pertinentes, pour autant que les normes inférieures soient conformes aux normes qui leur sont supérieures.

2. La procédure

a) Les règles applicables

29 La LMI ne contient pas de règles de procédure en relation avec son art. 8 III, sous réserve des articles 8*a* à 8*c*. Le projet de LMI contenait un renvoi exprès aux dispositions procédurales figurant dans la LCart (Mess-LMI, p. 1253 et 1271). Ce renvoi a été supprimé lors des débats au Conseil des Etats, sur proposition de la commission de rédaction. Cette suppression était motivée par la volonté de ne pas renvoyer uniquement à quelques dispositions de la LCart, ce qui n'avait pas grand sens et pouvait être la source de confusions (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1589 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 182-183, N 625 ; *contra* : CLERC, Marchés, p. 464 s. ; cf. également WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 173, n. 32 *i.f.*). Il ressort des débats parlementaires que, nonobstant la suppression du renvoi exprès, les **dispositions procédurales de la LCart** ou, à tout le moins, certaines d'entre elles sont applicables aux procédures fondées sur l'art. 8 III LMI : « Es sollte nicht der Eindruck entstehen, dass die im Binnenmarktgesetz angesprochenen Untersuchungen und Empfehlungen der Wettbewerbskommission etwas anderes sind als die entsprechenden Instrumente im Kartellgesetz » (BO CE 1995 935, H. DANIOTH, président de la commission de rédaction ; voir COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1589 ; pour une interprétation différente de cette intervention, CLERC, Marchés, p. 464 s., n. 597). Les débats parlementaires laissent penser que la suppression du renvoi à la LCart s'expliquait par des considérations « cosmétiques » et non par la volonté de remettre en question le projet élaboré par le Conseil fédéral : « … le Conseil fédéral juge cette deuxième phrase superflue. Par conséquent, on peut en faire l'économie pour la beauté et la qualité de la loi » (BO CE 1995 935, J.-P. DELAMURAZ). Du reste, cette modification a été approuvée à l'unanimité au Conseil des Etats (BO CE 1995 935) et sans aucun débat au Conseil national (BO CN 1995 2054). Certes, le respect de garanties procédurales se justifie moins lorsqu'une enquête n'aboutit qu'à d'éventuelles recommandations (CLERC, Marchés, p. 464). Il n'en demeure pas moins que des recommandations rendues dans une affaire déterminée sont pourvues d'un poids important (ZÄCH, Rolle, p. 67 ; WAGNER, BGBM, p. 32, N 89). Enfin, pour que la Comco puisse effectivement remplir la tâche que lui assigne l'art. 8 III LMI, elle doit inévitablement appliquer des règles procédurales sur l'entraide administrative, les

mesures d'enquête ou la participation de tiers à l'enquête (ZÄCH, Rolle, p. 68 ; voir également WAGNER, BGBM, p. 32, N 90). Or, compte tenu des travaux préparatoires relatifs à la LMI, il ne peut s'agir que de certaines règles figurant dans la LCart.

30 L'art. 8 III LMI revêt un caractère **hybride** puisqu'il permet à la Comco de mener des enquêtes dans des cas concrets, ce qui suppose généralement que soient respectées certaines garanties procédurales, mais n'habilite la Comco qu'à adresser des recommandations aux autorités concernées, qui n'ont pas la même portée que des décisions. Il s'agit dès lors de trouver une voie médiane tenant compte de ces deux traits marquants de l'art. 8 III LMI.

31 Toutes les garanties de procédure figurant dans la LCart ne sont bien évidemment pas transposables aux procédures basées sur l'art. 8 III LMI (comp. COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1589 ; ZÄCH, Rolle, p. 68 ; voir également Mess-LMI, p. 1253). Deux sections seulement du chapitre 4 (Dispositions de procédure administrative) entrent en ligne de compte. Il s'agit de la section 2 **(Enquêtes concernant des restrictions à la concurrence)** et de la section 4 **(Procédure et voies de droit)**. Au sein de la section 2 du chapitre 4 de la LCart, seuls les art. 26 à 28 ont un contenu qui permet une application *mutatis mutandis* aux restrictions de la concurrence émanant de collectivités publiques ou d'autres organes agissant en vertu de la puissance publique (cf. *infra* N 35-37). Les art. 29 à 31 LCart sont étroitement liés au pouvoir décisionnel dont dispose la Comco et le Conseil fédéral en vertu de la LCart.

32 Au sein de la section 4 du chapitre 4 de la LCart, le tableau est très contrasté. L'art. 39 LCart renvoie à la PA. Cette loi « s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours » (art. 1 PA). Or l'art. 8 III LMI ne conduit pas à des décisions mais, tout au plus, à des recommandations. Aussi les art. 18, 26-28 et 29-33 PA ne s'appliquent pas directement à la procédure d'enquête selon l'art. 8 III LMI. Cela dit, une enquête concernant directement la situation d'une ou plusieurs personnes déterminées, par exemple des soumissionnaires évincés provenant d'un autre canton, devrait être menée de façon à ce que ces personnes ou, à tout le moins, un représentant de celles-ci puissent faire valoir leur point de vue. Le fondement de cette forme – sans doute sommaire – de droit d'être entendu ne résulte pas directement de la PA, mais peut éventuellement être rattaché à l'art. 29 II Cst, voire à un principe plus large, celui de *fairness* (sur le lien entre le principe de *fairness* et le droit d'être entendu, voir R. WIEDERKEHR, Fairness als Verfassungsgrundsatz, thèse d'habilitation Lucerne, Berne 2006, p. 21 s. ; voir aussi P. RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, in : Zäch, Kartellgesetz-Praxis, p. 130-166, 131 s.). De ce point de vue, l'art. 8 III LMI est un cas particulier par rapport aux art. 8 II LMI et 45 II LCart pour lesquels le droit d'être entendu ne s'applique pas (cf. V. MARTENET, Le droit d'être entendu devant les autorités de la concurrence, in : P. V. Kunz/D. Herren/T. Cottier/R. Matteoti [édit.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Bâle 2009, p. 551-571, 557 s.). Enfin, une application, par analogie à tout le moins, d'autres dispositions de la PA pourrait se justifier lorsque la Comco doit régler une question de procédure. Il convient cependant, à chaque fois, de tenir compte de la particularité de l'enquête prévue par l'art. 8 III LMI, à savoir qu'elle mène à une recommandation et non à une décision. Une application mécanique de la PA doit être évitée.

33 Les art. 40 et 41 LCart ont désormais des pendants dans la LMI (art. 8*a* et 8*b*), si bien qu'une application, par renvoi implicite, des art. 40 et 41 LCart à une enquête fondée sur l'art. 8 III LMI ne se justifie plus. Il faut peut-être réserver la deuxième phrase de l'art. 40

LCart (droit de refuser de fournir des renseignements). Un tel droit existe également dans le cadre de la LMI, même si sa portée est sans doute moindre (cf. LMI 8*b* N 8-11).

34 Les art. 42 I LCart (mesures d'enquête, audition des témoins et dépositions des parties) ainsi que 43 I et II LCart (participation des tiers à l'enquête) sont applicables *mutatis mutandis* aux procédures fondées sur l'art. 8 III LMI. L'art. 42 LCart ne devrait toutefois pas donner lieu à de nombreux cas d'application, puisque l'art. 8 LMI vise les restrictions provenant non des particuliers, mais des collectivités publiques ou d'autres organes assumant des tâches publiques. En revanche, l'art. 42 II LCart (mesures d'enquête, perquisitions et saisie de pièces à conviction) ne s'applique pas à une enquête fondée sur l'art. 8 III LMI. En effet, de telles mesures ne sont pas prévues par la LMI. Par ailleurs, la révision de la LCart ayant conduit à l'adoption de l'art. 42 II LCart ne comporte aucune indication laissant entendre que cette disposition s'appliquerait aussi à la LMI. De surcroît, compte tenu du caractère très intrusif de ces mesures, une base légale expresse semble requise. Un renvoi implicite n'est pas suffisant. Enfin, l'art. 42*a* LCart concerne des enquêtes bien particulières et n'est pas transposable à celles menées sur la base de l'art. 8 III LMI.

b) Les enquêtes préalables et les enquêtes

35 Le Secrétariat de la Comco peut mener des **enquêtes préalables** d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers (art. 26 I LCart ; voir Mess-LMI, p. 1253). L'art. 8 III LCart ne mentionne certes que les enquêtes ; toutefois, les travaux préparatoires indiquent clairement que des enquêtes préalables peuvent être menées par le Secrétariat (Mess-LMI, p. 1253). De telles enquêtes ne se terminent pas par des recommandations fomelles adressées aux parties concernées.

36 Les **enquêtes** à proprement parler sont menées par le Secrétariat sur mandat de la Commission. A notre sens, un mandat émanant de la Commission est indispensable, compte tenu de l'interprétation littérale de l'art. 8 I et III LMI, qui désigne clairement la Comco comme la pierre angulaire de la surveillance. Sur ce point, l'art. 27 LCart n'est pas transposable tel quel aux procédures fondées sur l'art. 8 III LMI (cf. néanmoins Mess-LMI, p. 1253).

37 L'ouverture d'une enquête donne lieu à une publication officielle, mentionnant l'objet et les parties concernées par l'enquête et contenant un avis invitant les tiers concernés à s'annoncer dans un délai de 30 jours s'ils désirent participer à l'enquête (art. 28 I et II LCart ; voir Mess-LMI, p. 1253). L'absence de publication ne fait pas obstacle à la poursuite de l'enquête (art. 28 III LCart). A l'issue des enquêtes préalables ou des enquêtes, la Comco peut adresser des **recommandations** aux autorités concernées (Mess-LMI, p. 1253). Ces recommandations ne sont pas susceptibles de recours au Tribunal administratif fédéral ou à une autre autorité.

3. L'effet et le contenu des recommandations

38 L'art. 8 III LMI ne permet à la Comco que de formuler des recommandations à l'attention des autorités concernées. Ces recommandations sont **dépourvues d'effet contraignant** (DPC 1997/2, p. 214, N 16). Tel est également le sens des recommandations prévues à l'art. 45 II LCart (SCHMIDHAUSER, Art. 45 KG N 15). Les autorités concernées sont dès lors légitimées à maintenir leur pratique sans tenir compte de recommandations allant en sens contraire. Dans une telle hypothèse, ni la LMI ni la LCart ne sont, de ce seul fait, violées. Il n'en demeure pas moins que les recommandations de la Comco jouissent

d'une grande autorité, si bien que les autorités concernées devraient être enclines à s'y conformer (cf. *supra* N 18-19).

39 Pour l'instant, aucune procédure fondée expressément sur l'art. 8 III LMI *et* respectant les garanties procédurales de la LCart n'a fait l'objet d'une publication de la part de la Comco (voir néanmoins DPC 2001/1, p. 158, N 5). Le **fondement** de certaines recommandations est cependant **discutable**. Ainsi, les recommandations concernant l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur dans divers cantons, formulées par la Comco, se rapportaient à des réglementations existantes ou envisagées et concernaient ainsi plutôt l'art. 8 II LMI (voir DPC 2001/1, p. 167, N 45). Dans cette procédure, la Comco a aussi adressé des remarques très précises à une fondation de droit public encouragée par la Confédération (DPC 2001/1, p. 167, N 45). Sur ce point, les recommandations de la Comco semblent plutôt reposer sur l'art. 8 III LMI, car une telle fondation ne fait pas partie des autorités visées à l'art. 8 II LMI. La Comco ne semble pas s'être souciée du respect d'éventuelles garanties procédurales dont aurait pu se prévaloir ladite fondation. Il est vrai toutefois que les recommandations portaient sur le règlement de la fondation et revêtaient, de ce point de vue, un caractère abstrait (voir DPC 2001/1, p. 167, N 45), dispensant ainsi la Comco de procéder à une véritable enquête portant sur des faits.

40 Au surplus, les rapports annuels de la Comco ne font pas état de procédures fondées expressément sur l'art. 8 III LMI. Il est vrai que l'art. 8 III LMI est pris en tenaille par l'art. 8 II LMI et l'art. 10 LMI. Les procédures fondées sur l'art. 8 III LMI devraient dès lors rester **rares**. Les recommandations que pourrait formuler la Comco en se fondant sur cette disposition auraient essentiellement pour but d'aiguiller la pratique des autorités cantonales et communales.

D. La bonne exécution de l'article 4 III^{bis} LMI et les recommandations y relatives

41 Le nouvel art. 8 IV LMI est destiné à garantir la bonne exécution de l'art. 4 III^{bis} LMI. Cette tâche est effectuée en collaboration avec les cantons et les services fédéraux chargés des questions de reconnaissance, en particulier l'Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie (OFFT) et le Bureau de l'intégration (cf. Mess-rév.LMI, p. 444). Une coordination entre la Confédération et les cantons est nécessaire dans ce domaine (Mess-rév.LMI, p. 444 ; Zwald, BGBM, p. 449, N 149). L'intervention de la Comco s'explique par son indépendance (cf. Mess-rév.LMI, p. 444 ; Zwald, BGBM, p. 449, N 149), à la différence des services fédéraux précités.

42 Les recommandations peuvent en particulier porter sur l'interprétation à donner à l'ALCP ainsi que sur la relation entre un accord intercantonal et l'ALCP (art. 4 III^{bis} et IV LMI). Les recommandations devraient en principe revêtir un caractère général et abstrait, en visant ainsi une ou plusieurs activités. Leur adoption implique une consultation préalable des cantons et des services fédéraux concernés. La Comco n'a, jusqu'à présent, adopté aucune recommandation fondée sur l'art. 8 IV LMI.

III. Les autorités concernées

43 La surveillance assurée par la Comco porte sur l'activité de la Confédération, des cantons, des communes et des « autres organes assumant des tâches publiques » (art. 8 I LMI). Les recommandations concernant les actes normatifs envisagés ou existants (art. 8 II LMI) sont destinées aux **autorités cantonales et communales**. Elles doivent en règle générale

être notifiées aux gouvernements cantonaux ou aux exécutifs communaux dont les actes normatifs envisagés ou existants sont en cause. Si elles ne se rapportent pas à un acte normatif déterminé, mais visent l'ensemble des cantons ou des communes, la seule publication des recommandations suffit. Au surplus, il sera rappelé que l'examen des actes normatifs de la Confédération tombe sous le coup de l'art. 46 LCart (cf. *supra* N 8).

44 Les enquêtes et les recommandations dont fait état l'art. 8 III LMI ne concernent pas uniquement les autorités étatiques. Elles peuvent également viser d'**autres organes exerçant des tâches publiques**. Ainsi, par exemple, les restrictions ou les distorsions de la concurrence en matière de marchés publics (art. 5 LMI) n'émanent pas nécessairement des autorités étatiques. Aussi une enquête peut-elle viser la pratique d'« autres organes assumant des tâches publiques » et des recommandations peuvent-elles être adressées à de tels organes. Du moment qu'en ce domaine la LMI ne s'applique pas aux marchés publics fédéraux, les autorités concernées au sens de l'art. 8 III LMI devraient correspondre, dans la plupart des cas, aux pouvoirs adjudicateurs visés par l'art. 5 LMI (cf. LMI 5 N 65-85).

45 Les restrictions de la concurrence relatives à la liberté d'accès au marché (art. 2-3 LMI), à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprise privées (art. 2 VII LMI) ou à la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4 LMI) sont, quant à elles, généralement le fait des collectivités publiques cantonales ou communales. Il n'est toutefois pas exclu qu'une réglementation restrictive en la matière soit adoptée par une institution, un organisme, voire une personne, assumant une tâche publique, sans être un organe d'une collectivité publique (voir DPC 2001/1, p. 167, N 45, recommandations de la Comco portant sur une réglementation en matière d'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur, adoptée par une fondation de droit public encouragée par la Confédération). Une recommandation basée sur l'art. 8 III LMI pourrait viser une telle institution, un tel organisme ou une telle personne.

Art. 8*a*

Entraide administrative	**Sur demande, les services de la Confédération, des cantons et des communes collaborent aux recherches de la Commission de la concurrence et mettent à sa disposition les pièces nécessaires.**
Amtshilfe	Amtsstellen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden wirken an den Abklärungen der Wettbewerbskommission auf Anfrage hin mit und stellen die notwendigen Unterlagen zur Verfügung.
Assistenza amministrativa	Su domanda, i servizi della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni collaborano agli accertamenti della Commissione della concorrenza e le mettono a disposizione i documenti necessari.

Bibliographie

Cf. les références relatives aux art. 8 LMI et 41 LCart.

Travaux préparatoires

Mess-rév.LMI, FF 2005 I 439 et 444 ; BO CN 2005 891 ; BO CE 2005 765.

Plan N

I. Généralités 1
II. Les destinataires de l'obligation d'entraide 4
III. Le contenu et les limites de l'obligation d'entraide 6
IV. La violation de l'obligation d'entraide 8

I. Généralités

1 A l'instar de ce que prévoit la LCart (cf. art. 41 LCart), la LMI contient, depuis la révision du 16 décembre 2005, une norme relative à l'entraide administrative. Les services de la Confédération, des cantons et des communes sont ainsi tenus de collaborer aux recherches de la Comco à la demande de celle-ci et de mettre à sa disposition les pièces nécessaires (art. 8*a* LMI). Avant cette révision, une forme de collaboration existait déjà, même si elle ne se fondait sur aucune base légale (Mess-rév.LMI, p. 439).

2 L'entraide administrative est censée « garantir que la Comco puisse remplir son mandat légal » (Mess-rév.LMI, p. 444). Elle contribue à la bonne mise en œuvre de la LMI. Elle vise en particulier les enquêtes (art. 8 III LMI ; cf. Mess-rév.LMI, p. 444) ; elle s'étend également aux autres compétences de la Comco prévues par l'art. 8 LMI, puisqu'elle doit notamment permettre à la Comco de s'informer de l'état des prescriptions cantonales ou communales (Mess-rév.LMI, p. 444).

3 L'entraide administrative présuppose une demande *ad hoc* de la part de la Comco ou du Secrétariat (cf. Mess-rév.LMI, p. 444). D'autres dispositions de la LMI prévoient, en revanche, une obligation non soumise à une demande de la part des autorités de la concurrence (art. 10*a* II LMI en particulier).

II. Les destinataires de l'obligation d'entraide

4 Les destinataires de l'obligation d'entraide administrative résultant de l'art. 8*a* LMI sont les services de la Confédération, des cantons et des communes. **Tout service** peut être concerné.

5 La notion de service doit, à notre sens, être envisagée de manière large. Elle vise essentiellement l'administration centrale, mais s'étend à des unités décentralisées (dans le même sens à propos de l'art. 41 LCart, RICHLI, Verfahren, p. 489). Comprend-elle également d'autres organes assumant des tâches publiques au sens de l'art. 8 I LMI ? A notre sens, les entités – privées le cas échéant – délégataires de tâches publiques peuvent être amenées à collaborer aux recherches de la Comco ou de son Secrétariat et être ainsi assujetties à l'obligation d'entraide de l'art. 8*a* LMI (dans le même sens à propos de l'art. 41 LCart, RICHLI, Verfahren, p. 489). Il n'est cependant pas exclu que dans certains cas, de telles entités soient aussi soumises à l'obligation de renseigner figurant à l'art. 8*b* LMI. Celle-ci ne devrait en revanche pas viser les services de la Confédération, des cantons ou des communes (*infra* LMI 8*b* N 4).

III. Le contenu et les limites de l'obligation d'entraide

6 Le contenu de l'obligation d'entraide est large. Les services de la Confédération, des cantons et des communes peuvent être tenus de fournir des renseignements oraux ou écrits, de produire les pièces nécessaires, de rendre accessibles des données ou de collaborer d'une

autre manière encore aux recherches de la Confédération (cf. ZWALD, BGBM, p. 450, N 158). L'entraide peut être demandée tant par la Comco que par son Secrétariat, même si l'art. 8*a* LMI ne mentionne que la première (cf. RICHLI, Verfahren, p. 490, à propos de l'art. 41 LCart qui mentionne cependant les « autorités de la concurrence »). Si des mesures d'enquête telles que l'audition de personnes sont nécessaires afin de déterminer si une pratique cantonale ou communale respecte ou viole la LMI, elles sont en principe effectuées par la Comco, mais celle-ci peut demander au service fédéral, cantonal ou communal concerné de lui prêter assistance.

Lorsqu'elle forme une demande d'entraide administrative, la Comco est toutefois tenue de respecter le **principe de proportionnalité** (art. 5 II Cst ; cf. Mess-rév.LMI, p. 444 ; ZWALD, BGBM, p. 450, N 158 ; cf. par analogie RICHLI, Verfahren, p. 490, à propos de l'art. 41 LCart). Le fait qu'une demande de la Comco ou du Secrétariat entraîne un travail important pour le service concerné ne justifie toutefois pas, de ce simple fait, un refus d'y donner suite. Il y a lieu de mettre en balance l'ampleur du travail requis et l'intérêt que présente pour la Comco l'information recherchée. Lorsqu'une disproportion manifeste existe entre l'un et l'autre, la Comco ou le Secrétariat et le service concerné doivent essayer conjointement de limiter la demande de la Comco afin qu'elle atteigne une mesure raisonnable. **7**

IV. La violation de l'obligation d'entraide

L'art. 8*a* LMI ne prévoit **aucune sanction** en cas de violation de l'obligation d'entraide. Celle-ci se distingue ainsi de l'obligation de renseigner prévue par la LMI (cf. art. 8*b* et 8*c* LMI). En cas de violation de l'obligation d'entraide, la Comco ne peut pas s'appuyer directement sur l'art. 8*a* LMI pour rendre une décision, assortie le cas échéant d'une sanction, imposant à un service fédéral, cantonal ou communal de collaborer à ses recherches ou de mettre à sa disposition les pièces nécessaires (ZWALD, BGBM, p. 450, N 159). **8**

En cas de violation de l'obligation d'entraide de l'art. 8*a* LMI, la Comco peut **dénoncer** le service responsable de la violation à l'autorité de surveillance de celui-ci (ZWALD, BGBM, p. 450 s., N 159). Cette dernière peut, le cas échéant, donner des instructions au service en vue de respecter l'obligation d'entraide administrative. **9**

Art. 8*b*

Obligation de renseigner	**Les personnes concernées sont tenues de fournir à la Commission de la concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires.**
Auskunftspflicht	Betroffene Personen sind verpflichtet, der Wettbewerbskommission alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.
Obbligo di informare	Le persone interessate sono tenute a fornire alla Commissione della concorrenza tutte le informazioni occorrenti per i suoi accertamenti e a metterle a disposizione i documenti necessari.

Bibliographie

Cf. les références relatives aux art. 8 LMI et 40 LCart.

Travaux préparatoires

Mess-rév.LMI, FF 2005 I 439 et 444 ; BO CN 2005 891 ; BO CE 2005 765.

Plan N

I. Généralités 1
II. Les destinataires de l'obligation de renseigner 3
III. Le contenu de l'obligation de renseigner 5
IV. Les limites de l'obligation de renseigner 7

I. Généralités

1 L'obligation de renseigner poursuit le même objectif que l'obligation d'entraide (Mess-rév.LMI, p. 144). Elle doit ainsi permettre à la Comco de remplir son mandat légal. Les renseignements fournis à la Comco sont censés, en d'autres termes, contribuer à la bonne mise en œuvre de la LMI.

2 L'obligation de renseigner présuppose en principe une demande *ad hoc* de la part de la Comco ou du Secrétariat (ZWALD, BGBM, p. 451, N 160). Pour être plus précis, une sanction pour violation de l'obligation de renseigner (art. 8*c* en lien avec l'art. 8*b* LMI) n'est guère admissible sans qu'une demande ait été préalablement adressée au destinataire de l'obligation de renseigner. Il n'en demeure pas moins que l'on peut attendre en tout cas d'une personne victime d'une restriction qu'elle fournisse d'elle-même tous les renseignements utiles à la Comco après s'être adressée à celle-ci.

II. Les destinataires de l'obligation de renseigner

3 Les personnes concernées au sens de l'art. 8*b* LMI se composent tant des personnes physiques ou morales qui sont victimes de mesures susceptibles de violer la LMI que de celles qui tirent profit de telles mesures (Mess-rév.LMI, p. 439 et 444 ; ZWALD, BGBM, p. 451, N 161). Des organisations ou associations professionnelles peuvent notamment être tenues de fournir des renseignements à la Comco, en particulier lorsqu'elles influent sur le contenu de réglementations sectorielles (ZWALD, BGBM, p. 451, N 161).

4 Les services de la Confédération, des cantons et des communes sont soumis à l'obligation d'entraide de l'art. 8*a* LMI. Une application cumulative de l'obligation de renseigner ne se justifie pas. Il est vrai qu'une collectivité publique peut être l'auteur d'une norme ou d'une mesure portant atteinte à la LMI. Dans ce cas, elle est aussi soumise à l'obligation d'entraide ; elle est ainsi tenue de collaborer aux recherches de la Comco et de lui fournir les pièces nécessaires. Cette obligation résulte alors de l'art. 8*a* LMI également. L'obligation de renseigner de l'art. 8*b* LMI n'apporte aucune véritable valeur ajoutée à cet égard, si ce n'est celle d'ouvrir la porte à des sanctions prises sur la base de l'article 8*c* LMI. Or cette dernière disposition vise essentiellement des personnes physiques et des personnes morales de droit privé, voire de droit public mais agissant comme des particuliers (LMI 8*c* N 9).

III. Le contenu de l'obligation de renseigner

5 L'obligation de renseigner peut impliquer de fournir des renseignements oraux ou écrits, de produire des pièces, de rendre accessibles des données ou encore de se déterminer sur

un document ou une analyse (comp. ZWALD, BGBM, p. 451, N 162). En revanche, l'art. 8*b* LMI ne comporte pas une obligation supplémentaire de collaborer aux recherches de la Comco correspondant à celle qui existe pour l'obligation d'entraide (art. 8*a* LMI).

Le cas échéant, la personne physique ou morale à laquelle s'adresse la Comco ou le Secrétariat peut demander qu'un délai lui soit accordé pour fournir les renseignements requis. Elle peut en outre exiger de la Comco que celle-ci respecte les éventuels secrets d'affaires figurant dans les pièces ou autres renseignements fournis. L'existence de tels secrets d'affaires ne constitue pas un motif pour refuser de remettre à la Comco des documents (dans le même sens à propos de l'art. 40 LCart, RICHLI, Verfahren, p. 488). Celle-ci et le Secrétariat sont de toute façon tenus de ne révéler aucun secret d'affaires dans leurs publications (cf. art. 25 IV LCart). **6**

IV. Les limites de l'obligation de renseigner

L'obligation de renseigner se limite, conformément au **principe de proportionnalité** (art. 5 II Cst), à la fourniture des renseignements et à la production des pièces *nécessaires* à la Comco pour l'accomplissement des tâches que lui assigne la LMI (cf. Mess-rév.LMI, p. 444 ; ZWALD, BGBM, p. 451, N 162). **7**

La LMI ne réserve pas le droit de refuser de fournir des renseignements régi par l'art. 16 PA, comme le fait l'art. 40 LCart. Une application directe de l'art. 16 PA ne se justifie peut-être pas, puisque la PA s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours (art. 1 I PA). Or la Comco émet tout au plus des recommandations sur la base de l'art. 8 LMI. Il n'en demeure pas moins qu'une application par analogie de cet article et de ceux auxquels il renvoie à une enquête basée sur l'art. 8 III LMI se justifie dans certains cas. En effet, une telle enquête peut, par exemple, impliquer des entreprises ou personnes bénéficiant de pratiques discriminatoires contraires à la LMI (cf. art. 2 VII, 3 III et 5 I LMI). Les entreprises devraient être habilitées à refuser de fournir des renseignements notamment lorsque la révélation de faits les exposerait à des poursuites pénales, à un grave déshonneur ou à un dommage pécuniaire certain (pour le surplus, cf. par analogie LCart 40 N ■■■). **8**

Par ailleurs, le secret professionnel d'un notaire ou d'un avocat, par exemple, (art. 321 CP et 13 LLCA) est opposable à une demande de la Comco fondée sur l'art. 8*b* LMI (cf. art. 16 II PA par analogie ; dans le même sens à propos de l'art. 40 LCart, RICHLI, Verfahren, p. 487). **9**

En revanche, le droit de ne pas s'auto-incriminer en matière pénale, résultant en particulier des art. 6 §§ 1 et 2 CEDH ainsi que 14 § 3/g du Pacte ONU II, ne devrait jouer aucun rôle dans le cadre de l'art. 8*b* LMI. En effet, l'art. 8*b* LMI se rapporte à l'art. 8 LMI, lequel ne vise aucune procédure menant à une « accusation en matière pénale » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH. Certes, le droit de ne pas s'auto-incriminer comporte aussi un volet civil, il est vrai un peu moins développé en pratique (cf. notamment J.-F. RENUCCI, Traité de droit européen des droits de l'homme, Paris 2007, p. 475 s., N 364). Une application des garanties du procès équitable à une enquête fondée sur l'art. 8 III LMI serait excessive. Au demeurant, une application, au moins par analogie de l'art. 16 PA, paraît tenir compte de manière suffisante du risque d'auto-incrimination. **10**

Enfin, la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) ne permet pas de s'opposer à une demande de renseignements. L'art. 8*b* LMI est une base lé- **11**

gale suffisante au regard de l'art. 17 I LPD. En revanche, lorsque des données personnelles sont soumises à une autorité, celle-ci est soumise à diverses obligations (art. 4 ss et 18 ss LPD ; art. 13 ss de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 14 juin 1993 relative à la Loi fédérale sur la protection des données). Tant la Comco que son Secrétariat sont des organes fédéraux au sens de la LPD (cf. art. 3/h LPD qui définit la notion d'« organe fédéral » de manière large).

Art. 8*c*

Violation de l'obligation de renseigner

[1] Quiconque ne remplit pas son obligation de renseigner aux termes de l'art. 8*b* ou ne le fait qu'en partie est puni de l'amende.

[2] La Commission de la concurrence poursuit et juge les violations de l'obligation de renseigner conformément aux procédures prévues par la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif.

Verletzung der Auskunftspflicht

[1] Wer die Auskunftspflicht nach Artikel 8*b* nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit Busse bestraft.

[2] Die Wettbewerbskommission verfolgt und beurteilt die Verletzung der Auskunftspflicht nach den Verfahrensvorschriften des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht.

Violazione dell'obbligo di informare

[1] Chi non adempie o non adempie correttamente all'obbligo di informare di cui all'articolo 8*b* è punito con la multa.

[2] La Commissione della concorrenza persegue e giudica le violazioni dell'obbligo di informare secondo le disposizioni procedurali della legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo.

Bibliographie

Cf. les références relatives à l'art. 8 LMI et aux remarques liminaires aux art. 49a-53 LCart.

Travaux préparatoires

Mess-rév.LMI, FF 2005 I 439 et 444 s. ; BO CN 2005 891 ; BO CE 2005 765.

Plan

N
I. Généralités 1
II. Le comportement incriminé 3
III. La sanction 7
IV. La compétence de la Commission de la concurrence 11
V. L'application de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif 13

I. Généralités

1 La violation de l'obligation de renseigner de l'art. 8*b* LMI est passible d'une sanction (art. 8*c* LMI). L'obligation correspondante de la LCart (art. 40 LCart) peut donner lieu tant à une sanction administrative (art. 52 LCart) qu'à une sanction pénale (art. 55 LCart).

La sanction prévue à l'art. 8*c* LMI est destinée à garantir le respect effectif de l'obligation de renseigner (Mess-rév.LMI, p. 444). Elle revêt un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH (Mess-rév.LMI, p. 445 ; ZWALD, BGBM, p. 451, N 164). **2**

II. Le comportement incriminé

L'art. 8*c* LMI vise la violation de l'obligation énoncée à l'art. 8*b* LMI. Une sanction présuppose une demande préalable de la part de la Comco ou du Secrétariat, suivie d'une mise en demeure en cas d'inexécution ou d'exécution partielle. La mise en demeure devrait être écrite et accorder un ultime délai à la personne concernée pour remplir son obligation. **3**

La violation de l'obligation de renseigner peut prendre différentes formes. Un **refus**, sans motif justificatif, de fournir des pièces ou des renseignements est constitutif d'une telle violation. Il en va différemment de l'impossibilité de donner suite à une demande de la Comco ou du Secrétariat, dans laquelle se trouve la personne qui ne possède pas la pièce requise ou qui n'est pas en mesure de fournir le renseignement requis. Dans une telle hypothèse, on peut attendre de cette personne qu'elle transmette la demande de la Comco ou du Secrétariat à la personne en mesure de fournir le renseignement au sein de son organisation, association ou entreprise. Si une telle personne fait défaut, aucune violation de l'obligation de renseigner ne saurait être mise à la charge de la personne concernée ou de l'organisation, association ou entreprise dont elle fait partie. **4**

Ensuite, le fait de ne fournir qu'une **partie des pièces ou renseignements** requis devrait donner lieu à une mise en demeure pour le reste. Si la personne concernée ne donne pas suite à celle-ci, alors qu'elle serait en mesure de le faire, une sanction est alors justifiée. **5**

Enfin, le fait de fournir **tardivement** des renseignements, c'est-à-dire après l'écoulement du délai raisonnable de mise en demeure, peut également fonder une sanction. Le retard doit être important et imputable à la seule personne concernée. Par ailleurs, selon les circonstances de chaque cas – en particulier une collaboration subséquente irréprochable de la personne concernée –, la Comco pourrait renoncer à pousuivre celle-ci et à lui infliger une sanction. **6**

III. La sanction

La violation de l'obligation de renseigner est passible d'une amende de CHF 10 000 au plus. Le montant maximal de l'amende est plus faible que celui retenu dans la LCart (cf. art. 52 LCart : CHF 100 000 au plus ; art. 55 LCart : CHF 20 000 au plus). Conscient de cette différence, le Conseil fédéral s'est fondé sur le fait que « la LMI se focalise sur les restrictions à la concurrence induites par l'Etat et non pas, à l'image de la loi sur les cartels, sur les restrictions à la concurrence induites par des particuliers » (Mess-rév.LMI, p. 444 ; cf. ZWALD, BGBM, p. 451, N 163). **7**

La justification donnée par le Conseil fédéral est quelque peu paradoxale car l'art. 8*c* LMI se rapporte uniquement à la violation de l'obligation de renseigner. Il est vrai toutefois que l'obligation de renseigner revêt sans doute une importance plus grande dans le cadre de la LCart car les pièces et informations pertinentes se trouvent alors auprès des entreprises, tandis qu'elles sont, dans une importante mesure, en mains des collectivités publiques dans les cas visés par la LMI. Dans cette perspective, la sanction revêt une importance plus grande dans le cadre de la LCart que dans celui de la LMI. Une sanction trop basse **8**

ne se justifie cependant pas car, comme l'a relevé le Conseil fédéral, « on ne doit pas oublier que les organisations et associations professionnelles (privées) ont une influence majeure, du fait de leur savoir-faire, sur la réglementation de leur secteur spécifique » (Mess-rév.LMI, p. 444 s.).

9 Une amende peut être infligée aussi bien à une personne physique qu'à une personne morale (Mess-rév.LMI, p. 444). Dans ce dernier cas, cela suppose que l'amende que risquerait une personne physique dans un cas concret ne dépasse pas CHF 5 000 et que l'enquête la concernant impliquerait des mesures d'instruction disproportionnées (art. 7 de la Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif [DPA ; RS 313.0]).

10 L'amende qui n'excède pas CHF 5 000 est fixée selon la gravité de l'infraction et de la faute, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte d'autres éléments d'appréciation (art. 8 DPA). Lorsque l'amende est supérieure, il convient d'appliquer les dispositions générales du CP (cf. art. 2 DPA). L'amende sera alors fixée d'après la culpabilité de l'auteur, en prenant en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (cf. art. 47 ss CP).

IV. La compétence de la Commission de la concurrence

11 La Comco est chargée de poursuivre et de juger les violations de l'obligation de renseigner (art. 8*c* II LMI). En pratique, l'instruction ne sera pas menée par la Comco elle-même, mais par le Secrétariat. Les personnes concernées ont évidemment le droit d'être entendues avant qu'une décision ne soit prise à leur encontre.

12 Une personne condamnée par la Comco peut, dans les dix jours suivant la notification, demander à être jugée par un tribunal (art. 72 I DPA). Cette personne, le ministère public du canton concerné et la Comco ont alors qualité de partie (art. 74 al. 1 DPA, nouvelle teneur en lien avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [CPP ; FF 2007 6583] ; cf. chiffre 11 de l'annexe 1 du CPP). Le tribunal compétent est déterminé sur la base des articles 340 à 345 CP.

V. L'application de la Loi fédérale sur le droit pénal administratif

13 La Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) est applicable à la poursuite et au jugement des infractions prévues à l'art. 8*c* LMI (art. 8*c* II LMI). Ce renvoi concerne essentiellement les art. 19 ss DPA (pour une présentation de ces règles, cf. LCart 57 N ■■■).

14 La Loi fédérale sur le droit pénal administratif permet à la Comco d'être compétente à la fois pour la poursuite et le jugement d'une infraction passible d'une amende (cf. art. 20 I et 21 I DPA ; art. 8*c* II LMI), sous réserve d'une demande de jugement par un tribunal (art. 21 II, 71 ou 72 DPA) ou d'une saisine de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral par le Conseil fédéral (art. 21 III DPA).

15 La Loi fédérale sur le droit pénal administratif fixe des règles sur les autorités et les dispositions générales de procédure (art. 19-31 DPA) ainsi que sur les enquêtes et les décisions pénales de l'administration (art. 32-72 DPA). Elle contient, en outre, des dispositions sur la procédure judiciaire lorsqu'un jugement est demandé (art. 73-82 DPA). Enfin, relevons que la révision d'une décision de la Comco ou d'un jugement du tribunal compétent est possible en vertu de cette loi (art. 84-89 DPA).

Art. 9

Voies de droit

[1] Les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours.

[2] Le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration.

[2bis] La Commission de la concurrence peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours.

[3] Si, en matière de marchés publics, un recours est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit déterminant.

[4] Pour les décisions rendues par des organes de la Confédération, les dispositions générales de la procédure administrative fédérale sont applicables.

Rechtsschutz

[1] Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

[2] Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor.

[2bis] Die Wettbewerbskommission kann Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

[3] Erweist sich ein Rechtsmittel im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens als begründet und ist mit der Anbieterin oder dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt die Rechtsmittelinstanz lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das massgebende Recht verletzt.

[4] Für Verfügungen von Organen des Bundes gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege.

Rimedi giuridici

[1] Le restrizioni del libero accesso al mercato, in particolare del settore degli appalti pubblici, devono rivestire la forma di decisioni impugnabili.

[2] Il diritto cantonale prevede almeno un rimedio giuridico presso un'autorità indipendente dall'amministrazione.

[2bis] La Commissione della concorrenza può interporre ricorso per far accertare che una decisione limita in modo inammissibile l'accesso al mercato.

[3] Se un rimedio giuridico nell'ambito di un appalto pubblico appare fondato ed è già stato stipulato un contratto con l'offerente, l'autorità adita si limita ad accertare in che misura la decisione impugnata violi le normative applicabili in materia.

[4] Per le decisioni degli organi della Confederazione sono applicabili le disposizioni generali della procedura amministrativa federale.

Bibliographie

AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel ; AUER/MÜLLER/SCHINDLER, VwVG ; BOVAY, Procédure ; CORBOZ et al., LTF ; T. COTTIER/B. MERKT, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : von Büren/Cottier, Wettbewerbsord-

nung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; Donzallaz, LTF ; Grisel, Droit administratif ; Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht ; Kölz/Häner, Verwaltung ; Moor/Poltier, Droit administratif II; Moser/Beusch/Kneubühler, Bundesverwaltungsgericht ; Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG ; M. Oesch/T. Zwald in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad art. 9 BGBM ; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Prozessrecht ; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, Wirtschaftsrecht ; Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG ; Spühler/Dolge/Vock, BGG ; R. Trüeb, ad BöB, in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II ; Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht ; Wagner, BGBM ; Waldmann/Weissenberger, VwVG ; Zimmerli/Kälin/Kiener, Verfahrensrecht ; Zwald, BGBM. ***Eg.*** A. Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zurich/Bâle/Genève 2009 ; M. Albertini, Die bundesgerichtlichen Kriterien zum öffentlichrechtlichen Rechtsschutz im Submissionsverfahren, recht 1994, p. 279 ss (Kriterien) ; A. Auer, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1983 ; C. Auer, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, thèse Berne, Berne 1997 *(Streitgegenstand)* ; A. Bass et al., Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige, ZBl 2000, p. 249 ss *(Anwendung)* ; F. Bellanger, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2010, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 403 ss ; M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2004 *(Beschaffung)* ; M. Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurich/Bâle/Genève 2008 *(Ziele)* ; M. Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag, PJA 2009, p. 1141 ss *(Schicksal)* ; C. Bock, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen und seine Umsetzung ins schweizerische Submissionsrecht, PJA 1995, p. 709 ss (*WTO-Übereinkommen*) ; B. Bovay, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2010, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 311 ss *(Recours)* ; C. Bovet, La procédure de gré à gré, DC Cahier spécial 04, Colloque Marchés publics 2004, p. 42 ss *(Procédure)* ; B. Carron, Responsabilité de l'Etat et de ses agents, FJS 354, mai 1996 *(Responsabilité)* ; V. Carron/J. Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics : Etude de droit comparé, Fribourg 2002 *(Protection)* ; A. de Chambrier, Die Verwirklichung des Binnenmarktes bei reglementierten Berufen – Grundlagenbericht zur Revision des BGBM, Berne 2004 *(Binnenmarkt)* ; E. Clerc, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg, Fribourg 1997 *(Marchés)* ; E. Clerc, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, PJA 1997, p. 804 ss *(Contrat)* ; T. Cottier/M. Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss *(BGBM)* ; A. Crameri, Das öffentliche Beschaffungswesen aus der Sicht Graubünden, ZGRG 1998, p. 130 ss *(Beschaffungswesen)* ; A. Davies, Remedies for Enforcing the WTO Agreement on Government Procurement from the Perspective of the European Community : A Critical View, World Competition, June 1997, Vol. 20, n° 4, p. 123 ss *(Remedies)* ; C. De Koninck/W. Pelzer/T. Ronse, Europäisches Vergaberecht : 25 Jahre Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof, Berne 2009 ; B. Denzler/H. Hempel, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 313 ss ; J. Dubey, Le concours en droit des marchés publics, Zurich 2005 *(Concours)* ; J. Dubey, La pratique judiciaire depuis 2006, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 375 ss *(Pratique)* ; A. Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008 *(Vergaberecht)* ; A. Eser, in : J. Meyer et al. (édit.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Baden-Baden 2011, ad Art. 47 Charta *(Art. 47 Charta)* ; D. Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 2006 p. 203 ss *(Concessions)* ; R. Feller/M. Müller, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung, ZBl 2009, 442 ss *(Prüfungszuständigkeit)* ; M. Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in : T. Cottier/M. Oesch (édit.), Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Bâle 2007, p. 461 ss ; M.-A. Flamme/P. Flamme, La réglementation communautaire en matière de marchés publics : le point sur le contentieux, RMUE 1993/3, p. 13 ss ; J. Fournier, Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques, Fribourg 2002 ; A. R. Gadola, Der Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 1996, p. 967 ss *(Beschaffungswesen)* ; P. Galli/D. Lehmann/P. Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 *(Beschaffungswesen)* ; P. Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. 1 : Landesrecht, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007 *(Beschaffungsrecht)* ; P. Gauch, Das neue Beschaffungswesen des Bundes – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, RDS 1995 I, p. 313 ss *(Bundesgesetz)* ; P. Gauch, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in : Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Baurechtstagung, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss *(Liberalisierung)* ; P. Gauch, Zuschlag

und Vertrag nach dem neuen Beschaffungsgesetz der Schweiz, in : K. Vygen/P. Böggering (édit.), Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1997, p. 85 ss *(Vertrag)* ; P. Gauch, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz : Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht, recht 1997, p. 165 ss *(Beitrag)* ; P. Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, DC 1998/4, p. 119 ss *(Nichtigkeit)* ; P. Gauch, Zuschlag und Verfügung : Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in : P. Hänni (édit.), L'homme et l'Etat : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour Thomas Fleiner à l'occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 2003, p. 595 ss *(Zuschlag)* ; P. Gauch/H. Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999 *(Marchés publics)* ; P. Gerber, La nature cassatoire du recours de droit public : Mythe et réalité, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997 ; L. Glanzmann-Tarnutzer, Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, thèse St-Gall, St-Gall 1997 *(Legitimation)* ; E. Grisel in : Aubert et al., Constitution, ad art. 60 aCst *(Art. 60 aCst)* ; B. Gross, Die Haftpflicht des Staates, thèse Zurich, Zurich 1996 ; J. Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Berne 1995 ; A. Haefliger/F. Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2e éd., Berne 1999 *(Menschenrechtskonvention)* ; W. Haller in : Aubert et al., Constitution, ad Art. 113 aCst *(Art. 113 aCst)* ; I. Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II, p. 253 ss *(Vorsorgliche)* ; I. Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zurich 2000 *(Beteiligten)* ; A. Heinemann, Consommation et concurrence : Améliorer le statut juridique des consommateurs et de leurs associations en droit des cartels, in : L. Ojha/P.-F. Vulliemin (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, p. 45 ss *(Consommation)* ; R. Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Berne 1995 *(Verwaltungsrechtpflege)* ; H. Höfler/B. Bert, Die neue Vergabeverordnung, NJW 2000, p. 3310 ss *(Vergabeverordnung)* ; W. Jaeger, Reformbedarf im öffentlichen Vergaberecht – Trennung zwischen Zuschlag und Vertrag, EWS 2000, p. 124-126 *(Reformbedarf)* ; A. Hungerbühler, Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabesachen, in : J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 343 ss ; O. Jacot-Guillarmod, Le juge suisse face au droit européen, RDS 1993 II, p. 227 ss *(Juge)* ; W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994 *(Beschwerde)* ; W. Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999, p. 49 ss *(Rechtsweggarantie)* ; A. Kley-Struller, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung « zivilrechtlicher » Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, PJA 1994, p. 23 ss *(Anspruch)* ; B. Knapp, Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991 *(Droit administratif)* ; D. Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Berne 2004 *(Konzessionen)* ; W. A. Kuoni, Die Eurokompatibilität des Bündner Submissionsrechtsschutzes – unter besonderer Berücksichtigung der EG-Rechtsmittelrichtlinie, ZGRG 1992/1, p. 8 ss *(Eurokompatibilität)* ; A. Kus, Auswirkungen der EuGH-Entscheidung « Alcatel Austria AG » auf das deutsche Vergaberecht, NHW 2000, p. 544-548 *(Auswirkungen)* ; E. Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, ZBl 2002, 453 ss ; H. Lang, Binnenmarkt : Aktuelle Fragen bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – Das Abkommen Schweiz-EU über das öffentliche Beschaffungswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz : erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen, Zurich 1998, p. 15 ss *(Binnenmarkt)* ; J.-V. Louis, Ensuring Compliance and Implementation by Member States, in : R. Buxbaum et al. (édit.), European Economic and Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonisation, Berlin 1996, p. 33 ss *(Compliance)* ; K. Luginbühl, EMRK und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Zwischenverfügungen, Eine systematische Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung überschwelliger beshaffungsrechtlicher Rechtsmittelverfahren, PJA 2011, p. 875 ss *(EMRK)* ; A. Martin-Ehlers, Die Unterscheidung zwischen Zuschlag und Vertragsschluss im europäischen Vergaberecht, EuZW 2000, p. 101 ss *(Unterscheidung)* ; M. Metz/G. Schmidt, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, ZBl 1998, p. 49 ss *(Rechtsgrundlagen)* ; N. Michel/E. Clerc, La protection juridique des soumissionnaires dans le droit et la pratique des cantons, DC 1993/2, p. 31 ss *(Protection)* ; N. Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996 *(Construction)* ; A. Misic, Verfassungsbeschwerde, Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), Zurich/Bâle/Genève 2011 *(Verfassungsbeschwerde)* ; P. Moor/D. Piotet, La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites : droit public ou droit privé ? – Quelques réflexions à propos de l'avant-projet portant révision de la partie générale du droit de la responsabilité civile, ZBl 1996, p. 481 ss *(Responsabilité)* ; A. Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, PJA 2000, p. 682 ss *(Überblick)* ; E. Poltier, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, RDAF 2000, p. 297 ss *(Marchés pu-*

blics) ; E. POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, PJA 2008, p. 1107 ss *(Pouvoirs adjudicateurs)* ; H.-J. PRIESS, Ubi Ius, Ibi Remedium !, EuZW 1995, p. 793 s. *(Ius)* ; H.-J. PRIESS, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3e éd., Köln 2005 *(Vergaberecht)* ; A. REY/B. WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, PJA 2007, p. 585 ss *(Ausschreibungspflicht)* ; P. RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, PJA 1995, p. 593 ss *(Kartellgesetz)* ; P. RICHLI, « Ratio legis » und Konkurrentenbeschwerde, in : Juristische Fakultät der Universität Basel (édit.), Die Bedeutung der « Ratio legis », Bâle/Genève/Munich 2001, p. 39 ss *(Konkurrentenbeschwerde)* ; R. SCHERRER-JOST, § 13 : Öffentliches Beschaffungswesen, in : H. Koller/G. Müller/R. Rhinow/U. Zimmerli (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1999 *(Beschaffungswesen)* ; M. SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zurich/Saint-Gall 2010 *(Wettbewerb)* ; R. J. SCHWEIZER, Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, RDS 1993 II, p. 577 ss (*Gerichte*) ; K. SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Berne 1994 *(Beschwerde)* ; E. W. STARK, Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, RSJ 1990, p. 1 ss ; M. STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in : M. Leupold et al. (édit.), Festschrift für Alfred Bühler, Wege zum Recht, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 419 ; G. STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBl 1993, p. 141 ss *(Rechtsschutz)* ; H. STÖCKLI, AlpTransit c. Marti – ein Rückblick, DC 2007, p. 37 ss ; P. TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in : Institut pour le droit suisse et international de la construction, Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss *(Libéralisation)* ; S. ULRICH, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure unter besonderer Berücksichtigung des neuen Bundesrechts, in : A. Koller (édit.), Bau- und Bauprozessrecht : Ausgewählte Fragen, Saint-Gall 1996, p. 127 ss ; M.E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2e éd., Zurich 1999 *(EMRK)* ; B. WALDMANN, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, DC 2002/4, p. 143 ss ; K. WEBER, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)* ; R. WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 2003, 1 ss ; R. WOLF, Die neue Rechtsmittelordnung im Bund, DC Cahier spécial 06, Colloque Marchés publics 2006, p. 11 ss *(Rechtsmittelordnung)* ; A. ZIEGLER, L'importance de l'art. 6 CEDH dans la procédure de recours dans le cadre des marchés publics en Suisse, PJA 2011, p. 339 s. *(Art. 6 CEDH)* ; J.-B. ZUFFEREY, Le « Combat » entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in : P. Hänni (édit.), L'homme et l'Etat : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg pour Thomas Fleiner à l'occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 2003, p. 689 ss *(Combat)* ; J.-B. ZUFFEREY, Le contrat à l'épreuve du droit des marchés publics, in : F. Bellanger et al. (édit.), Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 155 ss *(Contrat)* ; J.-B. ZUFFEREY, Marchés publics : ce qu'il reste de la décision administrative et ses conséquences pour le contrat, in : P. Tercier et al. (édit.), Gauchs Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht : Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich 2004, p. 963 ss *(Décision)* ; J.-B. ZUFFEREY, Les nouvelles voies de recours au niveau fédéral en matière de marchés publics, DC Cahier spécial 06, Colloque Marchés publics 2006, p. 15 ss *(Voies de recours)* ; J.-B. ZUFFEREY/J. DUBEY, Quid après l'adjudication ?, DC Cahier spécial 04, Colloque Marchés publics 2004, p. 62 ss ; J.-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Droit des marchés publics : Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002 (*Marchés publics*).

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1235 ss, 1253-1256 ; Mess-rév.LMI, FF 2005 421 ss ; Message du Conseil fédéral du 18 mars 1991 concernant la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire et de l'arrêté fédéral concernant l'augmentation temporaire du nombre des juges suppléants et des rédacteurs d'arrêts du Tribunal fédéral, FF 1991 II 461 ss *(Mess-OJ)* ; Rapport explicatif du Conseil fédéral du 21 juin 1994 concernant l'avant-projet de loi sur le marché intérieur (LMI) *(Rapp-AP-LMI)* ; Rapport LMI, FF 2000 5603 ss ; Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) (Message 2 GATT), FF 1994 IV 995 ss *(Mess-2 GATT)* ; Mess-Cst, FF 1997 I 1 ss ; Mess-Accords Sectoriels, FF 1999 5440 ss, 5511-5521 ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss.

Plan N

I. Généralités . . . 1
A. Présentation . . . 1
1. Contenu . . . 2
2. Intégration dans le système de la loi . . . 7
B. Historique . . . 8
C. Contexte . . . 19
1. Droit communautaire . . . 20
2. Article 6 § 1 CEDH . . . 25
3. Protection juridictionnelle en matière de marchés publics . . . 29
a) Généralités (art. 9 I LMI) . . . 29
b) Rapport avec le droit international économique . . . 32
c) Relations avec les voies de recours spécifiques pour les marchés cantonaux et communaux . . . 35
d) Relations avec les voies de recours spécifiques pour les marchés fédéraux . . . 37
II. La protection juridictionnelle en matière de restrictions d'accès . . . 40
A. Généralités (art. 9 I LMI) . . . 40
1. L'exigence d'une décision . . . 40
a) Le régime général . . . 40
b) En matière de marchés publics . . . 45
c) Les concessions (monopoles cantonaux et communaux, art. 2 VII LMI) . . . 52
d) L'engagement des agents publics . . . 55
2. Règles applicables à la procédure non contentieuse . . . 58
a) Le régime ordinaire . . . 60
b) Les règles applicables en matière de marchés publics . . . 63
B. Autorité de recours . . . 66
C. Délai de recours, effet suspensif et consultation du dossier . . . 71
1. En général . . . 71
2. En matière de marchés publics . . . 73
D. Qualité pour recourir et parties à la procédure . . . 80
1. En général . . . 80
2. Le droit de recours des autorités ; le recours de la Commission de la concurrence . . . 88
a) En général . . . 88
b) La Commission de la concurrence . . . 91
3. En matière de marchés publics . . . 94
a) La qualité pour recourir des destinataires, spécialement du concurrent évincé . . . 94
b) La qualité pour agir des autorités et des collectivités publiques . . . 101
c) Les parties à la procédure de recours . . . 102
E. Motifs du recours . . . 103
1. En général . . . 103
2. En matière de marchés publics . . . 104
F. Pouvoir de cognition . . . 105
1. En général . . . 105
2. En matière de marchés publics . . . 108
G. Pouvoir de décision . . . 109
1. En général . . . 109
2. En matière de marchés publics . . . 113
a) Cassation, réforme . . . 113
b) Constatation de l'illicéité . . . 116
c) Sort du contrat . . . 119
d) Dommages-intérêts . . . 124
H. Les voies de recours au Tribunal fédéral . . . 127
1. Généralités . . . 127
2. Le régime ordinaire : le recours en matière de droit public . . . 131
a) Délai de recours et effet suspensif . . . 131
b) Qualité pour recourir. Les parties . . . 132
c) Motifs du recours et pouvoir de cognition . . . 137
d) Pouvoir de décision . . . 140

N

3. Les voies de recours en matière de marchés publics 141
a) Généralités 141
b) Le recours en matière de droit public 146
c) Le recours constitutionnel subsidiaire 150

I. Généralités

A. Présentation

1 Dans l'idée du législateur, la **mise en œuvre** de la LMI doit se faire essentiellement par voie **jurisprudentielle**. Il s'agit d'une loi-cadre, qui laisse une marge de manœuvre étendue aux cantons ; elle part au surplus du principe que les personnes lésées par un acte de puissance publique font valoir leur droit au libre accès au marché devant les tribunaux. Ces derniers, et singulièrement le Tribunal fédéral, se voient dès lors attribuer un rôle décisif dans l'application et la concrétisation de la loi. La jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier, contribue à fixer le degré d'ouverture du marché domestique, en réalisant un équilibre entre, d'une part, le principe unificateur de la liberté économique et de la réalisation du marché intérieur et, d'autre part, le principe du fédéralisme. Aux articles reconnaissant la liberté d'accès au marché (art. 2, 4 et 5 LMI) fait face l'art. 3 LMI qui autorise les autorités à introduire des restrictions à certaines conditions. Il reste que les attentes initiales du législateur ont été partiellement déçues ; les personnes lésées ont été relativement peu nombreuses à saisir les tribunaux (Rapport LMI, p. 5612-5614). C'est notamment sur la base de ce constat que le Conseil fédéral a proposé d'accorder un droit de recours à la Comco, solution qui a été retenue dans la révision de 2005 de la LMI (Mess-rév.LMI, p. 435, 438 et 445 s.).

1. Contenu

2 L'**art. 9 I LMI** prévoit que toute restriction à la liberté d'accès au marché en relation avec une activité lucrative doit revêtir la forme d'une **décision** et doit pouvoir faire l'objet d'un **recours**. La protection juridictionnelle concerne les restrictions émanant aussi bien des autorités **cantonales** ou **communales** que **fédérales**.

3 L'art. 9 I LMI est particulièrement novateur en introduisant une voie de recours concernant les restrictions à l'accès aux **marchés publics cantonaux et communaux** (*infra* N 29 ss). En outre, lorsque le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire est déjà conclu, l'**art. 9 III LMI** restreint le pouvoir de décision de l'autorité de recours (qu'il s'agisse d'une autorité de recours cantonale ou du Tribunal fédéral) à la seule **constatation éventuelle de l'illicéité** de la décision attaquée (*infra* N 116 ss). L'art. 9 I LMI ne s'applique en revanche pas aux restrictions à l'accès aux marchés publics de niveau fédéral, ceux-ci ayant été exclus du champ d'application de l'art. 5 LMI (Mess-LMI, p. 1230 s. et 1234 ; cf. LMI 5 N 24 ; *infra* N 39).

4 Selon l'**art. 9 II LMI**, les restrictions à l'accès au marché qui sont le fait des autorités cantonales et communales doivent pouvoir être contestées devant une **autorité de recours juridictionnelle cantonale** (*infra* N 66 ss). Les décisions de cette dernière peuvent faire l'objet d'un **recours** au Tribunal fédéral, aux conditions prévues par la LTF (*infra* N 127 ss).

5 L'art. 9 II^{bis}, introduit lors de la révision de 2005, confère désormais à la **Comco** un **droit de recours** à l'encontre des décisions portant sur des restrictions à l'accès au marché (*infra* N 91 ss).

L'**art. 9 IV LMI** réserve les décisions rendues par des autorités fédérales ; dans cette hypothèse, qui devrait rester d'importance très secondaire, les dispositions générales de la procédure administrative fédérale sont applicables. Il en découle un renvoi aux règles de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), y compris aux voies de recours qu'elle prévoit (art. 44 ss PA ; *infra* N 57), ainsi qu'à celles de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110 ; *infra* N 127 ss). **6**

2. Intégration dans le système de la loi

La protection juridictionnelle de l'art. 9 LMI vise à assurer la mise en œuvre effective des règles matérielles de la LMI, en particulier les art. 1 à 6, en les dotant d'une **sanction**. Celle-ci doit être activée par les personnes qui s'estiment victimes d'une restriction illicite à l'accès au marché, voire par des autorités (outre le cas de la Comco, art. 9 II^{bis} LMI, on peut mentionner aussi l'autorité fédérale de surveillance au sens de l'art. 2 VI, 2 LMI). **7**

B. Historique

Au cours de la procédure d'adoption de la LMI, la disposition relative à la voie de recours a fait l'objet de multiples modifications (Weber, Binnenmarktgesetz, p. 174 ; interventions parlementaires in : BO CE 1995 936-939). Celles-ci illustrent le rôle central assigné à la protection juridictionnelle dans la réalisation effective du marché intérieur. **8**

L'art. 10 I AP-LMI prévoyait que les restrictions à la liberté d'accès au marché pouvaient faire l'objet d'un recours. L'art. 10 II AP-LMI ouvrait la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre les décisions basées non seulement sur le droit fédéral, mais aussi sur le droit public cantonal ou communal. Or, l'art. 98*a* OJ obligeait les cantons à mettre sur pied une voie de recours cantonale lorsqu'un litige pouvait faire l'objet d'un recours de droit administratif. La solution de l'art. 10 II AP-LMI contraignait ainsi indirectement les cantons à prévoir une voie de recours devant une autorité juridictionnelle cantonale (Rapp-AP-LMI, p. 52 s. ; Mess-OJ, p. 517 s. ; Clerc, Marchés, p. 474). **9**

L'art. 10 AP-LMI s'est heurté à l'opposition des cantons qui souhaitaient que soit respectée leur souveraineté en matière d'organisation judiciaire. En conséquence, le Conseil fédéral a maintenu, dans l'art. 10 I et II du projet de LMI, l'exigence que les restrictions à l'accès au marché soient prises sous forme de décisions, mais en ne réservant que le **recours de droit public** au Tribunal fédéral, sans obliger les cantons à instituer une voie de recours (FF 1995 I 1271). Le Conseil fédéral a en outre motivé ce choix par le caractère de subsidiarité conféré au projet LMI et par la considération que la majorité des cantons disposaient déjà d'une protection juridictionnelle contre les décisions en matière administrative (Mess-LMI, p. 1235 et 1254 ; interventions de R. Simmen, BO CE 1995 936-938 et de J.-P. Delamuraz : BO CE 1995 938 ; Clerc, Marchés, p. 474). **10**

Sur proposition de U. Zimmerli, le Parlement a réintroduit expressément à l'**art. 9 II LMI** l'obligation d'ouvrir une **voie de recours juridictionnelle au niveau cantonal**, en se basant sur trois motifs. En premier lieu, le Tribunal fédéral ne devait pas être surchargé par les recours contre des décisions prises dans des cantons ne disposant d'aucune voie de recours cantonale, ce d'autant plus que la LMI ne prévoit aucune exclusion du recours pour les cas-bagatelles (*infra* N 42). En matière de marchés publics, l'art. 10 II du projet LMI aurait eu pour conséquence qu'un recours contre un petit marché communal aurait été soumis directement au Tribunal fédéral. Ce choix législatif aurait été incohérent dès lors **11**

qu'on avait parallèlement décidé, pour les marchés publics de niveau fédéral, que la commission fédérale de recours statuait de manière définitive, sans possibilité de recours de droit administratif au Tribunal fédéral (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 174 ; Mess-2 GATT, p. 1237 ; intervention de U. ZIMMERLI, BO CE 1995 937 : *« Das ist wirklich innovativ, wenn wir bereits gegen eine Verfügung der Gemeinde direkt staatsrechtliche Beschwerde machen können, und das alles noch in einer Zeit, wo das Bundesgericht offenbar überlastet ist und wo man beim Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen gesagt hat, wir wollten das Bundesgericht gerade nicht, weil wir diese Fälle der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entziehen wollten »)*. En deuxième lieu, le recours de droit public au Tribunal fédéral ne remplissait pas les conditions de l'art. 6 I CEDH qui pourrait s'appliquer aux mesures étatiques relatives aux activités lucratives visées par la LMI (CLERC, Marchés, p. 475 ; intervention de U. ZIMMERLI, BO CE 1995 937 : *« Nach dem Entscheid Périscope aus dem Jahre 1992 […] kann meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen, dass wir hier ein Gericht brauchen, das auch den Sachverhalt frei prüft. Das tut das Bundesgericht gerade nicht »*). Enfin, la souveraineté cantonale était suffisamment respectée du fait que les cantons restaient libres de choisir l'autorité de recours, pour autant qu'il s'agisse d'une autorité juridictionnelle *(« richterliche Behörde »* ; *« autorità giudiziarie »)* (CLERC, Marchés, p. 475 ; intervention de U. ZIMMERLI, BO CE 1995 937 : *« Die Kantone bleiben in der Wahl dieser Justizbehörde vollständig autonom, sie können eine Rekurskommission schaffen, wie es der Bundesrat beim Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen getan hat »)*. Si le Parlement a expressément prévu un recours juridictionnel au niveau cantonal, il a toutefois conservé le recours de droit public au Tribunal fédéral et n'a pas réintroduit le recours de droit administratif (art. 9 II *i.f.* LMI ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1589 s. ; *infra* N 100-110).

12 La limitation de l'intervention fédérale dans la compétence juridictionnelle des cantons s'est aussi traduite par la suppression de l'art. 10 IV/c AP-LMI qui conférait un droit de recours à la Comco en cas de violation de la LMI (Rapp-AP-LMI, p. 53 ; CLERC, Marchés, p. 532 ; *infra* N 69). En matière de restriction de droit public à la concurrence, la Comco n'a donc été dotée à l'origine que d'une compétence de surveillance, et non de décision, selon les art. 8 et 10 LMI ainsi que 45-47 LCart (CLERC, Marchés, p. 462-470).

13 Par ailleurs, l'**art. 11 I *i.f.*** LMI conférait aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches publiques un **délai de deux ans**, échéant le 1er juillet 1998, pour **adapter** leurs dispositions d'organisation judiciaire en vue de garantir la voie de recours exigée par l'art. 9 LMI (exigence d'une instance cantonale de recours indépendante de l'administration au sens de l'art. 9 II LMI) (Rapp-AP-LMI, p. 54 ; ATF 125 II 86, c. 2a ; LMI 11, N 6 ss). Constituant une pure règle d'ordre, l'art. 11 LMI n'avait pas pour effet de repousser l'application des dispositions matérielles de la LMI, devenues pleinement effectives avec l'entrée en vigueur de celle-ci, le 1er juillet 1996 (ATF 123 I 313 ; Mess-LMI, p. 1256 s. ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 175 ; ATF 123 I 313, c. 3, qui rejette l'interprétation de GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 19-21 ; ATF 125 II 86, c. 2a ; cf. LMI 11 N 1-5). La règle de l'art. 11 I LMI était toutefois assortie d'une exception en relation avec l'entrée en vigueur de la protection juridictionnelle en matière de marchés publics (*infra* N 8 s.).

14 A la demande des cantons, l'application de l'art. 9 I-III LMI se rapportant à l'art. 5 LMI fut en effet différée de deux ans, soit au 1er juillet 1998 (RO 1996 1742). Ce report a été motivé par le fait que la plupart des cantons avaient besoin de temps pour mettre sur pied une voie de recours en matière de marchés publics (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 175).

La justification est difficilement compréhensible (COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 55) dès lors que les cantons disposaient déjà du délai de deux ans de l'art. 11 I LMI pour adapter leurs règles d'organisation et qu'ils devaient par ailleurs mettre sur pied une voie de recours en matière de marchés publics dès le 1er janvier 1996 en vertu de l'art. XX AMP, et dès leur adhésion à l'AIMP en vertu de l'art. 15 I AIMP (CLERC, Marchés, p. 475). L'entrée en vigueur différée de l'art. 9 I-III LMI a eu pour conséquence de retarder non seulement la voie de recours cantonale, mais aussi la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral (art. 9 II LMI ; TF, arrêt non publié du 17.03.1997, *V. SA*, c. 3a et 3b ; ATF 125 II 86, c. 2a et 2d). Le report a eu *de facto* pour effet de repousser jusqu'au 1er juillet 1998 l'ouverture interne suisse des marchés publics non visés par l'AMP ou l'AIMP et tombant exclusivement dans le champ de l'art. 5 LMI, c'est-à-dire essentiellement les marchés inférieurs aux seuils prévus par l'AMP et l'AIMP. Même si les règles matérielles de l'art. 5 LMI étaient en vigueur depuis le 1er juillet 1996 (MICHEL, Construction, N 2004 ; GADOLA, Beschaffungswesen, p. 977 ; CLERC, Marchés, p. 441), elles relevaient de la déclaration d'intention en l'absence de voie de recours (CLERC, Marchés, p. 475-477 ; ATF 125 II 86, c. 2a ; LMI 12 N 1-2).

Le report de l'entrée en vigueur de l'art. 9 LMI en ce qui concerne les marchés publics constituait une *lex posterior* par rapport à la disposition transitoire de l'art. 11 I *i.f.* LMI ; la date du 1er juillet 1998 avait ainsi un caractère absolu et les cantons ne pouvaient donc pas se prévaloir encore du délai transitoire supplémentaire de deux ans de l'art. 11 LMI (CLERC, Marchés, p. 474-477 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 55). **15**

Lors de la **révision de 2005**, l'art. 9 LMI a été modifié sur un point important. Le constat avait été posé que les acteurs du marché, victimes de restrictions d'accès, hésitaient à saisir les tribunaux (statistiquement, les recours au TF invoquant la LMI ont été rares jusque là) ; il en résultait un déficit dans l'effectivité de l'application de la loi. La Comco n'était pas non plus en mesure de remédier à cet état de fait puisqu'elle devait se contenter d'émettre des recommandations, non contraignantes pour les autorités cantonales et communales (art. 8 LMI ; Rapport LMI, p. 5610-5612). Le législateur en a conclu que la LMI devait être modifiée sur cet aspect institutionnel, pour introduire désormais un **droit de recours en faveur de la Comco** à l'encontre des décisions susceptibles de comporter des restrictions illicites à l'accès au marché (Mess-rév.LMI, p. 422 ; voir aussi les débats aux Chambres où cette prérogative nouvelle de la Comco n'a pas été contestée : p. ex. BO CN 2005 873). **16**

Cette révision est intervenue alors que l'**adoption de la LTF** venait d'aboutir et elle en a très largement tenu compte (Mess-rév.LMI, p. 438 et 445 s.). En conséquence, l'art. 9 LMI a subi quelques adaptations rédactionnelles pour être conforme au régime de cette nouvelle loi (voir la nouvelle teneur de l'art. 9 II et III LMI, ainsi que Intro LMI, N 48). De même, le nouveau droit de recours de la Comco doit être compris comme un exemple d'application de l'art. 89 II/d LTF ; cette disposition exige d'ailleurs qu'un tel droit de recours repose sur une disposition d'une loi formelle – que l'art. 9 II^{bis} LMI fournit précisément. Il n'y a donc aucune difficulté à ce que la Comco puisse, dès le 1er janvier 2007 (date de l'entrée en vigueur de la LTF), former un recours en matière de droit public au sens des art. 82 ss LTF ; en revanche, malgré l'art. 9 II^{bis} LMI, on n'imagine guère – mais cette question n'a qu'un intérêt historique, voire académique – qu'elle ait pu déposer, entre le 1er juillet 2006 (correspondant à l'entrée en vigueur de la LMI révisée) et la date précitée, un recours de droit public (au sens de l'aOJ), alors que telle était la voie de recours ordinaire prévue par l'art. 9 II, 2 aLMI. **17**

18 De manière plus générale encore, l'entrée en vigueur de la LTF a coïncidé avec celle de la **garantie de l'accès au juge de l'art. 29*a* Cst** (*infra* N 68), qui s'étend aux causes de droit public. En application de cette disposition et de l'art. 191*b* Cst, les cantons ont dû instituer des instances judiciaires chargées de connaître des contestations portant sur de telles causes ; plus concrètement, ces derniers ont ainsi prévu, de manière généralisée (sous réserve du contentieux par voie d'action), des voies de recours à l'encontre des décisions administratives. L'art. 86 II LTF complète ce dispositif, en prévoyant que seules les décisions émanant des tribunaux supérieurs des cantons peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public (ou d'un recours constitutionnel subsidiaire, art. 114 LTF). Cette évolution a enlevé à l'art. 9 I et II LMI une grande partie de sa portée.

C. Contexte

19 L'art. 9 LMI résulte d'une volonté autonome de la Suisse d'assurer l'ouverture effective de son marché intérieur et n'est pas prescrit par des exigences découlant du droit international. Le droit à une protection juridictionnelle effective des droits conférés aux particuliers s'inscrit cependant dans le cadre plus large de l'émergence d'un nouveau standard, celui de la garantie d'accès à la justice. Cette garantie apparaît aussi bien en droit communautaire (*infra* N 20 ss) que dans l'application de l'art. 6 § 1 CEDH (*infra* N 25 ss) et dans la nouvelle Constitution fédérale (art. 29*a* Cst). Dans le domaine des marchés publics, particulièrement visé par l'art. 9 LMI, l'introduction d'un droit de recours constitue une innovation fondamentale par rapport à la situation juridique antérieure (*infra* N 29 ss).

1. Droit communautaire

20 La Cour de justice a déduit très tôt du principe de coopération de l'art. 11 [ex 5*a*] TCE une obligation pour les juridictions nationales d'assurer la protection juridique des droits que les justiciables tirent de l'ordre juridique communautaire. Cette obligation pouvait aussi être expressément rappelée dans une disposition particulière d'une directive ou d'un règlement. L'art. 19 I de la Déclaration du Parlement européen sur les droits et libertés fondamentaux du 12 avril 1989 prévoit, sous le titre « accès à la justice », que « toute personne dont les droits et libertés ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant un juge désigné par la loi » (JOCE 1989 C 120, p. 51). L'art. 6 II [ex F II] TUE reconnaît comme principes généraux du droit communautaire les droits fondamentaux garantis par la CEDH, et en particulier les art. 6 et 13 CEDH relatifs à la protection juridictionnelle. La reconnaissance d'un droit substantiel par l'ordre juridique communautaire implique toujours la reconnaissance d'une action destinée à faire valoir ce droit en justice (CJCE, arrêts *Rewe-Zentralfinanz AG* et *Rewe-Zentral AG c/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, [■■ pas de date pour les arrêts de la CJCE ?] aff. 33/76, Rec. 1976, p. 1989, pt 5 ; CJCE, arrêt *Comet BV c/Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043, pt 12 ; CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-433/93, Rec. 1995, p. I-2303, pt 19 ; Priess, Ius, p. 793 ; Clerc, Marchés, p. 112-115). Le droit de fond peut être tiré du TCE (CJCE, arrêt *Régie des télégraphes et des téléphones c/GB-Inno-BM SA*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941, pts 34-35 ; CJCE, arrêt *Irène Vlassopoulou c/Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89, Rec. 1991, p. I-2357, pt 22), d'un règlement (CJCE, arrêt *Oleificio Borelli SpA c/Commission*, aff. C-97/91, Rec. 1992, p. I-6313, pts 13-14) ou d'une directive (CJCE, arrêt *Comet BV c/Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043). Il peut résulter soit d'une disposition d'effet direct (CJCE, arrêt *Comet BV c/Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76,

Rec. 1976, p. 2043), soit d'une disposition qui, sans être inconditionnelle et suffisamment précise, entend néanmoins conférer des droits aux particuliers (CJCE, arrêt *Paola Faccini Dori c/Recreb Srl*, aff. C-91/92, Rec. 1994, p. I-3325, pt 27).

21 Il appartient en principe à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice en cas de violation du droit communautaire (CJCE, arrêt *Andrea Francovich e.a. c/Italie*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357, pt 42). Toutefois, l'autonomie procédurale des Etats membres est limitée par les exigences jurisprudentielles développées par la Cour de justice en matière de non-discrimination procédurale des justiciables ainsi qu'en matière de protection juridictionnelle effective, proportionnée et dissuasive (CJCE, arrêt *Rewe-Zentralfinanz AG* et *Rewe-Zentral AG c/Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76, Rec. 1976, p. 1989, pt 13 ; CJCE, arrêt *Anklagemyndigheden c/Hansen & Søn I/S*, aff. C-326/88, Rec. 1990, p. I-2911, pt 17 ; CJCE, arrêt *Comet BV c/Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, Rec. 1976, p. 2043, pt 16 ; CJCE, arrêt *Administration des finances de l'Etat italien c/SpA San Giorgio*, aff. 199/82, Rec. 1983, p. 3595, pt 14 ; CJCE, arrêt *Oleificio Borelli SpA c/Commission*, aff. C-97/91, Rec. 1992, p. I-6313, pts 8 et 13-15 ; CJCE, arrêt *Irène Vlassopoulou c/Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, aff. C-340/89, Rec. 1991, p. I-2357, pt 22 ; CJCE, arrêt *The Queen c/Secretary of State for Transport ex parte : Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2433, pts 21-23 ; aff. jtes *Andrea Francovich e.a. c/Italie*, C-6/90 et C-9/90, Rec. 1991, p. I-5357, pt 43 ; CJCE, arrêt *Brasserie du pêcheur SA c/Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd e. a.*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, Rec. 1996, p. I-1029, pt 31 ; CJCE, arrêt *The Queen c/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : Hedley Lomas [Ireland] Ltd*, aff. C-5/94, Rec. 1996, p. I-2553 ; Louis, Compliance, p. 40 ; Clerc, Marchés, p. 116-125).

22 En outre, le législateur communautaire peut intervenir dans des secteurs spécifiques pour prescrire des mesures d'harmonisation positives des procédures de recours nationales, lorsque cela s'avère indispensable pour garantir la mise en œuvre effective du marché intérieur dans le domaine concerné (Louis, Compliance, p. 46 ; Clerc, Marchés, p. 127). En matière de **marchés publics**, les art. 34, 45, 49, 56 et 107 TFUE (ex-art. 28, 39, 43, 49 et 87 TCE) sont des dispositions d'effet direct qui confèrent des droits de fond aux soumissionnaires, déductibles en justice. Par ailleurs, la Cour de justice a jugé à plusieurs reprises que les règles de participation et de publicité relatives à la passation des marchés publics et contenues dans les directives de fond ont pour but de protéger le soumissionnaire contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur (directive-travaux, Directive 93/37/CEE, JOCE 1993 L 199, p. 54 et JOCE 1997 L 328, p. 1 ; directive-fournitures, Directive 93/36/CEE, JOCE 1993 L 199, p. 1 et JOCE 1997 L 328, p. 1 ; directive-services, Directive 92/50/CEE, JOCE 1992 L 209, p. 1 et JOCE 1997 L 328, p. 1 ; directive-secteurs, Directive 93/38/CEE, JOCE 1993 L 199, p. 84 et JOCE 1998 L 101, p. 1 ; ces textes sont aujourd'hui remplacés par des versions consolidées : Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO 2004 L 134/1, ci-après « directive secteurs 2004/17 » ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31.3.2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO 2004 L 134/114, ci-après « directive classique 2004/18 »). Dès lors, les Etats membres doivent mettre en œuvre ces directives de fond dans des normes juridiques de caractère contraignant, propres à conférer des droits subjectifs aux particuliers. Une telle protection n'est effective que si le

soumissionnaire peut se prévaloir de ces règles vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, invoquer leur violation devant les juridictions nationales (CJCE, arrêt *SA Transporoute et travaux c/Ministère des travaux publics*, aff. 76/81, Rec. 1982, p. 417, pt 17 ; CJCE, arrêt *Gebroeders Beentjes BV c/Pays-Bas*, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635, pt 42 ; CJCE, arrêt *Commission c/Allemagne*, aff. C-433/93, Rec. 1995, p. I-2303, pt 19). Enfin, l'absence ou l'insuffisance persistante des voies de recours nationales en matière de marchés publics ont conduit le législateur communautaire à adopter deux directives-recours aux fins d'assurer une harmonisation minimale des voies de droit nationales (Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOCE 1989 L 395, p. 33 et JOCE 1992 L 209, p. 1 ; Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE 1992 L 76, p. 14 ; CLERC, Marchés, p. 128-212).

23 La question de l'accès à la protection juridictionnelle fait désormais l'objet de l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JOCE 2000 C 364, p. 1 ; entrée en vigueur le 1er décembre 2009) ; cette disposition prévoit en effet expressément ce qui suit :

> «[1] Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.
>
> [2] Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.
>
> [3] Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressource suffisante, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.»

Les travaux préparatoires et le texte même de cette norme montrent une parenté évidente entre celle-ci et les garanties découlant des art. 6 (évoqué ci-dessous) et 13 CEDH (dans ce sens, ESER, Art. 47 Charta, N 2 ss et 20 ss).

24 Le rôle de modèle joué par le droit communautaire dans la mise en œuvre du marché intérieur suisse (Mess-LMI, p. 1216-1223) plaidait pour l'adoption de l'art. 9 LMI relatif à la protection juridictionnelle.

2. Article 6 § 1 CEDH

25 L'art. 6 § 1 CEDH garantit le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial lorsque doit être tranchée une contestation sur des droits et obligations de caractère civil de la personne intéressée. Le Tribunal fédéral a reconnu à l'art. 6 § 1 CEDH un caractère *self executing*, de sorte que les tribunaux sont compétents pour statuer sur un litige remplissant les conditions de cette disposition, qu'ils disposent ou non d'une base légale à cet effet, et même en cas de base légale contraire (ATF 111 Ia 239, c. 6 ; KLEY-STRULLER, Anspruch, p. 36).

26 La CourEDH applique de manière de plus en plus générale l'art. 6 § 1 CEDH dans des litiges relatifs à des droits pécuniaires ou de nature patrimoniale, indépendamment du fait

que ces droits relèvent du droit administratif et nonobstant la compétence des juridictions administratives. L'objet patrimonial du litige suffit à déclencher l'application de l'art. 6 § 1 CEDH, à moins que ne soit en cause la souveraineté de l'Etat prise dans une acception étroite. Relèvent de l'art. 6 § 1 CEDH les contestations en matière d'aménagement du territoire, de droit des constructions et de protection de l'environnement. Il en est de même des actions en responsabilité contre l'Etat. Les litiges relatifs à des décisions d'octroi ou de retrait d'autorisation d'exercer une profession relèvent aussi de l'art. 6 § 1 CEDH, car ils affectent l'exercice d'une activité commerciale privée à des fins lucratives. Le caractère civil est également reconnu aux prestations et aux cotisations aux régimes d'assurance sociale ainsi qu'à l'aide sociale (CourEDH, arrêt *Allan Jacobson* du 25.10.1989, série A n° 163, p. 20, § 72-73 ; CourEDH, arrêt *Zander c/Suède* du 25.11.1993, série A n° 279-B, p. 40, § 26-27 ; arrêt *Ringeisen c/Autriche* du 16.07.1971, série A n° 13, p. 39, § 94 ; CourEDH, arrêt *Neves e Silva* du 27.04.1989, série A n° 153, p. 14, § 37 ; CourEDH, arrêt *X c/France* du 31.03.1992, série A n° 234-C, p. 90, § 29-30 ; CourEDH, arrêt *Editions Périscope c/France* du 26.03.1992, série A n° 234-B, p. 65-66, § 39-40 ; CourEDH, arrêt *König c/Allemagne* du 28.06.1978, série A n° 27, p. 31-32, § 92-95 ; CourEDH, arrêt *Tre Traktörer AB c/Suède* du 07.07.1989, série A n° 159, p. 18-19, § 42-43 ; CourEDH, arrêt *Benthem c/Pays-Bas* 23.10.1985, série A n° 97, p. 16, § 36 ; CourEDH, arrêt *Schuler-Zgraggen c/Suisse* du 24.06.1993, série A n° 263, p. 17, § 45-46 ; CourEDH, arrêt *Schouten et Meldrum c/Pays-Bas* du 09.12.1994, série A n° 304, p. 20-24, § 49-60 ; SCHWEIZER, Gerichte, p. 676-678 ; KLEY-STRULLER, Anspruch, p. 32 s. ; VILLIGER, EMRK, N 380-390 ; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, Menschenrechtskonvention, p. 139-148 ; CLERC, Marchés, p. 244-249). Il en va de même des contestations concernant des agents publics, pour autant que ne soit pas en cause une fonction de nature régalienne (ATF 129 I 207, c. 4 et 5 ; l'art. 6 CEDH a donc été jugé applicable s'agissant d'enseignants).

27 La question d'une application de l'art. 6 § 1 CEDH aux procédures judiciaires en matière de **marchés publics** trouve une réponse favorable dans la doctrine ayant examiné la question (KUONI, Eurokompatibilität, p. 20 ; MICHEL/CLERC, Protection, p. 37 ; HERZOG, Verwaltungsrechtpflege, p. 205-209 ; MICHEL, Construction, N 2005 s. ; CLERC, Marchés, p. 248 s. et 250-254 ; voir en dernier lieu ZIEGLER, Art. 6 CEDH, p. 343 ss). Le « caractère civil » de la réglementation en matière de marchés publics est aisément admissible, eu égard à la jurisprudence de la CourEDH. En revanche, la question de l'existence de « droits et [d'] obligations » était plus controversée. L'art. 6 § 1 CEDH régit uniquement les contestations relatives à des droits (de caractère civil) que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne ; il n'assure par lui-même aux « droits et obligations » aucun contenu matériel dans l'ordre juridique des Etats contractants. Dans la première – et longtemps unique – affaire qui lui avait été soumise en matière de marchés publics, la CommEDH avait déclaré la requête irrecevable, mais sans exclure absolument qu'un soumissionnaire puisse faire valoir des droits (CommEDH, décision *De Nul c/Belgique* du 02.03.1994, D. R. 76-A, p. 113-119). C'est finalement en 1998 que la jurisprudence européenne a confirmé l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH aux contestations judiciaires relatives à des marchés publics. Une première affaire s'est terminée par un règlement amiable, après que la CommEDH a rendu un avis concluant à une violation de l'art. 6 § 1 CEDH (CourEDH, arrêt *Clube de Futebol União de Coimbra c/Portugal* du 30.07.1998, RecEDH 1998-V, n° 85, p. 2119 ; avis de la CommEDH, p. 2128 ss, § 36-40). Dans une seconde affaire, la CourEDH a jugé que l'art. 6 § 1 CEDH s'appliquait aux procédures ouvertes par les requérants (CourEDH, arrêt *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c/Royaume-Uni* du 10.07.1998, RecEDH 1998-IV, n° 79, p. 1633,

§ 61 s.). En Suisse, le Tribunal fédéral, statuant sous l'empire des anciennes réglementations en matière de marchés publics, avait nié l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH à un recours contestant une adjudication de marché public (ZBl 1998 p. 369, c. 3 ; confirmé par décision d'irrecevabilité de la CourEDH, arrêt *Marti AG, Cellere AG, e. a. c/Suisse* du 11.07.2000, Rec. 2000-VIII), mais l'avait en revanche admise dans le cadre d'un procès en responsabilité de droit public en matière de marchés publics (ATF 126 I 144, c. 3a et b). On peut s'attendre toutefois à ce que le Tribunal fédéral admette à l'avenir l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH aux recours en matière de marchés publics. En effet, dans un revirement fondamental de jurisprudence opéré en 1998, le Tribunal fédéral a jugé que les nouvelles réglementations en matière de marchés publics tendaient à protéger les soumissionnaires, qui étaient dès lors titulaires d'un intérêt juridiquement protégé selon l'art. 88 OJ, alors en vigueur. Les soumissionnaires peuvent non seulement soulever des griefs se rapportant au déroulement de la procédure de passation, mais encore contester le bien-fondé matériel de la décision d'adjudication (ATF 125 II 86, c. 4) ; on se trouve donc bien en présence d'une contestation portant sur un droit, pour reprendre la formule de la CourEDH. La Commission fédérale de recours et désormais le TAF ont d'ailleurs retenu l'applicabilité de l'art. 6 CEDH en matière de marchés publics (GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 355 ; ATAF 2008/48, c. 5.4) ; cette solution n'est aujourd'hui plus contestée (la question se pose en revanche à propos des décisions incidentes, notamment celles relatives à l'effet suspensif ; cf. à ce propos LUGINBÜHL, EMRK, p. 880 ss).

28 Le recoupement manifeste entre le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH et celui de la LMI justifie l'exigence, à l'art. 9 II LMI, de la mise sur pied d'une voie de recours juridictionnelle au niveau cantonal (*infra* N 53-56), notamment en matière de marchés publics. A défaut d'autorité juridictionnelle cantonale, la voie extraordinaire du recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral (on verra plus loin qu'elle est pratiquement la seule ouverte dans ce domaine, où le recours en matière de droit public est fermé, sous réserve d'hypothèses exceptionnelles) ne permettrait pas d'assurer le contrôle judiciaire exigé par l'art. 6 § 1 CEDH. En effet, même si ce contrôle n'a pas à porter sur l'opportunité de la mesure critiquée, il doit être libre sur toutes les questions de fait et de droit (CourEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth* du 24.09.1981, série A n° 52, p. 31, § 86 ; CourEDH, arrêt *Pudas* du 27.10.1987, série A n° 125-A, p. 16 s., § 39-41 ; ATF 119 Ia 321, c. 6a/cc ; ATF 119 Ia 88, c. 5c/aa ; ATF 120 Ia 19, c. 4c ; VILLIGER, EMRK, N 427).

3. Protection juridictionnelle en matière de marchés publics

a) Généralités

29 La plupart des cantons ont longtemps refusé toute voie de recours en matière de marchés publics, qui relevaient ainsi du *verfügungsfreies Staatshandeln* (MICHEL/CLERC, Protection, p. 31-37 ; ALBERTINI, Kriterien, p. 279-286 ; CLERC, Marchés, p. 360-374 ; RICHLI, Kartellgesetz, p. 602). Le Tribunal fédéral excluait aussi la recevabilité de l'ancien recours de droit public, en raison de l'absence de qualité de décision de l'adjudication et de l'absence d'intérêt juridiquement protégé nécessaire à fonder la qualité pour agir du recourant. Celui-ci pouvait toutefois se plaindre d'un déni de justice formel dû à la violation de ses droits de partie garantis par le droit de procédure cantonal ou déduits directement de l'art. 4 aCst (ATF 114 Ia 307, JdT 1990 I 16, c. 3c ; ATF 118 Ia 232, c. 1a ; ATF 119 Ia 424, JdT 1995 I 618 ; ZBl 1998, p. 369, c. 1c et 2 ; CLERC, Marchés, p. 360-369).

30 A partir de 1996, le droit des marchés publics a connu une mutation profonde sur les plans international (AMP), fédéral (LMP et OMP), intercantonal (AIMP) et cantonal (GALLI/

LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen ; MICHEL, Construction, p. 373-409 ; TERCIER, Libéralisation, p. 12-26 ; GAUCH, Liberalisierung, p. 2-27 ; METZ/SCHMIDT, Rechtsgrundlagen, p. 49-76 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, p. 365 ss). Ces nouvelles réglementations confèrent désormais un droit de recours aux soumissionnaires non seulement pour soulever des griefs se rapportant au déroulement formel de la procédure de passation, mais aussi pour contester le bien-fondé matériel de la décision d'adjudication (art. XX AMP ; art. 26-35 LMP ; art. 15-18 AIMP ; CLERC, Marchés, p. 279-659). L'art. 9 I LMI, qui institue une voie de recours pour toute violation de la LMI, souligne particulièrement que cette voie de droit s'applique aussi en matière de marchés publics. Cette disposition garantit ainsi aux personnes domiciliées ou établies en Suisse une protection juridictionnelle en cas de violation de l'obligation d'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux, prévue aux art. 3 et 5 LMI ; elle s'ajoute aux recours prévus par les réglementations spécifiques en matière de marchés publics, notamment les art. 15-18 AIMP.

31 La mutation précitée du droit des marchés publics (*supra* N 28) a entraîné un revirement fondamental de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la protection juridictionnelle. Dans son arrêt de principe admettant la recevabilité d'un recours de droit public contre une décision d'adjudication communale (ATF 125 II 86), le Tribunal fédéral a basé son raisonnement sur les seuls **art. 84 ss aOJ**. Spécifiquement, le Tribunal fédéral a reconnu que l'adjudication constitue une **décision**, soit un acte de puissance publique susceptible d'être attaqué (c. 3a et 3b) et que l'**intérêt juridiquement protégé** du recourant au sens de l'art. 88 aOJ découle désormais du **droit de fond** qui protège les droits des soumissionnaires en leur conférant notamment des garanties de concurrence, d'impartialité, d'égalité et de transparence (c. 4). Les **griefs** invocables peuvent se rapporter aussi bien au déroulement formel de la procédure qu'au bien-fondé matériel de la décision d'adjudication (c. 4). Formulés sur la base d'une analyse de la nature des actes passés par les pouvoirs adjudicateurs et de l'objet protégé par les réglementations en matière de marchés publics, au regard des art. 84 ss aOJ, les considérants de l'arrêt exigent, à notre avis, l'ouverture d'une **voie de recours** au niveau cantonal contre toute décision d'adjudication cantonale ou communale (voir néanmoins ATF 131 I 137, commenté *infra* N 49 s.).

b) Rapport avec le droit international économique

32 La protection juridictionnelle garantie par les accords internationaux en matière de marchés publics auxquels la Suisse est partie protège uniquement les soumissionnaires étrangers, et non ceux établis en Suisse. Dès lors, la voie de droit cantonale mise sur pied en application de l'art. 9 LMI n'a **pas** à **respecter** les exigences procédurales posées par ces **accords internationaux**, en particulier celles découlant de l'art. XX AMP (CLERC, Marchés, p. 279-355 ; DAVIES, Remedies, p. 123-130) ou de l'art. 5 et annexe V de l'accord sur les marchés publics conclu entre la Suisse et l'UE (FF 1999 5802). Il est cependant difficilement concevable que les modalités procédurales d'un recours diffèrent pour le même marché, selon que le recourant est domicilié à l'étranger ou en Suisse (dans le même sens, l'ATF 125 I 406, c. 2d a rejeté une distinction à l'intérieur de l'art. 9 LMI entre la protection juridictionnelle offerte aux soumissionnaires locaux et celle offerte aux soumissionnaires extérieurs).

33 Conformément au champ d'application de la LMI, l'art. 9 LMI ne protège que les personnes domiciliées ou établies en Suisse. Le principe du traitement national de l'art. III AMP ne valant que dans le cadre du champ d'application de l'AMP, il en résulte que la

Suisse n'a pas à garantir aux soumissionnaires des Etats parties à l'AMP l'accès aux voies de recours cantonales instituées sur la base de l'art. 9 LMI pour les marchés publics non couverts par l'AMP. De même, le principe de non-discrimination de l'art. 6 §§ 1 et 2 de l'accord bilatéral Suisse-CE (Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, FF 1999 5802) n'ayant pas force contraignante en ce qui concerne les marchés publics d'une valeur inférieure aux seuils de cet accord (art. 6 § 3 de l'accord bilatéral), la Suisse n'a pas à garantir aux soumissionnaires communautaires l'accès aux voies de droit cantonales instituées sur la base de l'art. 9 LMI pour les marchés publics dont la valeur n'atteint pas ces seuils. L'art. 6 § 4 et l'Annexe IX de l'accord bilatéral rappellent expressément à ce titre que le principe de non-discrimination ne s'applique pas au traitement préférentiel des soumissionnaires communautaires ou suisses, qui résulterait du processus d'intégration propre respectivement à l'UE ou au marché intérieur suisse (Mess-AccordsSectoriels, p. 5516 ; *infra* N 74).

34 A titre de rappel, l'art. 6 § 1 CEDH s'applique aux procédures de recours en matière de **marchés publics** (*supra* N 23). Par ailleurs, les règles communautaires relatives à la protection juridictionnelle dans les marchés publics (*supra* N 19) ont servi de modèle à l'art. XX AMP et influencent ainsi indirectement l'étendue et les modalités des voies de recours suisses dans ce domaine.

c) Relations avec les voies de recours spécifiques pour les marchés cantonaux et communaux

35 Le champ d'application de l'AIMP révisé a été étendu et recouvre désormais très largement celui de la LMI (l'accord n'est ainsi plus limité à des services particuliers, énoncés dans une liste ; pour plus de détails sur cette question, CLERC, LMI 5 N 34). De plus, il vise à réaliser une harmonisation très poussée du droit cantonal des marchés publics ; il ne reste donc plus guère de place pour des marchés échappant aux règles de l'AIMP, mais soumis à celles de la LMI. Il est possible qu'il subsiste une différence en relation avec les valeurs-seuils ; en effet, les lois cantonales ont le plus souvent repris sans changement les valeurs fixées par l'annexe 2 de l'AIMP pour les marchés internes, alors que les exigences de l'art. 9 LMI s'appliquent (apparemment) sans limite de seuil. Mais la jurisprudence récente considère que l'accès au recours pourrait être supprimé par le législateur cantonal pour les marchés de peu de valeur (ATF 131 I 137, c. 2, analysé *infra* N 49) ; cette solution est de nature, si les cantons la mettent en œuvre et pour autant qu'elle soit conforme à l'art. 29*a* Cst, à priver de portée pratique cette divergence – l'une des rares à subsister désormais – entre le régime de l'AIMP et celui de la LMI.

36 Lorsqu'un marché cantonal ou communal tombe **dans le champ d'application de l'AIMP**, ce qui constitue le cas normal, la garantie d'une voie de recours générale découle des art. 15-18 AIMP. L'art. 9 LMI n'a alors pas de portée propre. Dans le cadre du motif de violation du droit prévu à l'art. 16 I/a AIMP, le soumissionnaire recourant peut invoquer une violation des art. 3 et 5 LMI, parallèlement à d'autres griefs tirés de la violation des règles intercantonales, cantonales ou communales. Dans l'hypothèse (qui devrait rester rare) où un marché n'entre **pas dans le champ d'application de l'AIMP**, mais uniquement dans celui de l'**art. 5 LMI**, l'art. 9 II LMI garantit l'existence d'une voie de recours. Cette dernière disposition permet alors au recourant de faire valoir non pas la violation de l'AIMP, mais seulement celle des art. 3 et 5 LMI, voire de la loi cantonale en cause.

d) Relations avec les voies de recours spécifiques pour les marchés fédéraux

37 Les marchés publics fédéraux étant exclus du champ d'application de l'art. 5 LMI, la protection juridictionnelle prévue par l'art. 9 LMI ne s'y applique pas non plus. L'exclusion des **marchés publics fédéraux** du champ de l'art. 5 LMI a été justifiée par l'existence d'une réglementation fédérale spéciale ayant une portée similaire (Mess-LMI, p. 1234). Cette affirmation est avérée quant aux règles matérielles de l'art. 5 LMI, mais non quant à la protection juridictionnelle qui y est associée à l'art. 9 LMI. Quant au droit de fond, l'art. 8 I/a et l'art. 2 III, avant-dernière phrase LMP prévoient l'égalité de traitement des soumissionnaires établis en Suisse entre eux, aussi bien pour les marchés assujettis à la LMP que pour les autres marchés régis de manière autonome par le chapitre 3 de l'OMP (art. 34 II OMP ; cf. LMI 5, N 66). En revanche, s'agissant de la protection juridictionnelle, l'art. 2 III *i.f.* LMP et l'art. 39 OMP excluent toute voie de recours pour les marchés non soumis à la LMP et régis exclusivement par le chapitre 3 de l'OMP, en niant la qualité de décision aux actes pris durant la passation de ces marchés (ATAF 2008/48, c. 5.1 ss ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 154 ; CLERC, Marchés, p. 625-628 ; GAUCH, Liberalisierung, p. 19 ; SCHERRER-JOST, Beschaffungswesen, N 63 s.). Ainsi, la Confédération impose (voir cependant ATF 131 I 137, commenté *infra* N 49) aux cantons et aux communes, par le biais de l'art. 9 LMI, des exigences en matière de protection juridictionnelle plus strictes que celles auxquelles elle soumet le contrôle de la passation de ses propres marchés (GAUCH, Liberalisierung, p. 19 s.). Les pouvoirs adjudicateurs fédéraux bénéficient d'une immunité juridictionnelle en cas d'atteinte au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires établis en Suisse lors de la passation d'un marché régi exclusivement par le chapitre 3 de l'OMP, alors même que ce principe découle de la liberté économique garantie par les art. 27 et 95 II Cst (art. 31 aCst ; CLERC, Marchés, p. 634).

38 A notre avis, l'art. 2 III *i.f.* LMP et l'art. 39 OMP devraient être modifiés (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 154-157 ; GAUCH, Bundesgesetz, p. 319 ; CLERC, Marchés, p. 625-628, 493-496, 640-643). La jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 125 II 86 ; *supra* N 38) rend contestable l'exclusion du recours pour les marchés fédéraux non soumis à la LMP. Les dispositions du chapitre 3 de l'OMP ne sont pas des directives internes à l'administration, mais des règles de droit d'un contenu similaire à celui de la LMP, qui entendent protéger les soumissionnaires en leur conférant des garanties de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence dans la procédure de passation des marchés. Elles résultent matériellement en la prise de décisions (CLERC, Marchés, p. 625-628 et 632-643). De plus, la doctrine et la jurisprudence de la CourEDH relatives à l'art. 6 § 1 CEDH reconnaissent l'application de cette disposition en matière de marchés publics (*supra* N 23). Enfin, les dérogations au droit constitutionnel d'accès à la justice introduit par l'art. 29*a* Cst devraient être réservées à des hypothèses exceptionnelles (*supra* N 25), qui ne nous paraissent pas remplies en ce qui concerne les marchés publics.

39 Le législateur fédéral a toutefois considéré que l'exclusion des recours prévue par l'art. 2 III *i.f.* LMP pouvait être maintenue puisqu'il n'a prévu aucune modification de cette disposition dans le cadre des adaptations législatives liées à l'entrée en vigueur de la réforme de la justice (Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ; *supra* N 25 ; cette solution a été jugée admissible, malgré la teneur de l'art. 29*a* Cst : ATAF 2008/48, c. 5.1 ss). La position des autorités fédérales n'a d'ailleurs pas changé depuis sur ce point (voir art. 68 AP-LMP du 30 mai 2008, aujourd'hui abandonné, qui excluait de manière générale toute voie de recours pour les marchés publics de la Confédération en dessous des valeurs-seuils).

II. La protection juridictionnelle en matière de restrictions d'accès

A. Généralités (art. 9 I LMI)

1. L'exigence d'une décision

a) Le régime général

40 On le rappelle, l'art. 1er LMI comporte une garantie d'accès au marché ; la loi comporte ainsi d'emblée une dimension de protection individuelle (Intro LMI N 62 ss). Elle est concrétisée ensuite à l'art. 2 LMI qui prévoit une liberté d'accès au marché, permettant à toute personne d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse ; encore faut-il que cette personne soit autorisée à exercer son activité lucrative dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce droit peut toutefois faire l'objet de restrictions, aux conditions strictes posées par l'art. 3 LMI. L'art. 5 LMI prévoit un régime particulier s'agissant de l'accès aux marchés publics. Quant à l'art. 4, il pose les principes en matière de reconnaissance de certificats de capacité. En substance, ces différentes dispositions confèrent ainsi des **droits** aux personnes qui entrent dans le champ d'application de la loi et elles définissent les conditions dans lesquelles les autorités, par le biais de réglementations de droit public ou de l'application de celles-ci, peuvent apporter des limites à ces droits (Intro LMI N 52 ss et 63 ; LMI 1 N 1 ss et 29 ss ; LMI 2 N 1 ss et 12 ss). L'art. 2 II LMI donne mandat à la Confédération, aux cantons, ainsi qu'aux communes d'adopter des réglementations conformes à ces principes ; mais cette disposition ne s'arrête pas là, puisqu'elle invite les mêmes collectivités à rendre des décisions concernant l'exercice d'activités lucratives qui soient respectueuses elles aussi de la liberté d'accès instituée à l'art. 2 I LMI. L'art. 9 I LMI confirme à son tour la nécessité de décisions s'agissant d'actes concrets portant sur des restrictions à la liberté d'accès au marché.

41 On se permettra, avant de poursuivre, une parenthèse au sujet de la **notion de décision**, qui est double. La décision est tout d'abord un **concept de droit matériel**; à l'instar du contrat en droit privé, cet acte, fondé quant à lui sur le droit public, vise à déployer des effets juridiques. Mais la notion de décision présente également un **aspect formel**; sous cet angle, il s'agit d'un acte qui met fin à une procédure administrative non contentieuse et qui, dès lors qu'il est susceptible de recours, peut déclencher l'ouverture d'une procédure contentieuse. L'importance même d'un tel acte, du fait qu'il déploie des effets juridiques (la décision au sens matériel du terme), a justifié l'adoption de règles de procédure et la mise en évidence en particulier de la décision au sens formel du terme, pour offrir aux personnes concernées une protection juridictionnelle. Il y a donc un lien étroit entre ces deux aspects et même, en règle générale, **conjonction** entre sens matériel et formel de la décision (Moor/Poltier, Droit administratif II, p. 177 s.). Tel est précisément le cas dans le domaine des restrictions d'accès au marché. Ainsi, dans l'hypothèse où un psychothérapeute, autorisé à pratiquer dans le canton des Grisons, sollicite la faculté d'exercer son activité dans le canton de Zurich, les autorités de ce dernier, si elles opposent un refus à l'intéressé, le feront par le biais d'une décision au sens formel, ouvrant la voie du recours au tribunal administratif de ce canton (ATF 135 II 12). Cet acte remplit par ailleurs tous les éléments de la notion de décision au sens matériel du terme ; il s'agit en effet d'un acte unilatéral, pris dans un cas d'espèce par une autorité sur la base du droit public et déployant des effets juridiques ; il n'y a pas de doute sur ce dernier point, puisque le refus porte sur l'exercice d'un droit, en l'occurrence la liberté d'accès au marché protégée par l'art. 2 I LMI (sur la notion de décision au sens matériel, cf. l'art. 5 PA, qui a servi très

largement de modèle aux législations cantonales dans leur définition de la notion de décision ; MOOR/POLTIER Droit administratif II, p. 179 ss).

42 L'art. 9 I LMI, lorsqu'il prescrit la voie de la décision pour le prononcé de restrictions d'accès au marché, rappelle un point qui apparaît comme une évidence, puisque de tels actes déploient bien des effets juridiques (décisions au sens matériel) ; toutefois, le but principal de cette règle est aussi d'exiger une décision au sens formel et l'ouverture d'une **voie de recours** à son encontre. Sur le plan historique, on relèvera que, lors de l'adoption de l'art. 9 LMI, les cantons prévoyaient généralement déjà des voies de recours à l'encontre des décisions administratives (au sens matériel évoqué plus haut) ; cette solution valait en particulier s'agissant de restrictions à l'exercice d'activités lucratives privées (sauf en matière de marchés publics). Depuis l'entrée en vigueur des règles constitutionnelles sur la réforme de la justice, le lien entre décision et recours va de soi, plus encore qu'auparavant. Ainsi, avec les art. 29*a* et 191*b* Cst, complétés par l'art. 86 LTF, les cantons sont désormais tenus de mettre en place des voies de recours auprès d'une autorité judiciaire en présence de causes de droit public ; or, on se trouve bien dans ce cas lorsqu'une autorité, appliquant une réglementation cantonale ou communale portant sur l'accès au marché, rend une décision à ce propos. Certes, l'art. 86 III LTF permet aux cantons d'instituer, pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, une autre autorité qu'un tribunal ; théoriquement, cette disposition pourrait donc entrer en conflit avec celle des art. 9 I et II LMI ; on peut toutefois exclure que des restrictions d'accès au marché, qui doivent être conformes au principe de la liberté économique, puissent présenter un caractère politique prépondérant (sur le cas particulier des concessions, *infra* N 54).

43 Les **auteurs** des décisions restrictives d'accès au marché et susceptibles de recours peuvent être des autorités de niveau **fédéral, cantonal ou communal**, des organismes de droit public aussi bien que des entités privées délégataires de tâches publiques (art. 2 II et art. 5 LMI). Les restrictions d'accès les plus fréquentes résultent de décisions émanant d'autorités cantonales ou communales, voire d'organismes, de droit public ou de droit privé, délégataires de tâches publiques de droit cantonal ou communal (pour ces derniers, par exemple lors de l'adjudication de marchés publics ; à ce propos, POLTIER, Pouvoirs adjudicateurs). Certes, ces autorités peuvent aussi être amenées à statuer en application du droit fédéral (pour des exemples, cf. DE CHAMBRIER, Binnenmarkt, p. 73 s.), auquel cas le recours de l'art. 9 II LMI est bien évidemment ouvert (comme celui de l'art. 2 VI, 2 LMI ; *infra* N 89) ; les règles de ce droit devraient toutefois prévenir le plus souvent des discriminations dans l'accès au marché intérieur, sans les exclure totalement (sur les rapports entre LMI et d'autres lois fédérales, voir aussi *infra* N 44). La Loi sur les avocats (Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats [LLCA], RS 935.61) en fournit une illustration particulière ; elle a été conçue comme un complément à la LMI, concrétisant les modalités de la libre circulation des avocats (Mess-LLCA, FF 1999 5337 s.), mais elle a laissé subsister des compétences cantonales qui doivent être exercées dans le respect de la LMI (ATF 134 II 329, c. 5 ; Intro LMI, N 82 s.).

44 Lorsque les **autorités fédérales** se prononcent sur l'exercice des activités lucratives soumises à la LMI, elles doivent le faire par le biais de décisions sujettes au recours institué par cette loi (Mess-LMI, p. 1234 ; l'application de l'art. 9 I et II LMI rejoint ici celle des art. 5 et 44 PA). Toutefois, cette affirmation est sujette à une exception et à une importante nuance. Les décisions en matière de marchés publics prises par des pouvoirs adjudicateurs de niveau fédéral ne sont pas susceptibles de recours au titre de l'art. 9 LMI, ces marchés ayant été exclus du champ de l'art. 5 LMI (*supra* N 39 et LMI 5 N 66). En outre, les déci-

sions prises par des autorités fédérales et susceptibles de recours au titre de la LMI devraient être rares. D'une part, la plupart des obstacles au marché intérieur suisse proviennent des réglementations et pratiques cantonales ou communales. D'autre part, de nombreuses lois fédérales spéciales règlent certains aspects liés à la réalisation du marché intérieur ; il s'agit notamment de réglementations relatives à des professions particulières (DE CHAMBRIER, Binnenmarkt, p. 73, en fournit quelques exemples et relève que ces dispositions ne soulèvent aucune difficulté dans le contexte de la liberté d'accès au marché intérieur ; on trouve d'ailleurs d'autres exemples sur le site du SECO : <http ://www.e-service.admin.ch/autorisations> ; on rappelle que la Confédération est habilitée à légiférer en cette matière, art. 95 I Cst et J.-F. AUBERT in : Aubert/Mahon, Constitution, ad art. 95 Cst, N 6 s. ; voir aussi LMI 2, N 49 ss), mais aussi des obstacles techniques aux échanges, du droit de la concurrence, du droit du travail et de la prévoyance professionnelle, ainsi que du droit fiscal (Mess-LMI, p. 1239). Les principes de l'égalité des normes constitutionnelles, de la *lex posterior* et de la *lex specialis* peuvent conduire à exclure l'application de la LMI à des matières réglées (différemment) dans des lois spéciales, à tout le moins postérieures. A l'inverse, l'application du principe de la *lex posterior* pourrait, selon les cas, conférer une priorité à la LMI par rapport à une loi fédérale spéciale contraire (HALLER, Art. 113 aCst, N 216). En règle générale, et conformément au principe de la légalité et au principe de la coordination des législations, le législateur fédéral doit veiller à la mise en œuvre des droits consacrés par la LMI dans les lois fédérales spéciales (voir aussi Mess-LMI, p. 1244 ; voir aussi LMI 2, N 49 ss).

b) En matière de marchés publics

45 Avant l'AMP et les législations fédérales, intercantonales et cantonales qui ont suivi son adoption, l'adjudication d'un marché public ne constituait pas une décision ; il s'agissait sans doute d'un acte attribué au droit public, mais qui ne déployait qu'une portée interne, voire celle d'une simple déclaration tendant à la conclusion d'un contrat de droit privé, et non d'une mesure unilatérale fondée sur un pouvoir de puissance publique (ATF 119 Ia 424, c. 3a et b, et ATF 103 Ib 154 ; voir également ATF 116 Ib 367, c. 1b ; ATF 115 Ia 76, c. 1b, et ATF 106 Ia 323, c. 3a). Or, l'art. XX AMP exige la mise en place d'une protection juridictionnelle en matière de marchés publics ; la solution retenue par le droit suisse a été d'abandonner l'ancienne qualification de l'**adjudication** pour la considérer désormais comme une **décision administrative** (art. 26 ss LMP ; 15 ss AIMP ; ces dispositions ont d'ailleurs été précédées, par anticipation en quelque sorte, d'un revirement de jurisprudence du TF : ATF 125 II 86, évoqué *supra*, N 29). L'art. 9 I LMI va dans le même sens ; il prévoit donc le prononcé de décisions en matière de restrictions d'accès au marché et souligne que cela vaut *« en particulier en matière de marchés publics »* ; le législateur se prononçait ainsi de manière expresse sur une question que la jurisprudence antérieure tranchait différemment. Il résulte de cette disposition que les adjudications cantonales et communales, dès lors qu'elles constituent des décisions, sont sujettes à recours (et l'art. 9 II LMI exige une voie de recours au plan cantonal, solution que la plupart des cantons avaient déjà mise en place ; voir cependant ATF 125 I 406).

46 L'art. 9 I LMI (comme aussi d'autres dispositions citées plus haut) a donc pour conséquence que l'adjudication d'un marché public est une **décision au sens formel** de ce terme (sur la distinction entre décision au sens matériel et au sens formel, *supra* N 41). Divers auteurs considèrent que l'adjudication est **également une décision au sens matériel** du terme dès lors qu'elle a pour but de déployer des effets juridiques. En substance, elle

lève l'interdiction de contracter qui lie jusqu'à ce moment-là le pouvoir adjudicateur et l'autorise dès lors à conclure le contrat avec l'adjudicataire aux conditions issues de la procédure de soumission ; simultanément, elle a pour conséquence de rejeter les offres des soumissionnaires évincés. Elle répond donc, selon eux, à la définition d'une décision au sens de l'art. 5 I/a et 5 I/c PA (plus exactement, la transposition de cette notion en droit cantonal ; dans ce sens, ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Marchés publics, p. 124 s. ; voir également ZUFFEREY, Contrat, p. 159 ; ZUFFEREY, Décision, p. 965 s.).

A vrai dire, la question des **effets juridiques de l'adjudication** était initialement controversée. Le Tribunal fédéral, suivant ici la doctrine privatiste, a retenu que cet acte ne crée aucune obligation de contracter à la charge du pouvoir adjudicateur ; ce dernier, même après l'adjudication, a donc la faculté de ne pas conclure le contrat (ATF 129 I 410, c. 3). D'autres auteurs en ont dès lors conclu que l'adjudication, si elle vaut décision au sens formel du terme, ne constitue en revanche pas une décision au sens matériel, car elle n'en remplit pas les conditions, notamment parce qu'elle ne déploie que des effets internes et non des effets juridiques à l'égard de tiers (ainsi GAUCH, Zuschlag, p. 609 ss). Cette thèse, si elle concède que l'adjudication constitue désormais un acte attaquable (cédant ainsi aux solutions expresses adoptées par le législateur), tente de revenir au surplus à la qualification donnée à cet acte sous l'ancien droit ; elle s'appuie pour cela sur le fait que l'adjudication ne comporte aucune obligation de contracter pour le pouvoir adjudicateur, ni de droit subjectif de l'adjudicataire à la conclusion d'un contrat. Cependant, ce constat est insuffisant. Ainsi, dans l'hypothèse où l'adjudication a pour conséquence d'écarter de manière discriminatoire un soumissionnaire externe, elle comporte une restriction d'accès au marché, soit une atteinte aux droits conférés à un tiers par l'art. 5 LMI ; dans cette mesure, un tel acte remplit tous les éléments de la définition d'une décision au sens matériel, puisqu'il s'agit du rejet d'une prétention d'un administré (au sens de l'art. 5 I/c PA, appliqué ici par analogie ; il en va d'ailleurs de même de l'acte qui entraîne l'exclusion ou la non-sélection, dans une procédure de préqualification, d'un tel soumissionnaire). Il est par ailleurs hâtif, de la part de l'auteur précité (GAUCH, Zuschlag, p. 609 s.), de voir dans l'adjudication un acte purement interne, au motif qu'il ne créerait un droit qu'en faveur de la collectivité adjudicatrice. La pratique connaît d'ailleurs des exemples similaires. Tel est le cas lorsqu'une collectivité publique, souhaitant réaliser un bâtiment ou un équipement public, se délivre un permis de construire en écartant les oppositions formées par des tiers ; l'autorité compétente rend ici une décision, plus précisément se délivre une autorisation de nature à lier juridiquement les tiers. Un tel acte, pas plus que l'adjudication, ne peut être qualifié de simple acte interne, mais apparaît au contraire comme une décision au sens matériel (dans ce sens MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 192 ss). Dans les deux cas, l'autorité s'applique à elle-même des règles de droit, de manière contraignante pour les tiers (les règles de police des constructions dans le cas du permis de construire ; les règles du droit des marchés publics, pour le cas de l'adjudication). **47**

La **jurisprudence**, pour sa part, n'a pas suivi un cours très ferme sur cette question. Elle a tout d'abord retenu que l'adjudication constituait une décision, dans le but de mettre en évidence l'existence d'un acte attaquable (ATF 125 II 86, c. 3 ; au c. 3a, l'arrêt paraît se référer à la notion matérielle de décision, dans une acception à vrai dire étroite). Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral a suivi pour partie la thèse de GAUCH, admettant en effet que l'adjudication n'entraînait pas, pour le pouvoir adjudicateur, d'obligation de contracter (ATF 129 I 410, c. 3) ; mais l'arrêt ne va pas plus loin, pour exclure notamment la présence d'une décision au sens matériel du terme. Dans une troisième étape, cependant, le Tribunal fédéral a restreint la portée de la protection juridictionnelle en matière de marchés publics (ATF 131 I 137). **48**

49 Dans l'espèce précitée, la commune de Sigriswil avait adjugé des travaux, d'une valeur modeste, à l'issue d'une procédure sur invitation concernant trois entreprises ; l'une des entreprises écartées avait recouru successivement auprès du préfet compétent, puis du Tribunal administratif du canton de Berne ; ce dernier, appliquant les dispositions du droit cantonal, a déclaré le recours irrecevable. Le Tribunal fédéral a confirmé ce prononcé, en retenant en particulier que l'art. 9 LMI n'imposait pas, dans un tel cas, l'ouverture d'une voie de recours (ATF 131 I 137, c. 2). Sans doute, le législateur a-t-il renoncé à introduire dans la LMI une exclusion du recours pour les cas d'importance mineure (clause-bagatelle [Mess-LMI, p. 1255]) ; cependant, il a simultanément exclu toute protection juridictionnelle pour les marchés d'une valeur inférieure aux valeurs-seuils dans le cadre de la LMP (art. 2 III/4 LMP, art. 32 ss, spéc. 39 OMP ; le texte allemand de l'art. 2 LMP, qui diffère sur ce point du texte français, indique que les actes pris dans le cadre de telles procédures de passation ne constituent pas des décisions : *« stellen keine Verfügungen dar »)*. L'arrêt en déduit que l'on ne voit pas pour quel motif le législateur cantonal ne pourrait pas exclure la protection juridictionnelle dans des cas où le droit fédéral instaure une telle exclusion, cela en fonction de la valeur (modeste) du marché (c. 2.4). L'arrêt insiste également sur l'idée qu'une voie de recours apparaît dénuée de sens lorsque l'adjudication peut intervenir de gré à gré, de sorte que l'autorité saisie du pourvoi ne pourrait guère procéder à un contrôle juridique, faute de règle applicable à un tel marché (c. 2.4 ; sur les motifs du jugement cantonal, JAB 2005, p. 350).

50 L'ATF *Sigriswil* peut toutefois soulever des difficultés au regard du régime découlant des art. 29*a* Cst et 86 LTF. Il va de soi tout d'abord que le législateur fédéral peut fort bien, dans le cadre d'une loi fédérale, prévoir des exceptions au principe de l'accès au juge dans le cadre de causes de droit public ; c'est ce qu'il a fait précisément avec l'adoption de l'art. 2 III/4 LMP (complété par l'art. 39 OMP). En revanche, on ne saurait déduire une telle exclusion de l'art. 9 LMI ; or, l'art. 86 III LTF n'autorise les législateurs cantonaux à prévoir des exceptions à la garantie de l'art. 29*a* Cst qu'en présence de causes à caractère politique prépondérant. L'adjudication d'un marché public, qui plus est en dessous des valeurs seuils internationales, n'est à l'évidence pas un acte de nature essentiellement politique. Dès lors, l'adjudication cantonale ou communale, au-dessous de telles valeurs, apparaît bien, à notre sens, comme une cause de droit public impliquant un accès auprès d'un juge, par le biais d'un recours (dans ce sens, M. Müller in : Auer/Müller/Schindler, VwVG, ad Art. 5 N 36, et Schott, Wettbewerb, p. 509 ss). Il conviendrait à tout le moins d'appliquer ce régime chaque fois que l'adjudication intervient au terme d'une procédure de soumission ordinaire (à laquelle la collectivité publique s'est soumise volontairement) ou d'une procédure sur invitation ; dans tous ces cas, en effet, l'autorité compétente est amenée à appliquer des règles de droit, que l'autorité de recours est habilitée à vérifier. On peut tout au plus réserver l'hypothèse particulière dans laquelle l'adjudication, pour un marché inférieur aux valeurs seuils prévues pour les procédures sur invitation, intervient de gré à gré (faute de disposition légale ou réglementaire applicable, on ne voit en effet pas quel serait ici le rôle de l'autorité de recours ; il en va différemment des adjudications de gré à gré dans des hypothèses où une procédure ouverte serait en principe nécessaire : voir p. ex. art. 8 RMP-VD ; le concurrent non retenu doit ici pouvoir obtenir une décision portant sur le principe même d'une adjudication exceptionnelle de gré à gré et cas échéant recourir : ATF 131 I 137, c. 2.6 et TF, arrêt du 11.03.2011, 2C_783/2010, c. 2.3, destiné à la publication ; Bovet, Procédure, p. 43 s.).

51 L'art. 15 I AIMP révisé restreint l'objet du recours à une liste exhaustive de décisions, calquée sur celle adoptée au niveau fédéral par l'art. 29 LMP. Ces différentes décisions (l'adjudication est la principale d'entre elles) entraînent l'éviction du concurrent concerné de la

procédure de passation ; elles sont alors définitives, au sens de l'art. 90 LTF. Le droit cantonal doit, dans ce cas, ouvrir la voie d'un recours immédiat à leur encontre. D'autres décisions présentent au contraire un caractère incident ; la recevabilité d'un recours n'est ici admise que de manière restrictive, le plus souvent à des conditions similaires à celles que fixe l'art. 93 LTF.

c) Les concessions (monopoles cantonaux et communaux, art. 2 VII LMI)

52 La révision de la LMI de 2005 a introduit une disposition régissant la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées (art. 2 VII LMI) ; elle prévoit que celle-ci n'a lieu qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres et qu'elle ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse (voir le commentaire de cette règle, LMI 2 VII). L'art. 2 VII LMI se rapporte à des activités qui sortent du champ d'application de la liberté économique, garantie à l'art. 27 Cst (Intro LMI N 57) ; néanmoins, il y a lieu de retenir que l'art. 9 LMI, qui a trait aux restrictions à la liberté d'accès au marché, est applicable aussi aux actes fondés sur l'art. 2 VII LMI (*infra* N 53). Il en découle qu'une décision est nécessaire (art. 9 I LMI) et il convient alors de vérifier que l'octroi d'une concession revêt bien la forme d'un tel acte (N 54).

53 L'art. 2 VII LMI concerne les actes impliquant la transmission d'un monopole cantonal ou communal à une entreprise privée ; par monopole, on désigne ici aussi bien les monopoles de droit que les monopoles de fait (il en va ainsi de la maîtrise qu'exercent les collectivités publiques sur le domaine public). On ne saurait retenir une liberté d'accès à un tel monopole, soit un droit à l'obtention d'une concession de la collectivité titulaire de ce monopole. Il n'en reste pas moins que la règle précitée figure à l'art. 2 LMI (sous la note marginale : « Liberté d'accès au marché ») ; une discrimination dans l'octroi de telles concessions, en violation de l'art. 2 VII LMI, apparaît en conséquence, au plan de la systématique de la loi, comme une restriction à la liberté d'accès au sens des art. 2 et 3 LMI. L'art. 9 LMI, qui vise précisément à assurer une protection juridictionnelle à l'encontre de telles restrictions, est donc applicable aussi aux actes fondés sur l'art. 2 VII LMI (ATF 135 II 49, c. 4.1, qui admet l'application des art. 9 I et II LMI aux concessions ; REY/WITTWER, Ausschreibungspflicht, p. 592, favorables à cette solution ; sur la procédure à suivre, voir plus généralement ESSEIVA, Concessions, p. 204 ss).

54 Lorsqu'une collectivité publique transfère à une entreprise privée le droit d'exploiter un monopole de droit (de service public, par exemple) ou de fait (concession d'usage privatif des eaux publiques), un tel acte, de nature concrète, déploie des effets juridiques. On peut cependant hésiter ici à qualifier celui-ci de décision ou de contrat de droit administratif ; la jurisprudence admet même d'ailleurs que la concession revêt un caractère mixte et comprend à la fois les éléments d'une décision et d'un contrat (ATF 130 II 18 ; certains auteurs mettent toutefois en doute le caractère contractuel de la concession et y voient exclusivement une décision : TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, p. 425). Même dans l'approche du Tribunal fédéral, l'octroi de concessions suppose ainsi le prononcé de décisions administratives au sens de l'art. 9 I LMI, celles-ci ouvrant de surcroît la voie à un recours auprès d'une autorité cantonale, conformément à l'art. 9 II LMI. Le fait que la partie décisionnelle de la concession soit en outre complétée par un volet contractuel reste à cet égard sans incidence. On pourrait en revanche se poser la question des relations entre les règles de l'art. 9 I et II LMI, d'une part, et celles de l'art. 86 II et III LTF, d'autre part. Le droit cantonal peut *a priori* conférer à l'octroi d'une concession un caractère politique prépondérant, par exemple en attribuant la compétence sur ce point au pou-

voir législatif (ainsi, pour l'octroi de concessions hydroélectriques : ATF 136 II 436 où l'exception de l'art. 86 III LTF n'a toutefois pas été admise, malgré la compétence du Parlement cantonal) ; il reste que l'art. 86 III LTF, dans la mesure où il constitue une entorse à la garantie d'accès auprès d'un juge de l'art 29*a* Cst, doit recevoir, selon l'arrêt cité, une application extrêmement restrictive. En définitive, le régime de l'art. 86 III LTF ne devrait donc guère l'emporter dans une telle configuration sur celui de l'art. 9 II LMI (sur l'application des art. 29*a* Cst et 6 CEDH aux concessions, voir KUNZ, Konzessionen, p. 302 s. et 310 ss).

d) L'engagement des agents publics

55 La thématique de l'engagement de fonctionnaires est rattachée d'ordinaire à la libre circulation des personnes et ne constitue pas une transposition du principe « Cassis de Dijon ». L'application ici de la LMI n'est donc pas évidente. Toutefois, elle est aussi comparable par certains aspects aux marchés publics et plus encore aux concessions (l'activité exercée par l'agent est de nature publique ; de surcroît l'engagement intervient après une mise au concours). Par ailleurs et surtout, elle implique fréquemment la reconnaissance – ou non – de titres, comme pour l'exercice d'autres activités lucratives (l'art. 4 LMI paraît donc applicable ; dans ce sens ATF 136 II 470, c. 5).

56 La personne qui offre ou fournit des prestations salariées au sein du secteur public bénéficie ainsi également de la protection de la LMI (LMI-1 N 120 ss). Tel est à tout le moins le cas de toutes les activités qui n'impliquent pas l'exercice de la puissance publique (soit « toute activité non régalienne » ou *« nicht hoheitlich »*, pour reprendre les termes de l'art. 1 III LMI ; voir également Mess-rév.LMI, p. 439 s. et la n. 10 ; sur cette notion, voir ATF 129 I 207, c. 4, lequel cite d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes) ; concrètement cela vise notamment les activités d'enseignement (qui sont également pratiquées dans le secteur privé), alors que les policiers, les juges, les agents du fisc ou les diplomates en sont exclus (cf. ZWALD, BGBM, p. 418, N 29, n. 32-33).

57 Dans la mesure où les activités accomplies au service des collectivités publiques sont soumises, sauf exception, à la LMI, il convient d'en dégager les conséquences au regard de l'art. 9 LMI. Des discriminations peuvent en effet survenir lors de l'engagement des agents publics et, plus généralement, à l'occasion d'actes portant sur leurs conditions de rémunération, leur avancement ou encore leur régime de retraite. Dès lors, il découle de l'art. 9 I LMI que l'autorité d'engagement (ou l'autorité compétente) doit rendre à ce sujet une décision administrative, sujette à recours ; tel devrait être le cas à tout le moins sur demande de l'intéressé. Cette exigence peut toutefois soulever des difficultés lorsque l'engagement des agents publics s'inscrit dans un cadre contractuel ; le prononcé de décisions n'y est en effet pas d'emblée naturel (voir cependant art. 34 LF du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1, qui prévoit cette formule ; il est possible que certains cantons, appliquant eux aussi un régime contractuel, aient prévu des mécanismes similaires, mais ce n'est pas le cas de tous). Quoi qu'il en soit, la question se pose avec acuité dans le contexte de l'engagement d'un agent public, alors que l'autorité compétente a reçu plusieurs postulations ; conformément à l'art. 9 I et II LMI, le candidat évincé (tout au moins celui provenant d'un autre canton, faisant valoir une discrimination de ce chef) devrait pouvoir obtenir une décision sur l'issue d'une telle procédure (cela lui ouvrirait la voie à la protection juridictionnelle, pour autant que, par ailleurs, sa légitimation à recourir soit reconnue ; sur ce point, délicat, *infra* N 85 ; de manière plus générale,

cf. ATAF 2010/53, c. 6 s., qui retient que le candidat écarté doit pouvoir obtenir une décision de non-nomination susceptible de recours).

2. Règles applicables à la procédure non contentieuse

58 La LMI se présente comme une loi-cadre, dont les dispositions sont très générales. Elle va donc s'appliquer à des domaines relevant de législations spéciales ; ces dernières peuvent réglementer l'exercice de diverses professions, le domaine particulier des marchés publics ou encore fixer le régime de concessions de service public ou d'usage privatif du domaine public, voire arrêter les règles applicables aux agents publics. Ces différentes législations comportent généralement des dispositions de droit matériel, mais souvent aussi des règles relatives à la procédure non contentieuse. De surcroît, la Confédération et, suivant ce modèle, les cantons ont adopté également une loi générale de procédure administrative. La LMI elle-même comporte diverses règles portant sur la procédure non contentieuse (art. 3 IV, procédure simple, rapide et gratuite ; LMI 3 N 57 ss ; art. 4 III et III^{bis}, reconnaissance des certificats de capacité ; LMI 4 N 31 ss) ; on renvoie ici au commentaire de ces dispositions. En définitive, il convient de prendre en considération l'ensemble de ces différentes règles pour donner une image fidèle de la procédure non contentieuse appliquée aux actes arrêtant des restrictions à la liberté d'accès au marché. On mettra ci-après l'accent sur quelques étapes clés de cette procédure, d'abord pour le régime ordinaire, puis pour le domaine spécifique des marchés publics.

59 Le principe de non-discrimination qui sous-tend toute la LMI implique également un droit de **non-discrimination procédurale**. Le Tribunal fédéral a admis que l'art. 60 aCst consacrait, dans les rapports intercantonaux, un droit de non-discrimination procédurale analogue à celui existant entre les Etats membres de l'Union européenne par l'effet du droit communautaire (ATF 122 I 109, c. 3e ; JACOT-GUILLARMOD, Juge, p. 227 ss, 468, 500 et 503 ; CJCE, arrêt *Data Delecta et Forsberg*, aff. C-43/95, Rec. 1996 p. I-4661 ; CJCE, arrêt *Hayes*, aff. C-323/95, Rec. 1997, p. I-1711 *[cautio judicatum solvi]*; CJCE, arrêt *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, Rec. 1998, p. I-7637, pts 13-31 [langue de la procédure]). Cette disposition constitutionnelle conférait au justiciable d'un canton qui agissait en justice dans un autre canton le droit d'être traité de manière non discriminatoire « pour tout ce qui concerne les voies juridiques ». Ainsi, une autorité de recours cantonale ne saurait refuser d'envoyer par voie postale le dossier d'une affaire à l'avocat du recourant dont l'étude est établie dans un autre canton, lorsque cette facilité est accordée aux avocats établis dans le canton lui-même. De plus, une telle restriction constituait une atteinte disproportionnée à l'égalité de traitement garantie par l'art. 4 aCst (ATF 122 I 109, c. 3d et e). Sous l'empire de la nouvelle Constitution, une discrimination fondée sur le domicile relève de la prohibition générale de l'inégalité de traitement (art. 8, 27 II et 95 II Cst). Le champ de l'art. 37 II Cst, qui succède à l'art. 60 aCst, concerne uniquement les cas d'inégalité de traitement fondée sur le droit de cité (art. 45 II du projet de Constitution fédérale, FF 1997 I 597 ; Mess-Cst, p. 225 ; GRISEL, Art. 60 aCst, N 7). En conséquence, les personnes domiciliées ou établies en Suisse et qui se plaignent d'une violation de la LMI ne sauraient être discriminées dans une procédure fondée sur cette loi ou lors d'un recours basé sur l'art. 9 LMI (sur les conséquences de ce principe en matière de marchés publics, BEYELER, Ziele, p. 73 et 76 ss ; les remarques de cet auteur paraissent pouvoir être transposées dans tous les cas où une procédure de concours ou d'appel d'offres est lancée, ainsi à l'art. 2 VII LMI).

a) Le régime ordinaire

60 La **notification des décisions** obéit à diverses exigences, communes dans les grandes lignes à la PA et aux lois cantonales de procédure. Ainsi, la décision doit être désignée comme telle, porter le nom de l'autorité qui en est l'auteur et celui du destinataire, être motivée et munie d'un dispositif, porter la mention de la voie de droit, être datée et signée ainsi qu'être notifiée (art. 5 et 35 PA ; JAAC 1995/59 n° 102, c. 5.2.3 ; cf. aussi ATF 125 II 369, c. 2 ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 348-369 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 344 ss). Le refus de l'autorité de rendre une décision ne peut être considéré comme une décision négative attaquable (JAAC 1995/59 n° 102, c. 5.2.3), mais il peut faire l'objet d'un recours pour déni de justice formel (ATF 117 Ia 116, c. 3a, sur la base de l'art. 4 aCst ; GADOLA, Beschaffungswesen, p. 976). La règle est celle de la notification individuelle.

61 L'autorité a l'obligation de **motiver** sa décision de manière que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision prise à leur égard et se déterminer en toute connaissance de cause sur l'opportunité d'un recours. Le droit d'obtenir une décision motivée est déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 II Cst (art. 4 aCst), dans les limites dégagées par la jurisprudence (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel, N 1333 ss ; GRISEL, Droit administratif I, p. 387 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 348-351 ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 354-359 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1705 ss ; JAAC 1995/59 n° 89, c. 2). Pour que l'exigence de motivation soit respectée, une indication succincte des motifs qui fondent la décision peut s'avérer suffisante. L'étendue de la motivation dépend des circonstances propres à chaque affaire, notamment de leur nature et de leur complexité, ainsi que de la liberté d'appréciation dont l'autorité bénéficie. Les exigences relatives à la motivation sont d'autant plus rigoureuses que la liberté d'appréciation de l'autorité est plus large et que les éléments de fait sur lesquels doit s'exercer ce pouvoir sont plus nombreux ou plus complexes ou lorsqu'il en va notamment de l'existence économique du recourant (ATF 112 Ia 107, c. 2b ; 129 I 232, c. 3.2 s.). Cette obligation a d'ailleurs aussi pour but d'assurer un contrôle efficace de la décision de l'autorité inférieure par l'autorité de recours ; la motivation doit donc permettre à cette dernière de vérifier comment ce pouvoir d'appréciation a été exercé. A défaut, le contrôle des organes de recours serait éludé (GRISEL, Droit administratif I, p. 333). La motivation ne doit pas nécessairement être contenue dans la décision elle-même ; elle peut notamment résulter d'une communication écrite séparée (ATF 113 II 204, c. 2 ; ATF 124 II 146, c. 2). L'autorité qui prend une décision sur la base d'un pouvoir d'examen différent de celui que la loi lui impose contrevient au droit d'être entendu (ATF 115 Ia 5, c. 2b). Enfin, on peut remédier à une motivation insuffisante dans la mesure où l'instance de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, donne connaissance au recourant des motifs déterminants et l'entend à ce sujet (JAAC 1993/57 n° 5, c. 1.2).

62 L'administré dispose d'un **droit d'accès au dossier**, lequel constitue un aspect crucial du droit d'être entendu (art. 26-28 PA ; KNAPP, Droit administratif, N 669-676 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 326-330 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1689 ss ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung N 678, 295-311 ; BOVAY, Procédure, p. 226-233). Il peut consulter toutes les pièces qui concernent des faits pertinents et servent de moyens de preuve (ATF 115 V 297 ; ATF 119 Ib 12, c. 6b ; ATF 121 I 225, c. 2a). Si nécessaire, il peut obtenir une copie de certaines pièces (ATF 117 Ia 424, c. 2b ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 327). Le droit de consulter le dossier ne s'applique pas aux documents internes établis par les membres de l'administration à l'intention de collègues, lorsque les-

dits documents ne sont pas destinés à motiver une décision (ATF 113 Ia 286, c. 2d ; ATF 132 II 485, c. 3). Le droit d'accès au dossier peut être restreint, après pesée des intérêts, lorsque l'intérêt public ou les intérêts commerciaux importants de concurrents (protection du secret des affaires) s'y opposent (art. 27 et 28 PA ; ATF 100 Ia 97, c. 5a-e ; ATF 129 IV 141, c. 3 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 328 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel, N 1343). L'autorité, puis le juge, dans le cadre de la procédure de recours (à laquelle les mêmes principes sont applicables), doivent effectuer une pondération, dans le cas d'espèce, entre un intérêt concret à maintenir secret un document et l'intérêt à la consultation du dossier. Si l'autorité entend prendre en considération une pièce déterminée pour fonder sa décision, elle doit à tout le moins en communiquer le contenu essentiel à l'intéressé, oralement ou par écrit, et lui fournir l'occasion de s'exprimer à ce sujet (ATF 115 V 297, c. 2d ; ATF 125 II 417, c. 5).

b) Les règles applicables en matière de marchés publics

63 La règle est là aussi celle de la **notification** individuelle. Toutefois, lorsque l'affaire met en cause un grand nombre ou un cercle indéterminé de personnes intéressées, comme cela peut être le cas en matière de marchés publics, l'autorité peut notifier sa décision par publication officielle (art. 34 I et art. 36/c PA ; KNAPP, Droit administratif, N 699-706 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 174 ; pour comp. en matière de marchés publics, art. 23 I et art. 24 LMP, art. 13/h AIMP et art. 37 I Directives AIMP ; voir au surplus les législations cantonales qui ne prévoient parfois que la voie de la publication ; CLERC, Marchés, p. 505 s. et 511). En cas d'**adjudication d'un marché public** de gré à gré, la notification par publication est le seul moyen de porter la décision à la connaissance de tiers susceptibles de la contester (art. XVIII § 1 et art. XV AMP ; il en va de même de l'appel d'offres). Il est douteux que les coûts administratifs liés à l'envoi d'une décision individuelle aux différents soumissionnaires évincés puissent justifier la notification par publication officielle ; quoi qu'il en soit, les moyens informatiques réduisent désormais considérablement le temps consacré à des envois en nombre, de sorte que l'autorité devrait notifier directement sa décision à chaque destinataire (cas échéant par voie électronique ; voir par exemple art. 34 I^{bis} PA). De plus, l'exigence de confidentialité peut imposer à l'autorité la notification individuelle (CLERC, Marchés, p. 508).

64 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (ATF 125 II 86, c. 6), de sorte que la motivation devrait être détaillée (ATF 117 IV 402, c. 4b). Cependant, les règles spéciales applicables en matière d'adjudication de marché prévoient que l'autorité peut, dans un premier temps, procéder à une notification individuelle, voire par publication, accompagnée d'une **motivation** sommaire ; sur requête d'un soumissionnaire évincé, l'autorité doit fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de l'offre ainsi qu'aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. XVIII § 2 AMP ; art. 23 LMP ; art. 13/h AIMP et art. 37 II et III Directives AIMP ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 377 ss ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 147 s. ; CLERC, Marchés, p. 506-512). L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu ; de surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (sur les solutions cantonales, GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 378 ss). On notera encore que la notification d'une adjudication, ac-

compagnée d'une motivation sommaire, suffit à faire courir le délai de recours ; le soumissionnaire évincé peut donc se trouver dans la situation inconfortable de devoir former un pourvoi, alors que son information est encore très largement incomplète (BEYELER, Ziele, p. 91 ss). Chaque candidat et chaque offre doivent par ailleurs être évalués individuellement au regard des critères d'aptitude et d'adjudication publiés pour le marché en cause (décision de la Commission fédérale de recours du 09.12.1999, JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/aa ; TA AG 18.06.1998, ZBl 2000, p. 129, c. 2c/bb). La méthode du tirage au sort doit être exclue, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où il s'avérerait impossible de départager deux ou plusieurs candidats d'aptitude égale. En effet, l'autorité qui procède à un tirage au sort au lieu d'utiliser son pouvoir d'appréciation commet un excès de pouvoir négatif *(« Ermessensunterschreitung »)* et agit arbitrairement (JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/dd ; ATF 96 I 550 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 16.2 ; *contra* TA AG 15.03.1999, c. 5b). Le pouvoir adjudicateur doit, de plus, assurer la traçabilité *(« Nachvollziebarkeit »)* de ses décisions, de manière que l'autorité de recours puisse en vérifier la régularité (JAAC 2000/64 n° 63, c. 4d/aa ; JAAC 2000/64 n° 30, RDAF 2000, p. 181, c. 4c et 5a).

65 Le droit d'être entendu, on l'a vu, comprend dans la règle celui de **consulter le dossier**. Toutefois, la législation sur les marchés publics comporte à cet égard des règles spéciales, dans le but de préserver la concurrence dans la procédure de passation et de protéger les secrets d'affaires ; elle pose ainsi le principe de la confidentialité des offres (art. 8 I/d LMP, 11/g AIMP) et limite largement l'exercice du droit de consulter le dossier durant la procédure non contentieuse (art. 26 II LMP). Le soumissionnaire peut notamment prendre part à la séance (publique) d'ouverture des offres, si elle a lieu (ce que les textes n'imposent plus : art. 26 Directives AIMP), et consulter le procès-verbal d'ouverture des offres (art. 26 IV Directives AIMP ; ce droit n'existe pas en droit fédéral ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 169 ss ; cf. également DC 2011/1, p. 100, TA NE et note critique ZUFFEREY). La question se pose en revanche différemment en procédure contentieuse (*infra*, N 78).

B. Autorité de recours

66 Chaque **canton** doit désigner une **autorité juridictionnelle** pour statuer sur les recours portant sur des décisions cantonales ou communales restreignant l'accès au marché **(art. 9 II LMI)** ; la mise en place d'une autorité juridictionnelle intercantonale permet aussi de satisfaire cette exigence (ATF 136 II 470, c. 1, qui n'évoque cependant pas l'art. 9 II LMI). Cette disposition concrétise la garantie d'accès à la justice, tout en évitant une surcharge du Tribunal fédéral et en assurant un examen de l'état de fait litigieux conforme aux exigences de l'art. 6 § 1 CEDH (WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 174 ; CLERC, Marchés, p. 475 ; WAGNER, BGBM, N 95 ; *supra* N 13). La terminologie utilisée par l'art. 9 II LMI, qui parle d'une « autorité indépendante de l'administration » *(« verwaltungsunabhängige Behörde » ; « un'autorità indipendente dall'amministrazione »)*, est imprécise. Le législateur a néanmoins voulu la désignation d'une autorité juridictionnelle *(« richterliche Behörde » ; « autorità giudiziarie »)* au sens de l'art. 6 § 1 CEDH ou de l'art. 98*a* aOJ (intervention de U. ZIMMERLI in : BO CE 1995 936-938 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 174). Il peut s'agir d'un tribunal ou d'une commission de recours indépendante et impartiale offrant toutes les garanties procédurales découlant de l'art. 6 § 1 CEDH (Mess-OJ, p. 517 s. ; CLERC, Marchés, p. 254-259). Le fait que les membres d'une commission de recours soient désignés par le pouvoir exécutif n'est, en soi, pas de nature

à mettre en cause son indépendance (ATF 119 V 375, c. 4a) ; en revanche, la désignation du Conseil d'Etat, organe exécutif, comme autorité de recours n'est pas suffisant pour respecter les exigences liées à l'art. 6 CEDH (ATF 117 Ia 378, c. 5c).

67 Les exigences de l'art. 9 II LMI relatives à l'autorité de recours sont les mêmes, en ce qui concerne la protection juridictionnelle en matière de **marchés publics**, que celles découlant de l'art. XX § 6 AMP, de l'art. 15 I AIMP et du ch. 1 de l'annexe V à l'accord bilatéral sectoriel conclu entre la Suisse et l'UE en matière de marchés publics (CLERC, Marchés, p. 254-262, 346 et 515 s. ; LANG, Binnenmarkt, p. 39). Elles sont également similaires à celles posées par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et par les directives-recours communautaires quant à la notion d'autorité juridictionnelle (CLERC, Marchés, p. 157-166). Le Conseil d'Etat, organe exécutif cantonal, ne remplit pas les conditions de l'art. 9 II LMI (ATF 125 I 406, c. 3).

68 Les exigences qui découlent de l'art. 9 II LMI coïncident désormais dans une large mesure avec celles qui résultent conjointement des art. 29*a*, 191*b* Cst et 86 II LTF ; ces dernières règles prévoient en effet un droit d'accès au juge, en particulier dans les contestations de droit public, et celui-ci est fourni le plus souvent par le biais d'un recours auprès d'un tribunal. Pour satisfaire aux conditions précitées, il suffit que l'autorité judiciaire statue en dernière instance cantonale (l'art. 86 II LTF exige d'ailleurs, sous réserve de très rares exceptions, que le jugement émane du tribunal supérieur du canton ; mais il n'impose pas la mise en place d'une double instance judiciaire). L'art. 9 II LMI a ainsi perdu dans une large mesure son importance (OESCH/ZWALD, ad Art. 9 BGBM, N 4; ZWALD, BGBM, p. 454, N 177). Cette dernière règle prévoit par ailleurs une voie de recours au moins auprès d'une autorité judiciaire. Elle n'exclut donc pas la mise en place d'instances inférieures, judiciaires ou non (même si cela n'est pas souhaitable dans le domaine des marchés publics, compte tenu des exigences de rapidité de la procédure ; néanmoins, certains cantons, dont Berne et Fribourg, ont prévu une première voie de recours auprès du préfet à l'encontre des adjudications des communes).

69 Dans la plupart des cantons, les règles d'organisation judiciaire désignent le **tribunal administratif** ou une cour de droit public du tribunal cantonal – soit une juridiction dotée d'une compétence générale – comme autorité de recours au titre de l'art. 9 LMI (ATF 125 I 406, c. 3). Ce choix est justifié dans la mesure où les griefs soulevés dans un recours pourraient, souvent, concerner à la fois une violation de la LMI et celle d'autres dispositions légales de droit administratif fédéral, intercantonal ou cantonal. Il se justifie que l'ensemble des griefs relatifs à une même affaire soient soumis à un seul et même juge.

70 Lorsque la décision restreignant l'accès au marché est prise par un **organe de la Confédération**, l'autorité de recours est alors le **Tribunal administratif fédéral** (art. 31 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral ; LTAF, RS 173.32). Cette hypothèse, on l'a dit (*supra* N 45), devrait rester rare.

C. Délai de recours, effet suspensif et consultation du dossier

1. En général

71 Dans la règle, la voie de recours de l'art. 9 II LMI devrait être soumise aux dispositions ordinaires des codes de procédure administrative cantonaux. Le **délai de recours** est généralement de trente jours (de même dans le cas très particulier où la décision émane d'une autorité fédérale, art. 50 PA). Il commence à courir dès la notification de la décision,

qui doit être motivée (KNAPP, Droit administratif, N 1914-1923ter; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 809 ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung N 600 ; CLERC, Marchés, p. 521 s.). En outre, il découle généralement des règles de la procédure administrative cantonale que le recours a un **effet suspensif** automatique (KNAPP, Droit administratif, N 2075 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 813 ss ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung N 647 ; pour le droit fédéral, art. 55 I PA). Mais cela n'a de sens qu'en présence d'une décision formatrice (ainsi celle qui admet l'accès au marché, mais qui est contestée par un tiers), alors qu'une décision négative, qui ne peut faire l'objet d'une exécution, ne peut être suspendue dans ses effets ; or, le refus d'accès au marché, de même que l'admission d'un accès soumis à des restrictions (contestées) ou le refus d'une reconnaissance d'un certificat de capacité constituent des décisions négatives. La question de l'octroi de mesures provisionnelles pourrait alors se poser, mais la pratique est restrictive à cet égard. Quant à la **consultation du dossier**, elle obéit aux mêmes principes que dans le cadre de la procédure non contentieuse (*supra* N 62).

72 Lorsque l'autorité de recours est amenée à statuer sur l'**effet suspensif** (par exemple suivant des mécanismes analogues à ceux de l'art. 55 II et III PA), les **conditions** de son octroi sont similaires en droit fédéral et dans les codes de procédure cantonaux. Selon la doctrine et la jurisprudence relatives à l'art. 55 PA, il convient de prendre en compte l'apparence de bien-fondé du recours, le risque d'un dommage irréparable ainsi que la pondération des différents intérêts en jeu. Cette pondération des intérêts doit permettre de vérifier si les raisons qui parlent en faveur d'une exécution immédiate de la décision l'emportent sur celles commandant un maintien en l'état de la situation antérieure à la décision, jusqu'à droit connu. Il faut prendre en compte les intérêts des recourants, l'intérêt public invoqué par l'autorité auteur de la décision, d'autres intérêts publics éventuels ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés. Eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier (ATF 117 V 191, c. 2b ; ATF 110 V 45, c. 5b ; ATF 106 Ib 116, c. 2a ; ATF 105 V 268, c. 2 ; ATF 99 Ib 220, c. 5 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Bundesverwaltungsgericht, N 3.19 s. ; CLERC, Marchés, p. 542-547 ; HÄNER, Vorsorgliche, p. 322-351 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 814 s. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1802 s. ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 647-652 ; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Verfahrensrecht, p. 138-141 ; STEINMANN, Rechtsschutz, p. 149 s. ; BOVAY, Procédure, p. 405-408). L'examen de l'apparence du bien-fondé du recours a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès. Il faut que le résultat ne fasse aucun doute *(« eindeutig »)*. Inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire. Lorsque le recours ne semble à première vue ni manifestement mal fondé, ni manifestement bien fondé, il convient de constater et de pondérer le risque de préjudice (HÄNER, Vorsorgliche, p. 323-332 ; KNAPP, Droit administratif, N 2079 ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 650 ; GADOLA, Beschaffungswesen, p. 972 ; ATF 110 V 40, c. 5b).

2. En matière de marchés publics

73 Avec l'extension du champ d'application de l'AIMP révisé, les cantons ont généralement choisi de mettre en œuvre simultanément et dans un texte unique les exigences découlant des art. 15 ss de cet accord et de l'art. 9 II LMI. Assez logiquement, les lois cantonales ont donc repris le **délai** de recours de **dix jours** découlant de l'art. 15 II AIMP (et exclu les

féries, art. 15 II[bis] AIMP) pour l'ensemble des contestations relatives à des décisions rendues en matière de marchés publics.

Elles ont également suivi le modèle de l'AIMP s'agissant de la réglementation de **l'effet suspensif**. Dans ce domaine, il convient d'éviter que le dépôt d'un recours ne soit utilisé comme un moyen de pression par les soumissionnaires évincés et d'effectuer de cas en cas une balance des intérêts (en suivant donc les principes généraux évoqués *supra*, N 59 ; pour les particularités de cette démarche en matière de marchés publics, *infra* N 63). La règle spéciale de l'art. 17 I et II AIMP prévoit ainsi que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique, mais que celui-ci peut être accordé d'office ou sur requête. Le pouvoir adjudicateur doit en outre attendre l'expiration du délai de recours de 10 jours, étendu selon les règles de la bonne foi de quelques jours supplémentaires afin de savoir si l'autorité de recours compétente a enregistré un recours, avant de conclure le contrat (clause de *standstill*). Si un recours a été déposé, le contrat ne peut être conclu que si l'effet suspensif est refusé ou si, en cas d'octroi de l'effet suspensif, le recours au fond est rejeté (art. 14 I AIMP ; CLERC, Marchés, p. 522-524 et 551-555 ; note BOVET, DC 2000/2, p. 51). **74**

L'octroi de l'effet suspensif joue un rôle central dans le recours contre l'**adjudication d'un marché public** (dans ce sens ZUFFEREY, Combat, p. 692 s.) ; on en veut d'ailleurs pour preuve que, à la suite de l'affaire *AlpTransit* (qui avait trait à l'adjudication de travaux pour le nouveau tunnel du Gothard), le débat politique s'est même emparé du problème (sur l'affaire précitée, STÖCKLI, p. 40 ss ; sur l'avant-projet de révision de LMP, qui comportait une harmonisation du droit fédéral et du droit cantonal, aujourd'hui abandonné, voir DUBEY, Effet suspensif, p. 402). Il convient tout d'abord de replacer cette question dans son contexte, car diverses règles sont ici en cause. La conclusion du contrat constitue le mode d'exécution de l'adjudication ; or, l'exercice des droits que confère une décision administrative peut intervenir, dans la règle, dès sa notification, soit avant même le dépôt d'un recours. Il y a donc là une première phase « critique » durant laquelle le contrat pourrait être signé. Dans un second temps, une fois le recours déposé, se pose la question de l'octroi par l'autorité de recours de l'effet suspensif ; ce n'est que si celui-ci est accordé, sur la base d'un examen au cas par cas, que le pouvoir adjudicateur se voit interdire la conclusion du contrat (sur ces deux phases successives, ZUFFEREY, Combat, p. 693 ss ; l'auteur en évoque une troisième, qui a trait à la procédure au Tribunal fédéral). Pour apprécier de manière complète les intérêts qui sont en jeu à ce moment de la procédure, il faut rappeler encore quelques éléments des réglementations spéciales sur les marchés publics. Elles prévoient en effet que, lorsque la décision d'adjudication est immédiatement exécutée par la conclusion du contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, la seule réparation que peut obtenir le recourant consiste dans la constatation de l'illicéité de la décision (à l'exclusion de toute annulation, cf. art. 9 III LMI ; art. 32 II LMP et art. 18 II AIMP ; voir *infra* N 91-93) et dans le versement de dommages-intérêts dont le montant est (souvent) plafonné aux seuls frais d'élaboration de l'offre et de recours (telle est la solution du droit fédéral : art. 34 II LMP ; vu la teneur de l'art. 34 II Directives AIMP, de nombreux cantons l'ont reprise ; art. XX § 7/c AMP ; voir *infra* N 97-99). Une première approche retient que l'absence de conclusion du contrat est seule à même de respecter la garantie de protection juridictionnelle effective de l'art. XX § 2 AMP, qui devrait prévaloir aussi pour les marchés internes (elle comporte la faculté de requérir des mesures provisoires permettant la sauvegarde des possibilités commerciales du recourant : art. XX § 7/a AMP ; JAAC 1998/62 n° 32 I, c. 2b et c ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, N 546 ; MICHEL, Construction, N 2024 ; CLERC, Marchés, p. 542, 547-549 **75**

et 574-582 ; CLERC, Contrat, p. 804-812 ; pour une analyse fouillée de la jurisprudence de l'ancienne Commission fédérale de recours, attachée à cette approche, BEYELER, Ziele, p. 94 ss). Une seconde lecture du régime légal voit plutôt dans la possibilité d'obtenir, par le biais d'un recours, la constatation du caractère illicite de l'adjudication une facilité procédurale ; il en découlerait une situation équilibrée entre les parties, même si l'effet suspensif est refusé et le contrat signé (telle paraît être la direction prise par la jurisprudence du Tribunal fédéral : DUBEY, Pratique, p. 402 ; BEYELER, Ziele, p. 115 ss, met d'ailleurs en doute l'idée que seul l'octroi de l'effet suspensif soit propre à fournir une protection juridique effective aux concurrents évincés, au sens de l'AMP).

76 Au **niveau cantonal**, l'art. 14 I AIMP résout le problème lié à la **première phase « critique »** par une clause de *standstill*, qui interdit que le contrat soit conclu avant l'échéance du délai de recours contre la décision d'adjudication (sur la mise en œuvre de cette règle, voir GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 415 ss). Dans la seconde phase, le contrat ne peut être conclu que si aucun recours n'a été déposé dans le délai, ou si, en cas de recours, l'autorité n'a pas accordé l'effet suspensif. Au **niveau fédéral**, le texte de l'art. 22 I LMP paraissait autoriser la conclusion du contrat immédiatement après l'adjudication. En se basant sur une interprétation conforme au droit international (AMP) et sur le principe de la bonne foi, la Commission fédérale de recours a cependant retenu une solution similaire à celle qui découle de l'AIMP. Est uniquement réservée l'hypothèse où la conclusion du contrat et l'exécution du marché devraient impérativement avoir lieu avant l'échéance du délai de recours, en raison d'une urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public prépondérant, et pour autant que l'urgence n'ait pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même (JAAC 1997/61 n° 24, c. 2 ; JAAC 1998/62 n° 32 I, c. 2, RDAF 1998 I 140 ; JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 1998/62 n° 79, c. 2 ; JAAC 1999/63 n° 42, c. 1b ; JAAC 1999/63 n° 61 ; BEYELER, Ziele, p. 97 ss et 117 ss, qui approuve cette solution ; critiques de TRÜEB, ad Art. 22 BöB, N 3 et de GAUCH in : DC 1997/4, p. 121 s. ad n° 301 et 302 ; DC 1998/2, p. 51 ad n° 173 ; au sujet du sort du contrat conclu prématurément, voir *infra* N 92 et 94-96). Au **niveau européen**, une directive récente vient d'introduire un régime similaire à la clause de *standstill* de l'AIMP (Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335 du 20.12.2007, p. 31-46) ; son article 2bis interdit en effet la conclusion du contrat durant un (bref) délai suivant la notification de la décision d'adjudication aux soumissionnaires concernés (elle parle ici de délai de suspension). Auparavant déjà, la CJCE avait rendu en 1999 un arrêt de principe *Alcatel*, qui allait dans le même sens. Cette affaire mettait en cause la loi autrichienne qui, à l'instar du droit allemand, ne reconnaissait pas le caractère de décision à l'adjudication, celle-ci ne constituant qu'une manifestation interne de volonté en vue de la conclusion du contrat avec l'adjudicataire. De plus, après la conclusion du contrat, le droit autrichien ne permettait plus d'attaquer l'adjudication, mais limitait la protection juridictionnelle à l'octroi de dommages-intérêts. L'arrêt de la Cour de justice faisait ainsi obligation aux Etats membres de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant aux soumissionnaires évincés d'obtenir l'annulation de la décision d'adjudication, indépendamment de la possibilité d'allouer des dommages-intérêts lorsque le contrat est conclu. L'arrêt retenait déjà que la teneur antérieure de la directive-recours (Directive 89/665, référence *supra* N 19) n'autorisait pas un Etat membre à éluder systématiquement (par la conclusion du contrat), les dispositions garantissant la possibilité d'annuler une décision d'adjudication (CJCE,

arrêt *Alcatel Austria AG e.a. c/Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, aff. C-81/98, Rec. 1999, p. I-7671, pts 29-43 ; commentaires : MARTIN-EHLERS, Unterscheidung, p. 101-105 ; JAEGER, Reformbedarf, p. 124-126 ; KUS, Auswirkungen, p. 544-548 ; HÖFLER/BERT, Vergabeverordnung, p. 3312-3315 ; voir aussi EGGER, Vergaberecht, N 1530 ss et PRIESS, Vergaberecht, p. 272 s. ; CARRON/FOURNIER, Protection, p. 79 ss). Suite à cette affaire, l'Allemagne notamment a modifié sa législation en y introduisant un délai de *standstill* de 14 jours, afin de permettre un recours en annulation contre l'attribution du marché, et en prévoyant expressément la nullité *(« Nichtigkeit »)* du contrat conclu en violation du délai de *standstill* (§ 13 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge [Vergabeverordnung – VgV], BGBl 2001 I, p. 110 ss).

77 Dans la **seconde phase**, le juge doit surtout, avant de statuer sur l'effet suspensif, procéder à une **balance d'intérêts**; là aussi, les deux approches évoquées plus haut (*supra* N 62) retiennent des grilles d'analyse très divergentes (DUBEY, Pratique judiciaire, p. 401 ss ; voir, pour un examen de droit comparé, CARRON/FOURNIER, Protection, p. 89 ss). Selon la première (qui était celle de l'ancienne Commission fédérale de recours, analysée en détail par BEYELER, Ziele, p. 107 ss), l'autorité judiciaire ne saurait, notamment, accorder un poids systématiquement prépondérant à l'intérêt invoqué par le pouvoir adjudicateur à la passation ininterrompue du marché, ni exiger du recourant que celui-ci invoque des raisons particulièrement prépondérantes pour accorder l'effet suspensif (JAAC 1997/61 n° 77, c. 3 ; JAAC 1998/62 n° 32 I, c. 3b ; CLERC, Marchés, p. 545). Au contraire, le Tribunal fédéral paraît, quant à lui, donner d'emblée plus de poids à l'intérêt de l'adjudicateur et le Tribunal administratif fédéral semble désormais lui emboîter le pas (ATAF 2008/7, 3.3 s. ; ATAF 2007/33, c. 2.3.2, qui s'écarte de la pratique antérieure ; TRÜEB, ad Art. 28 BöB, N 4 ; DUBEY, Pratique judiciaire, p. 402 s. – où il cite des décisions du TF, dont aucune n'est publiée – et 406 s. ; BOVAY, Recours, p. 328 s. ; et les deux approches divergent sur d'autres points encore ; voir en outre les propositions de BEYELER, Ziele, p. 131 ss, au sujet de la balance d'intérêts). Il faudrait procéder à la même analyse pour cerner la pratique des autorités judiciaires cantonales ; l'exercice est toutefois rendu presque impossible par l'absence de publication de jugements sur ce point. On peut tout au plus se référer ici à des études qui résument ces jurisprudences (GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 420 s. ; WOLF, Rechtsmittelordnung, p. 17 ss; LANG, Praxis, p. 478 s. ; POLTIER, Marchés publics, p. 323; et il faut prendre garde encore au fait que ces études fournissent une photographie de la pratique à un moment donné, celle-ci pouvant rapidement évoluer). A notre sens, il est adéquat de distinguer : devant l'instance judiciaire cantonale ou le Tribunal administratif fédéral, il convient de retenir la première approche, qui fournit une protection juridique effective. Il n'y a en revanche guère d'objections à ce que le Tribunal fédéral, qui n'intervient qu'en dernière instance, applique la seconde approche (*infra*, N 147).

78 Le droit d'être entendu (art. 29 Cst) comprend dans la règle celui de **consulter le dossier** (*supra*, N 51) ; on a toutefois relevé plus haut (*supra*, N 53) que ce dernier droit est fortement limité par des règles spéciales du droit de marchés publics en procédure non contentieuse, mais il en va différemment devant l'autorité de recours. L'étendue de ce droit ne saurait toutefois être admise sans aucune restriction, même en procédure contentieuse, dès lors que le dossier renferme – le plus souvent – des éléments qui relèvent de secrets d'affaire. Certains cas ne soulèvent à vrai dire pas de difficulté ; ainsi, le soumissionnaire recourant qui conteste des prescriptions techniques discriminatoires imposées par le pouvoir adjudicateur ne saurait justifier devoir consulter les offres déposées par ses concurrents. Le soumissionnaire peut cependant contester l'aptitude de l'adjudicataire ou le caractère plus avantageux de l'offre retenue (CLERC, Marchés, p. 510 s.), invoquer une

violation de l'égalité de traitement ou faire valoir que les avantages déterminants de l'offre retenue sont à la base de la contestation. Il a alors en particulier intérêt à consulter, dans la mesure nécessaire, l'offre déposée par l'adjudicataire, le tableau comparatif des offres dressé par le pouvoir adjudicateur ou les éventuels avis d'experts mandatés par le pouvoir adjudicateur. La question la plus délicate a précisément trait à la consultation de l'offre de l'adjudicataire dans de tels cas ; un refus absolu de toute consultation paraît difficilement conciliable avec le respect du droit d'être entendu (ATF 121 I 225, c. 2c ; ATF 115 V 297, c. 2d ; *contra* TA AG 07.05.1998, ZBl 1998, p. 527, c. 4a/bb ; sur ce thème, voir le panorama présenté par GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 427 ss ; cf. également DC 2011/1, p. 100, TA NE et note critique ZUFFEREY). Il reste que l'intérêt public ou la protection du secret des affaires peut justifier une limitation du droit d'accès au dossier dans un cas d'espèce (art. XVIII § 4 AMP ; art. 23 III LMP ; art. 27 PA). Le pouvoir adjudicateur a tout d'abord l'obligation de transmettre au juge l'intégralité du dossier de passation du marché (art. XX § 4 et art. XX § 6/g AMP) ; c'est à ce dernier qu'il appartient d'effectuer ensuite, selon les circonstances propres à chaque cas, une pondération entre le droit d'accès au dossier et la protection du secret des affaires (ATF 122 I 153, c. 6a). Il ne faut toutefois pas perdre de vue le fait que le droit d'être entendu ne peut être exercé utilement par une partie que si elle a accès aux éléments essentiels du dossier, susceptibles de fonder une décision à son désavantage, et qu'elle peut se déterminer à leur propos (art. 28 PA) ; il est en tous les cas insuffisant à cet égard que l'autorité de recours dispose de l'intégralité du dossier et tranche la cause sur la base d'une appréciation souveraine, sans que le recourant ait pu faire valoir ses moyens sur les aspects décisifs de celui-ci (voir la jurisprudence zurichoise citée par GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 432 ss ; elle critique d'ailleurs sur ce point l'arrêt du TF *Groupement d'entreprises X c/Groupement d'entreprises Y, Conseil d'Etat du Canton de Thurgovie et Tribunal administratif de Thurgovie*, du 02.03.2000, c. 2, résumé in SJ 2000, p. 546 s.).

79 **Concrètement**, l'adjudicataire s'oppose souvent à ce que le soumissionnaire évincé consulte son offre, et réciproquement. La solution appliquée alors par certaines juridictions consiste en ce que le tribunal, qui se fait produire l'intégralité du dossier, examine les pièces pour lesquelles la confidentialité est demandée et les résume, généralement lors d'une audience, à l'intention des parties ; celles-ci peuvent alors se déterminer sur les offres de leur partie adverse (POLTIER, Marchés publics, p. 324, qui décrit la pratique vaudoise). Il y a d'autres voies pour parvenir à ménager dans la mesure du possible les deux intérêts opposés, à savoir le droit d'être entendu et le secret des affaires ; les différents concurrents peuvent par exemple être invités à produire deux versions de leurs offres, la première dans sa forme intégrale, la seconde expurgée des éléments comportant des données confidentielles (la Comco procède de cette manière dans le cadre de ses enquêtes lorsque des tiers ont accès à la procédure ; voir aussi les mécanismes très complets mis en place dans le canton de Schwyz : GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 430 ss).

D. Qualité pour recourir et parties à la procédure

1. En général

80 La LMI ne prévoit pas de réglementation spéciale relative à la qualité pour recourir. Celle-ci découle, en conséquence, des règles générales de la procédure administrative. Lorsque la décision restreignant l'accès au marché est prise (ce qui est rare) par un organe de la Confédération, la qualité pour recourir est régie par l'**art. 48 PA**. Lorsque la décision atta-

quée est le fait d'un organe cantonal ou communal, les codes de procédure administrative cantonaux connaissent une réglementation de la qualité pour agir généralement similaire à celle de l'art. 48 PA. Selon l'art. 111 I LTF, la légitimation doit d'ailleurs être reconnue au plan cantonal (au moins) à toute personne admise à recourir au Tribunal fédéral ; cette disposition renvoie, dans le contexte de l'art. 9 II LMI, au régime du recours en matière de droit public et à l'art. 89 LTF (dont le contenu est d'ailleurs comparable à celui de l'art. 48 PA). Le critère déterminant pour définir le régime général de la qualité pour recourir est ainsi celui de l'intérêt digne de protection (art. 89 I LTF ; *infra* N 64 ss). Il faut réserver par ailleurs les régimes spéciaux de légitimation à recourir, qui découlent de l'art. 89 II LTF (l'art. 89 III est sans pertinence ici) ; parmi ces cas particuliers, il faut mentionner la possibilité de recourir conférée aux autorités (*infra* 2).

L'**intérêt digne de protection** peut être aussi bien de fait que de droit. Il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par les normes dont la violation est invoquée par le recourant. Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque par la décision attaquée et qu'il se trouve, avec l'objet du litige, dans une relation particulièrement étroite et digne d'être prise en considération (Grisel, Droit administratif II, p. 903). Un intérêt digne de protection existe lorsque la décision occasionne au recourant un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre et que la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la procédure. Ces exigences visent à éviter l'action dite populaire. L'intérêt doit être direct, c'est-à-dire se relier directement à l'objet du litige, et spécial, c'est-à-dire être distinct de l'intérêt de tout un chacun (ATF 133 II 245, c. 1.3.1 et 1.3.2 ; ATF 119 Ib 374, c. 2a/aa ; ATF 119 Ib 179, c. 1c ; JAAC 1993 n° 21, c. 3 ; Grisel, Droit administratif II, p. 898-901 ; Knapp, Droit administratif, N 1978-1986bis; Moor/Poltier, Droit administratif II, p. 727 ss ; Kölz/Häner, Verwaltung, N 535-546 ; Moser/Beusch/Kneubühler, Bundesverwaltungsgericht, N 2.64 ; Zimmerli/Kälin/Kiener, Verfahrensrecht, p. 115-125 ; Häner, Beteiligte, p. 273-302). **81**

Ont qualité pour recourir les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, en particulier les **destinataires** de la décision, soit les personnes dont cette dernière modifie la situation juridique. Tel est ainsi le cas de toute personne qui requiert un accès à un marché cantonal ou la reconnaissance d'un certificat de capacité et qui se heurte à un refus total ou partiel de sa demande ; elle peut d'ailleurs se prévaloir d'un intérêt de droit à la modification de la décision attaquée. On peut être tenté de limiter ici le cercle des personnes habilitées à agir à celles qui sont domiciliées, établies, ayant leur siège ou leur succursale en Suisse, à l'exclusion des **offreurs locaux**. Cependant, ces derniers, s'ils requièrent une autorisation en vue d'exercer une activité économique, devraient obtenir une décision, qui sera sujette à recours conformément aux principes généraux, et ils se verront reconnaître dans ce cadre la qualité pour agir (peu importe à cet égard que l'art. 9 I et II LMI ne leur soit pas applicable). Sur le fond, les offreurs locaux peuvent alors invoquer la violation du droit cantonal appliqué, voire de la LMI ; sur ce dernier aspect, leurs griefs devraient toutefois être rejetés, puisque la LMI a pour vocation de protéger les offreurs externes et non locaux (ATF 125 I 267, c. 3b ; ATF 125 I 276, c. 4b). **82**

Le **tiers** n'a qualité pour recourir que s'il a un intérêt personnel et supérieur à l'intérêt de quiconque à ce que la décision soit annulée ou modifiée. Le tiers recourant doit être atteint directement et se trouver dans une relation particulièrement étroite avec l'objet du litige. L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique du recours, c'est-à-dire en la suppression du désavantage matériel ou idéal qu'aurait entraîné pour le recourant la décision attaquée. Il faut que le recourant tire un avantage réel de la modification de la déci- **83**

sion qu'il entreprend (ATF 119 Ib 179, c. 1c ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 547-559 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1945 ss ; BOVAY, Procédure, p. 354-356). L'hypothèse d'un recours formé par un tiers à l'encontre d'une décision qui accorde un avantage au destinataire est ainsi assez fréquente dans la pratique, en particulier en droit des constructions (recours du voisin ; on parle de *Drittbeschwerde contra Adressat*). La jurisprudence est en revanche extrêmement restrictive lorsque le tiers souhaite former un pourvoi pour soutenir la position du destinataire *(Drittbeschwerde pro Adressat)* ; on admet en effet que le destinataire, suivant le principe de libre disposition, doit pouvoir décider seul s'il s'accommode ou non de la décision en cause (sur ces questions, HÄNER, Beteiligte, p. 327 ss et 351 ss).

84 Les considérations générales relatives aux recours formés par des tiers appellent quelques illustrations ; on présentera donc ici quelques situations-types. La première concerne la question de la légitimation à recourir du **concurrent**. Dans le contexte de la LMI, une entreprise requiert par hypothèse l'octroi d'une autorisation pour écouler un produit ou exercer une activité ; l'autorité y donne une suite positive. Dans un tel cas se pose la question de la recevabilité du recours formé par un concurrent à l'encontre d'une telle décision. La jurisprudence, qui a beaucoup évolué à cet égard, adopte aujourd'hui une approche très restrictive ; elle retient tout d'abord que la légitimation à recourir ne peut découler de la seule crainte du recourant d'une concurrence accrue, car il s'agit-là du fonctionnement normal du marché. L'existence d'une relation particulièrement étroite entre le tiers (concurrent) et le requérant, nécessaire pour admettre la qualité pour agir, n'est ainsi admise que dans des situations très particulières ; elle est généralement niée lorsque la décision attaquée applique une réglementation de police (dans le contexte de la LMI, ce sont généralement des dispositions de ce type qui sont en jeu), alors qu'elle est admise plus aisément en présence de réglementations de politique économique (ainsi, lorsque la règle appliquée prévoit un régime de contingents, convoités simultanément par le requérant et son concurrent ; pour une présentation de la jurisprudence en la matière, ATF 127 II 264, c. 2 ; ATF 125 I 7, c. 3 et ATF 123 II 376, c. 5b ; voir aussi ATF 135 II 243, c. 1.2 : qualité pour recourir admise de vignerons à l'encontre d'une nouvelle réglementation assouplissant les conditions à remplir pour l'obtention d'une appellation d'origine contrôlée ; MARANTELLI-SONANINI/HUBER in : Waldmann/Weissenberger, VwVG, ad Art. 48 N 28 ; RICHLI, Konkurrentenbeschwerde, p. 41 et 47 s., ainsi que GLANZMANN-TARNUTZER, Legitimation, p. 36 ss ; critiques à propos de cette jurisprudence MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 740 s. et surtout HÄNER, Beteiligte, p. 341 ss et SCHOTT, Wettbewerb, p. 487 ss). Cependant, le Tribunal fédéral indique encore que, malgré les réserves évoquées plus haut, le concurrent est habilité à recourir lorsqu'il fait valoir que le destinataire a été indûment privilégié par rapport à lui (ATF 127 II 264, c. 2c ; il a pu, par exemple, entrer sur le marché en minimisant les investissements nécessaires ou ses frais de formation préalable ; la formule de cet arrêt n'est pas très claire : vaut-elle même dans le cas d'une autorisation de police ? RICHLI, Konkurrentenbeschwerde, p. 47 s., le conteste, au risque d'exclure de manière générale les recours de tiers ; HÄNER, Beteiligte, p. 343 ss retient l'approche inverse ; voir aussi ATF 121 I 7, c. 3e, et ATF 101 Ib 178, c. 4b ; HÄNER in : Auer/Müller/Schindler, VwVG, ad Art. 48 N 15). Il n'y a à vrai dire que peu d'exemples d'une telle configuration dans la jurisprudence publiée (voir cependant ATAF 2007/47 ; Commission fédérale de recours, arrêt du 04.01.2001, JAAC 65 [2001].118, c. 1.3.3 ; il n'est de toute manière pas évident de déterminer dans quel cas le concurrent peut faire valoir, de manière plausible, que le requérant de l'autorisation se trouve privilégié par l'acte de l'autorité ; GLANZMANN-TARNUTZER, Legitimation, p. 149 ss, suggère de

se référer à des critères usuels dans la législation sur les cartels, à savoir l'existence d'une relation de concurrence entre les intéressés et une péjoration significative de la position concurrentielle du recourant ; LCart 43 N ■■■ ; voir aussi TF, arrêt du 22.08.2011, 2C_348/2011, recours contre une autorisation d'importer du cidre danois fondée sur les art. 16*a* ss LETC, et TF, arrêt du 24.05.2006, 2A.19/2006, recours d'une entreprise dirigé contre une autorisation délivrée par le SECO à une entreprise concurrente, légitimation à recourir niée dans les deux cas ; ATAF 2011/3, où la qualité pour recourir a au contraire été admise, dans le contexte de l'art. 59 LPGA, à l'encontre d'une autorisation délivrée à un médecin spécialiste concurrent).

85 La LMI s'applique désormais également à l'activité salariée des agents publics (LMI 1, N 120 ss) ; il en va de même de la transmission à des entreprises privées de l'exploitation de monopoles cantonaux ou communaux (art. 2 VII LMI). Ces deux situations présentent d'ailleurs de fortes analogies avec le domaine des marchés publics, où la qualité pour recourir des différents soumissionnaires concurrents ne fait aucun doute (*infra*, N 94). La procédure de sélection des agents publics passe par une mise au concours ; celle du concessionnaire suppose le lancement d'un appel d'offres (art. 2 VII LMI). La question se pose dès lors de la légitimation à recourir du **candidat évincé**. S'agissant tout d'abord de l'**agent public**, la jurisprudence a jusqu'ici considéré que la personne dont la postulation n'était pas retenue ne bénéficiait pas d'un intérêt digne de protection à recourir (MARANTELLI-SONANINI/HUBER in : Waldmann/Weissenberger, VwVG, ad Art. 48 N 29 ; critique à ce propos HÄNER, Beteiligte, p. 350 s. ; cf. cependant dans le sens d'une admission de la légitimation à recourir : ATAF 2010/53, c. 6), sauf si l'intéressé allègue une violation de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1). La solution est très discutable ; on peut d'ailleurs se demander si la qualité pour recourir ne doit pas désormais être admise également si l'intéressé fait valoir une discrimination d'une autre nature ou une violation de la LMI. Dans le contexte des **concessions**, soumises à un appel d'offres (art. 2 VII LMI), l'admission de la qualité pour recourir du candidat écarté ne paraît guère soulever de difficultés ; on doit d'ailleurs sans doute considérer que l'ensemble des postulants à une concession unique sont les destinataires de la décision qui accorde la concession à l'un d'entre eux, de sorte que les entreprises écartées, en leur qualité de destinataires, doivent se voir reconnaître la légitimation à recourir.

86 Parmi les tiers, dont on peut se demander s'ils ont vocation à recourir, figurent encore les **consommateurs**. Dans la règle, la jurisprudence répond à cette question de manière négative ; elle retient en effet qu'un consommateur individuel n'a pas, dans la règle, plus que quiconque un intérêt digne de protection à la modification de la décision en cause (ici une autorisation fondée sur la LMI ; ATF 123 II 376, c. 4b, qui avait trait au recours formé par des consommateurs à l'encontre d'une autorisation de mise sur le marché d'un traitement facilitant la production de blé transgénique ; ATF 124 II 499, c. 3b et c, déniant la qualité pour recourir à l'abonné d'un journal qui souhaitait contester une décision de la Comco autorisant la fusion de deux journaux ; ATF 121 II 39, c. 2c ; voir aussi HÄNER, Beteiligte, p. 349) ; il faut tout au plus réserver l'hypothèse dans laquelle le recourant fait valoir qu'il est exposé à un risque particulier, sensiblement supérieur à celui que subit tout un chacun du fait de la décision attaquée (MARANTELLI-SONANINI/HUBER in : Waldmann/Weissenberger, VwVG, ad Art. 48 N 30 ; sur les organisations de consommateurs, *infra*, N 87).

87 Compte tenu des réticences cantonales à l'introduction d'une voie de recours dans la LMI, les réglementations cantonales d'exécution n'étendent généralement pas la qualité pour recourir au-delà du minimum exigé par le droit fédéral. En conséquence, les **associations**

ne disposent pas d'une qualité pour agir spéciale au sens de l'art. 48 II PA (ou 89 II/d LTF), comme le prévoyait initialement l'art. 10 IV/a et b AP-LMI. Elles ne peuvent contester une décision que si les conditions posées par la jurisprudence pour le dépôt d'un recours corporatif (ou recours « égoïste ») sont remplies ; elles sont au nombre de quatre. Il faut d'abord que l'association possède la personnalité juridique, que les intérêts invoqués soient protégés par les statuts de l'association, que les membres de l'association aient eux-mêmes qualité pour agir contre cette décision et que la majorité ou un grand nombre de ceux-ci soient touchés par la décision (ATF 119 Ib 374, c. 2a/aa ; ATF 113 Ib 363, c. 2a ; ATF 112 Ib 128, c. 2 ; JAAC 1992/10, c. 5, p. 75 s. ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 560-565 ; CLERC, Marchés, p. 532 ; HÄNER, Beteiligte, p. 361-369 ; BOVAY, Procédure, p. 361-363). Dans son rapport du 27 juin 2000, la Commission de gestion du Conseil national avait proposé de réviser la LMI afin de donner un droit de recours autonome aux associations de défense des consommateurs (Rapport LMI, p. 5610-5612) ; il ne se serait pas agi d'un recours « égoïste » au sens évoqué plus haut, mais plutôt d'un régime spécial de légitimation, fondé désormais sur l'art. 89 II/d LTF. On peut regretter que ce point n'ait pas été retenu lors de la révision de la LMI de 2005. L'introduction d'un tel droit de recours aurait en effet constitué une concrétisation de l'art. 97 II Cst, dont la mise en œuvre est actuellement extrêmement modeste ; ce constat vaut pour le droit privé (art. 10 II/b LCD ; voir sur ce point HEINEMANN, Consommation, p. 45) et plus encore pour le droit public (art. 43 I/c LCart, qui a trait à la procédure non contentieuse ; l'opinion prévaut actuellement que les organisations de protection de consommateurs ne peuvent déduire de cette disposition ni la qualité de partie à la procédure non contentieuse au sens de l'art. 6 PA, ni la qualité pour recourir contre les décisions de la Comco : LCart 43 N ■■■). Plus généralement, la Comco, sur la base de l'art. 9 II^{bis} LMI, peut recourir contre des décisions (principalement cantonales) relatives à des restrictions d'accès dans le but de faire prévaloir l'intérêt public d'une saine concurrence ; il serait opportun d'accorder la même faculté aux organisations de consommateurs dans ce but, mais aussi pour leur permettre de défendre d'autres intérêts publics, susceptibles au contraire de justifier cas échéant des restrictions d'accès fondées sur l'art. 3 LMI.

2. Le droit de recours des autorités ; le recours de la Commission de la concurrence

a) En général

88 Les droits cantonaux ne confèrent pas non plus de droit de recours à une autorité de surveillance. En revanche, un tel droit de recours se déduit du droit fédéral. Sur la base de l'art. 89 LTF, conjugué avec l'art. 111 LTF, il faut d'ailleurs distinguer plusieurs cas de figure ; l'autorité de surveillance fédérale peut bénéficier de cette faculté en application de l'art. 89 II/a ou 89 II/d LTF, mais une collectivité publique pourrait aussi se prévaloir de la règle générale de l'art. 89 I (et une commune de l'art. 89 II/c) LTF. Dans l'examen qui suit, on traitera à part le droit de recours de la Commission de la concurrence, introduit lors de la révision de 2005 à l'art. 9 II^{bis} LMI et qui constitue un cas d'application de l'art. 89 II/d LTF (*infra* b).

89 **L'autorité fédérale de surveillance**, tout d'abord, est habilitée à recourir si l'acte attaqué est susceptible de violer le droit fédéral dans son domaine d'attribution (art. 89 II/a LTF). L'hypothèse est donc ici celle d'une décision rendue sur la base du droit fédéral, par une autorité (fédérale ou) cantonale, qui comporterait une violation de la LMI ; on l'a vu (*supra* N 45), ce cas devrait rester rare, mais le législateur l'a néanmoins envisagé expressément à l'art. 2 VI, 2 LMI (cette dernière règle a essentiellement la valeur d'un rappel du

régime découlant de l'art. 89 II/a LTF ; LMI 2 N 40 ss) pour les décisions cantonales. Par ailleurs, **les communes** peuvent être amenées, elles aussi, à adopter des réglementations d'accès et à rendre des décisions en cette matière ; elles peuvent ainsi recourir, en faisant valoir la garantie de l'autonomie communale (art. 89 II/c LTF), à l'encontre d'une décision cantonale qui leur serait défavorable. On peut encore imaginer que les **collectivités publiques** se voient reconnaître, à l'instar des particuliers, la faculté d'agir sur la base du régime général de l'art. 89 I LTF ; on traitera cette question plus loin, dans la mesure où elle se pose surtout dans le contexte des recours au Tribunal fédéral (*infra*, N 134).

90 Au delà de la question de la légitimation à recourir, il faut noter que l'autorité qui est l'**auteur de la décision attaquée** est toujours **partie** à la procédure de recours (voir par exemple art. 57 I PA) et se voit impartir un délai pour produire sa réponse et son dossier.

b) La Commission de la concurrence

91 Le droit de recours de la **Comco**, prévu par l'art. 10 IV/c AP-LMI, avait été supprimé à l'issue de la procédure de consultation (Rapp-AP-LMI, p. 53 ; *supra* N 14 ; sur les pouvoirs de la Comco en matière de LMI, cf. art. 8 et 10 LMI) et la LMI, dans sa teneur initiale, ne le prévoyait pas. Dans son rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la LMI, la Commission de gestion du Conseil national a constaté que le caractère non contraignant des recommandations et avis de la Comco ainsi que l'absence d'une qualité pour recourir propre de la Comco et/ou des associations professionnelles ont pour conséquence que la mise en œuvre de la LMI reposait en grande partie sur les recours déposés par les particuliers et la jurisprudence en résultant. En conséquence, l'ouverture du marché intérieur progressait lentement et en ordre dispersé, au hasard des recours et des intérêts particuliers. Pour améliorer l'efficacité de la LMI, la Commission de gestion du Conseil national a proposé de réviser la LMI afin de donner à la Comco un droit de recours autonome ; de plus, la Comco disposerait d'un droit d'être entendue devant le Tribunal fédéral dans les procédures touchant à l'application de la LMI (Rapport LMI, p. 5610-5612).

92 Le constat qui précède (voir aussi *supra* N 12 et 16) a conduit le législateur à accorder un droit de recours à la Commission de la concurrence à l'encontre des décisions prises en application de la LMI (art. 9 II^{bis} LMI) ; cette disposition permet d'ailleurs à la Comco de saisir les diverses instances de recours successives et, en premier lieu, l'autorité (judiciaire) cantonale, puis le Tribunal fédéral également (sur ce point, *infra* N 135). Le droit de recours conféré à cette autorité peut et doit être exercé dans l'intérêt de la loi ; la Comco, dans le cadre d'un pourvoi, fait valoir une violation de la LMI, voire d'autres règles connexes. Cet instrument est donc bien de nature à renforcer la mise en œuvre effective du texte légal. La Comco est toutefois limitée dans les **conclusions** qu'elle est autorisée à prendre ; elle peut recourir seulement *« pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché »* (art. 9 II^{bis} LMI) ; le législateur a estimé en effet que le droit de recours de cette autorité de surveillance ne devait pas aller jusqu'à la possibilité d'obtenir l'annulation ou la réforme de la décision attaquée, les intérêts en cause revêtant le plus souvent un aspect privé prépondérant (Mess-rév LMI, p. 446). Le particulier concerné, qui s'est heurté par exemple à un refus d'autorisation, bénéficie lui aussi d'un droit de recours contre une telle décision et il peut, dans ce cadre, prendre des conclusions tendant au prononcé d'une décision formatrice (pour un exemple de recours parallèle de la Comco et du particulier concerné, ATF 134 II 329). Concrètement, la Comco ne peut exercer son droit de recours que dans la mesure où elle a connaissance des décisions d'application de la LMI ; l'art. 10*a* II, 1 LMI prévoit ainsi l'obligation pour les autorités

d'application de communiquer spontanément leurs décisions à la Comco. Il n'est pas certain que les autorités cantonales ou communales compétentes respectent scrupuleusement cette obligation ; dès lors, l'information pourrait parvenir à ce sujet à la Comco par le biais de dénonciations de tiers (sur ce thème, LMI 10*a*, N 5 ss). Dans une telle hypothèse, seule la communication, intervenue après coup et sur demande de la Comco, de la décision à cette dernière est susceptible de faire courir le délai de recours.

93 Par ailleurs, indépendamment de ce droit de recours, la Comco doit également se voir reconnaître la qualité de partie lors des procédures de recours cantonale (art. 111 I LTF ; ATF 135 II 12) et fédérale (art. 10 II LMI – voir le commentaire de cette disposition – et art. 102 I LTF) ; on peut donc imaginer que l'autorité de recours l'invite d'office à se déterminer ou qu'elle donne suite à une demande d'intervention de la Comco. Dans ce cas, cette dernière se voit reconnaître tous les droits conférés aux parties.

3. En matière de marchés publics

a) La qualité pour recourir des destinataires, spécialement du concurrent évincé

94 En matière de marchés publics cantonaux et communaux, les législations cantonales ont généralement mis en œuvre l'art. 9 LMI et les art. 15 ss AIMP dans un texte commun ; elles traitent d'ailleurs rarement de manière expresse la question de la qualité pour agir. Les remarques générales évoquées plus haut (N 63 s.) sont dès lors transposables dans une large mesure. Sans doute, le recours en matière de droit public n'est recevable dans ce domaine que de manière très restrictive (art. 83/f LTF). Il reste que le principe même de l'ouverture de cette voie de droit suffit à rendre applicable, par le jeu de l'art. 111 I LTF, le régime de l'art. 89 LTF relatif à la qualité pour recourir ; le critère déterminant pour le **recours des particuliers** auprès de l'instance cantonale prévue à l'art. 9 II LMI est ainsi celui de **l'intérêt digne de protection** (GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 400). Là aussi, il y a lieu de distinguer les destinataires de la décision attaquée des tiers (N 73 et 75) ; dans la règle toutefois, le cercle des destinataires apparaît plus large ici qu'en matière de restrictions ordinaires d'accès au marché, fondées sur les art. 2, 3 et 4 LMI. Ainsi l'appel d'offres constitue une décision collective (*Allgemeinverfügung*; sur cette notion, voir notamment HÄNER, Beteiligte, p. 323-326), dont les destinataires sont l'ensemble des offreurs potentiels. La décision d'adjudication, par ailleurs, concerne tous les soumissionnaires encore en lice, soit un cercle déterminé de personnes (il ne s'agit donc pas d'une *Allgemeinverfügung*). Les candidats et soumissionnaires évincés ne sont dès lors pas considérés comme des tiers, mais comme des destinataires de la décision de sélection ou d'adjudication, qui écarte implicitement leur candidature (JAAC 1999/63 n° 16, c. 1c *i.f.*; JAAC 2000/64 n° 29, c. 1b) ou leur offre (ATF 125 II 86, c. 4 ; JAAC 2000/64 n° 29, c. 1.b ; TA AG 16.07.1998, ZBl 1999, p. 387, c. I/4/a/aa-bb ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung N 546).

95 L'exigence d'un intérêt digne de protection suppose que le recourant démontre l'existence d'un **intérêt pratique** au recours, c'est-à-dire qu'il doit tirer un avantage réel de la modification de la décision qu'il conteste (HÄNER, Beteiligte, p. 311-316). A notre avis, le candidat ou soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt pratique suffisant à demander l'annulation de la décision attaquée du seul fait qu'il obtient un rétablissement de ses chances (quelles qu'elles soient) s'il est réintégré dans la procédure de passation. Dans sa jurisprudence, la Commission fédérale de recours n'avait ainsi jamais pris en compte, dans l'examen de la légitimation du recourant, les chances de celui-ci de se voir attribuer

le marché (dans le même sens, TA VD 10.02.1999, c. 1b et c, cité par POLTIER, Marchés publics, p. 322). Le degré supplémentaire de légitimation correspondant à l'exigence que le recourant aurait pu obtenir le marché sans la violation nous semble par contre excessif et difficilement praticable (CLERC, Marchés, p. 525 s.). Néanmoins, certaines jurisprudences cantonales se sont prononcées dans ce sens et dénient la légitimation au candidat qui, vu son classement dans le tableau comparatif des offres établi par le pouvoir adjudicateur, n'avait aucune chance d'obtenir le marché (TA ZH, BEZ 19/1999 n° 11, c. 1b ; pour un intérêt pratique variable en fonction du grief invoqué, voir TA AG, AGVE 1999, n° 62, p. 321, c. 3 ; et dans un sens différent TA AG, ZBl 1999, p. 387, c. I/4/a/cc-dd). Cette solution, qui mêle les questions de recevabilité et de fond, nous paraît devoir être écartée (dans le même sens, GALLI et al., Beschaffungsrecht, p 403 s.).

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, il serait **96**
paradoxal en effet que les tribunaux déterminent – au stade de la recevabilité du recours – si le recourant pouvait ou devait obtenir l'adjudication, alors même qu'ils se refusent généralement, et à juste titre, à réformer eux-mêmes une décision d'adjudication jugée invalide au terme de l'examen au fond du recours (*infra* N 88). Un tel examen de la qualité pour agir du soumissionnaire serait aussi contraire au pouvoir de cognition limité du juge en matière de marchés publics, qui ne peut revoir l'opportunité d'une décision (*infra* N 77). Il ferait de plus dépendre la légitimation d'un soumissionnaire à recourir d'un certain pourcentage de chance à obtenir le marché, ce qui implique de déterminer si un seul soumissionnaire (celui qui aurait dû obtenir l'adjudication en l'absence de la violation) a qualité pour recourir, ou si plusieurs soumissionnaires parmi les mieux classés (et jusqu'à quel rang) disposent de cette qualité. Par ailleurs, il serait artificiel de graduer l'intérêt pratique dont doit disposer le soumissionnaire selon que le grief invoqué dans le recours a trait à une violation concernant le soumissionnaire recourant, l'adjudicataire ou l'ensemble des participants à la procédure de passation (en ce sens, la jurisprudence argovienne citée ci-après). Toute violation résulte en définitive en une atteinte aux garanties de concurrence, d'égalité de traitement, de transparence et d'impartialité garanties par la loi à tous les soumissionnaires. En outre, dès lors que le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'*issue du recours*, une éventuelle prise en compte des chances du recourant à obtenir le marché ne devrait être examinée que *ex post*, c'est-à-dire compte tenu de l'effet du jugement annulant l'adjudication sur la position du soumissionnaire recourant, et non *ex ante* sur la base du tableau comparatif des offres dressé par le pouvoir adjudicateur. Cela impliquerait, paradoxalement, que le juge procède d'abord à l'instruction complète du fond du recours et détermine les conséquences qui résulteraient d'une annulation de la décision, pour conclure finalement à l'absence de qualité pour agir et à l'irrecevabilité du recours. Enfin, des exigences trop élevées quant à la légitimation du soumissionnaire recourant iraient à l'encontre du but de « privatisation » de la mise en œuvre de l'ouverture des marchés publics – par le biais de la voie de recours mise à disposition des particuliers – poursuivi par les nouvelles réglementations internationales, fédérales et cantonales en matière de marchés publics (CLERC, Marchés, p. 339 et 471). Une corrélation peut encore être dégagée entre la (large) admission de la qualité pour agir devant la Commission fédérale de recours et l'effet limité que celle-ci attribue au recours en cas d'annulation de l'adjudication. La jurisprudence de la Commission fédérale limite les effets d'une annulation de la décision d'adjudication à l'adjudicataire initial et au soumissionnaire recourant, à l'exclusion des autres soumissionnaires non recourants pour qui la décision est devenue définitive (JAAC 1998/62 n° 80, c. 3c ; *infra* N 89). Ainsi, indépendamment de son classement initial dans le tableau comparatif des offres, les chances d'obtention du marché du

soumissionnaire recourant sont considérablement augmentées dans la nouvelle décision que le pouvoir adjudicateur est appelé à prendre suite à l'annulation de la première adjudication.

97 A qualité pour recourir toute personne ayant, ou ayant eu un intérêt dans le cadre de la passation du marché et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. On vise ici au premier chef les **destinataires** de la décision attaquée ; à ce titre, la légitimation appartient d'abord aux **candidats et soumissionnaires évincés** (soit les candidats à une procédure sélective et les soumissionnaires ayant participé à la procédure de passation – quel que soit le type de procédure). Ils ont qualité pour recourir même lorsque le contrat est déjà conclu, car ils doivent pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour agir en dommages-intérêts (art. 9 III LMI ; ATF 132 I 86, c. 3.2 – cet arrêt retient que la recevabilité doit être admise pour le cas où le contrat est conclu au cours de la procédure, quand bien même le recourant n'aurait pas d'emblée pris des conclusions en constatation fondées sur l'art. 9 III LMI ; ATF 130 I 258, c. 1.2 ; ATF 125 II 86, c. 5b ; JAAC 1999/63 n° 16, c. 2 ; CLERC, Marchés, p. 148-153 et 524-532 ; à titre de comparaison, pour le droit fédéral, TRÜEB, ad Art. 27 BöB, N 8 ss ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Bundesverwaltungsgericht, 2.75 ; MOSER, Überblick, p. 684 ; en droit communautaire, voir art. 1 § 3 de la directive-recours, Directive 89/665/CEE, et de la directive-recours secteurs, Directive 92/13/CEE, références *supra* N 19). Il en va de même pour les **concurrents qui n'ont pas pu participer** à la passation du marché, faute de publication d'un appel d'offres, et qui peuvent dès lors contester une adjudication prononcée de gré à gré ou à l'issue d'une procédure sur invitation (GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 409 s. ; CLERC, Marchés, p. 526 ; TA BE, BVR 1998, p. 72, c. 1b ; en général, HÄNER, Beteiligte, p. 339-347 ; pour un assouplissement de la qualité pour former un recours, lorsque celui-ci est dirigé contre un appel d'offres, ATAF 2009/17, c. 3.2 s.). Un **groupement** ou consortium soumissionnaire a en tout cas qualité pour recourir lorsque tous les associés agissent ensemble ou confèrent un pouvoir de représentation à un des associés (en général, HÄNER, Beteiligte, p. 234-237). La qualité pour agir d'un **associé** agissant en son propre nom est rejetée par certaines jurisprudences cantonales (TA ZH, BEZ 2000, p. 22 n° 7 et note d'ESSEIVA ad S37, DC 2000/2, p. 127), confirmées par le Tribunal fédéral (ATF 131 I 153, c. 5 ; il en va différemment lorsque le contrat est déjà conclu, car le recours vise alors la constatation du caractère illicite de l'adjudication, préliminaire à l'action en responsabilité ; or, le principe de l'action conjointe ne s'applique pas à cette dernière), alors qu'elle a été admise par la Commission fédérale de recours (sous réserve des cas où un ou plusieurs membres du groupement auraient quitté ce groupement, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancés du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue du recours, JAAC 2000/64 n° 29, c. 1b ; JAAC 2001/65 n° 78, c. 1b). Quant au Tribunal administratif fédéral, il a abandonné récemment la solution de la Commission de recours, pour se rallier au principe de l'action conjointe des membres du consortium (ATAF 2008/7, c. 2.2.2 ; DUBEY, Pratique judiciaire, p. 399 ss ; pour une présentation générale, GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 404 ss).

98 En l'absence de qualité pour agir légale, une **association** professionnelle ne peut former qu'un recours « égoïste » (*supra* N 68). Les deux conditions que la majorité des membres de l'association soient touchés par la décision attaquée et qu'ils aient eux-mêmes qualité pour agir ne sont en règle générale pas remplies (TA ZH 19.05.1998, ZBl 1999, p. 398 ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 406 s.) ; elles pourraient l'être dans le cas d'une déci-

sion d'adjudication de gré à gré, voire contre un appel d'offres (ATAF 2008/60, c. 1.3 ; ATAF 2009/17, c. 3.2 s.).

99 La question se pose ensuite de déterminer si l'ensemble des soumissionnaires, quel que soit leur siège ou leur domicile, sont ou non habilités à recourir. La jurisprudence a retenu tout d'abord, malgré l'objectif de base de la LMI d'assurer une protection aux offreurs externes, que le recours de l'art. 9 II LMI était ouvert aussi bien aux soumissionnaires **externes** que **locaux** (ATF 125 I 406, c. 2d, qui cite CRAMERI, Beschaffungswesen, p. 141 ; arrêt commenté par BASS et al., Anwendung, p. 249 ss ; la solution vaut *a fortiori* dans le cadre de l'AIMP). Cette difficulté concerne également les **offreurs étrangers**, provenant d'un Etat de l'UE, concourant pour un marché interne, voire d'un Etat non-partie à l'accord AMP, pour un marché international ; mais elle appelle une solution différente. Ainsi, le principe de non-discrimination prévu à l'art. 6 de l'**accord bilatéral sur les marchés publics** Suisse-CE (FF 1999 5802 ; cf. LMI 5, N 23) n'a pas pour effet d'étendre la protection juridictionnelle dont bénéficient les **soumissionnaires communautaires** en leur ouvrant l'accès à la voie de recours découlant de l'art. 9 LMI (*supra* N 31). En effet, s'agissant des marchés publics tombant dans le champ d'application de l'accord bilatéral ou de l'AMP, les soumissionnaires communautaires peuvent se prévaloir de la voie de recours spécifique instituée par l'art. 5 de cet accord et par l'art. XX AMP, de sorte que le recours de l'art. 9 LMI n'a aucune portée propre. S'agissant des marchés non couverts par l'accord bilatéral ou l'AMP, le principe de non-discrimination n'a pas force contraignante, mais n'est prévu que sous la forme d'une clause de *best endeavor* (art. 6 § 3 de l'accord bilatéral ; Mess-Accords Sectoriels, p. 5516). L'**art. 6 § 4** de l'accord bilatéral, qui prévoit que l'application du principe de non-discrimination, aussi bien sous sa forme obligatoire que sous celle d'un engagement de meilleurs efforts, est sans préjudice des mesures nécessaires à la réalisation du marché intérieur suisse, n'a qu'une portée déclarative en ce qui concerne l'art. 9 LMI. La Suisse a formulé expressément cette exclusion dans l'**annexe IX** à l'accord bilatéral, en soustrayant au champ d'application de l'accord les voies de recours introduites par l'art. 9 LMI pour les marchés publics cantonaux et communaux d'une valeur inférieure aux seuils de l'AMP et de l'accord bilatéral (Mess-Accords Sectoriels, p. 5516 ; LANG, Binnenmarkt, p. 43). Le soin mis par les négociateurs de l'accord bilatéral à empêcher tout accès des soumissionnaires communautaires à la voie de recours cantonale mise en place au titre de l'art. 9 LMI, montre surtout à quel point la protection juridictionnelle nouvelle instituée en matière de marchés publics constitue une question politiquement sensible et est encore – bien qu'à tort – perçue comme un moyen indirect pour des soumissionnaires étrangers d'obtenir l'ouverture de marchés auxquels ils n'ont pas de garantie juridique d'accès. A notre sens, il est douteux – vu l'historique de cette réglementation et malgré le critère de l'intérêt digne de protection – qu'un soumissionnaire établi dans un autre Etat et qui est évincé d'un marché pour lequel il ne bénéficie d'aucun droit d'accès en vertu d'un accord international ait qualité pour recourir. De toute manière, son pourvoi ne serait recevable que s'il pouvait invoquer des griefs entrant dans le pouvoir d'examen (en légalité) de l'autorité de recours ; or, on voit mal quelles règles de droit un soumissionnaire étranger pourrait faire valoir ici (en particulier, il ne peut s'en prendre à une adjudication à un offreur interne au motif qu'elle comporterait une discrimination en sa défaveur). En outre, à supposer qu'un tel recours soit déclaré recevable, il ne pourrait qu'être rejeté sur le fond ; en effet, les règles fédérales (art. 4 LMP ; art. 2 III, 2 LMP et art. 33 OMP) et cantonales (art. 9/b AIMP) prévoient expressément que l'accès des soumissionnaires étrangers est limité aux marchés couverts par un accord international ou aux Etats assurant la réciprocité (CLERC, Marchés, p. 631-636, 527 s. et 531 s.).

100 Un **tiers** (par exemple un sous-traitant, un fournisseur, un employé, un créancier ou un actionnaire du soumissionnaire évincé) ne peut recourir qu'à condition de remplir les conditions usuelles posées par la jurisprudence en matière de qualité pour agir des tiers (*supra* N 66), ce qui, dans la règle, paraît exclu. En effet, dans toutes ces configurations, le tiers intervient pour soutenir la position d'un concurrent écarté, qui bénéficie lui-même de la qualité pour recourir ; le pourvoi formé par le tiers en faveur d'un destinataire (*Drittbeschwerde pro Adressat*; sur ce point *supra* N 66) – superflu en quelque sorte – est alors irrecevable (TF, ZBl 2002, p. 146 ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 404 s.). Un sous-traitant d'un soumissionnaire n'a donc pas d'intérêt à recourir (JAAC 1998/62 n° 16, c. 2a-c). L'employé d'un soumissionnaire évincé, qui craint d'être licencié en raison de la non-attribution du marché à son employeur, n'est touché que de manière indirecte et n'a pas qualité pour recourir (TA ZH 25.11.1998, ZBl 1999, p. 444, c. B). La même conséquence s'impose, *a fortiori*, pour une association d'employés (TA ZH 25.11.1998, ZBl 1999, p. 444, c. c ; TA BE, JAB 2000, p. 115 ; TA NW, confirmé par TF, ZBl 2002, p. 146). La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a par ailleurs jugé qu'une entreprise dont le contrat la liant au pouvoir adjudicateur devait être repris par l'adjudicataire d'un marché n'a pas un intérêt suffisant à recourir contre l'adjudication lorsque l'adjudicataire du marché ne respecte pas l'obligation de reprise du contrat qui figurait parmi les conditions de l'appel d'offres (il s'agit plutôt d'un cas de *Drittbeschwerde contra Adressat*; l'intérêt invoqué ici doit être considéré comme indirect).

b) La qualité pour agir des autorités et des collectivités publiques

101 Il y a également quelques cas, relativement rares, de recours formés par des autorités ou des collectivités. L'art. 9 II^{bis} LMI, qui confère la légitimation à recourir à la **Comco**, est applicable aussi en matière de marchés publics (voir *supra*, N 92 s.). En application de l'art. 8 § 2 de l'accord bilatéral sur les marchés publics entre la Suisse et la CE (RS 0.172.052.68), la **Commission pour la transposition et la surveillance des obligations internationales de la Suisse dans le domaine des marchés publics** s'est vue attribuer la faculté de déposer une plainte auprès des autorités de surveillance, fédérales ou cantonales, mais non un droit de recours spécial (art. 8 § 2 accord bilatéral et 68*b* II/b OMP ; Mess-AccordsSectoriels, p. 5517 et 5520 ; CARRON/FOURNIER, Protection, p. 19 ss ; LANG, Binnenmarkt, p. 43 s. ; cf. LMI 5 N 23, pt 5). Cette voie apparaît d'ailleurs comme subsidiaire par rapport à un recours formé par un soumissionnaire évincé. En revanche, la jurisprudence a admis la qualité pour recourir des **communes**, qui peuvent ainsi défendre leur autonomie dans le domaine des marchés publics également (ATF 129 I 316, c. 4.2 ; ATF 129 I 410, c. 1.1 et 2 ; cette solution, qui découle désormais pour les voies de recours au Tribunal fédéral de l'art. 89 II/c, s'impose aux cantons par le jeu de l'art. 111 LTF).

c) Les parties à la procédure de recours

102 La décision restreignant l'accès au marché peut avoir plusieurs destinataires. La décision d'adjudication d'un marché public est adressée simultanément à l'adjudicataire et aux soumissionnaires évincés. Lorsqu'un soumissionnaire recourt en invoquant une restriction à l'accès au marché au sens de la LMI, l'**adjudicataire** a un intérêt direct à l'issue du recours (déjà admis par le TF sous l'empire de l'ancien droit en matière de marchés publics, in : TF, arrêt non publié *K. SA c/Conseil d'Etat du canton du Tessin*, du 09.10.1995, pt B en fait et c. 3 ; admis aussi implicitement sous l'empire du nouveau droit dans l'ATF 125 II

86, où l'adjudicataire a toutefois renoncé à se déterminer sur le fond). Il appartient au surplus au droit cantonal de préciser à quelles conditions l'adjudicataire peut, cas échéant, renoncer à prendre part à la procédure (voir à ce propos GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 411 s.). L'autorité qui a statué est bien sûr, elle aussi, partie à cette procédure.

E. Motifs du recours

1. En général

103 Il appartient au droit cantonal (sous réserve de l'hypothèse très particulière de décisions émanant d'autorités fédérales, où le recours relèverait du Tribunal administratif fédéral) de définir les moyens que peut faire valoir le recourant devant la, voire les autorités de recours cantonales. Le droit fédéral fixe cependant des règles minimales, soit dans le contexte de **l'art. 110 LTF**, soit par le jeu de l'art. 9 LMI. Selon la première de ces dispositions, une autorité judiciaire au moins doit être habilitée à examiner librement les faits et à appliquer d'office le droit déterminant ; elle définit ainsi le pouvoir de cognition de l'autorité de recours cantonale (*infra* F) et détermine simultanément les griefs qui peuvent être soulevés. Quant au **recours de l'art. 9 II LMI**, on ne voit pas qu'il puisse être plus restrictif. Il doit permettre aussi à l'autorité indépendante (judiciaire ; sur cette autorité, voir *supra* N 66) désignée sur cette base de traiter, en présence de restrictions à la liberté d'accès au marché, le grief de violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation) ; cela recouvre la violation de la LMI ou des art. 27 et 95 II Cst (art. 31 aCst) sur lesquels cette loi se base, mais aussi celle des textes cantonaux sur lesquels se fonde la décision attaquée. Les motifs de recours peuvent ainsi consister en ce que l'autorité applique des règles différentes aux offreurs « extérieurs » et aux offreurs « locaux », ou en ce qu'elle restreint d'une autre manière l'accès au marché, en violation des art. 1-6 LMI ou des art. 27 et 95 II Cst. Le Tribunal fédéral considère à ce propos que **seul un offreur externe** peut invoquer une violation de l'art. 2 LMI (ATF 125 I 267, c. 3b ; ATF 125 I 276, c. 4b) ; l'art. 2 LMI ne règle en effet que la situation des offreurs externes dans les relations intercantonales ou intercommunales, mais non celle des offreurs locaux (art. 2 I, 2e partie de la phrase, et art. 2 III, 1 LMI). Une personne établie dans un canton X ne peut donc pas contester par le biais de l'art. 2 LMI une réglementation du canton X relative à son activité (Mess-LMI, p. 1265). L'examen du grief de constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents doit s'étendre au moins aux faits nécessaires à la constatation du respect ou non de ces dispositions.

2. En matière de marchés publics

104 Les remarques qui précèdent sont transposables aux recours cantonaux formés en matière de marchés publics. **L'art. 110 LTF** reste en particulier applicable sans réserve, quand bien même le recours en matière de droit public n'est ouvert ici que très restrictivement (cette disposition est d'ailleurs comprise dans le renvoi de l'art. 117 LTF ; elle serait donc applicable même si les décisions rendues en matière de marché publics n'étaient susceptibles que d'un recours constitutionnel subsidiaire ; sur les recours au TF, voir art. 83/f LTF et *infra* N 141). Le droit positif exclut la possibilité d'invoquer le grief de l'**inopportunité** (art. 16 II AIMP, ainsi que les lois cantonales de procédure). Par ailleurs, la limitation des motifs invocables dans le cadre des recours en matière de marchés publics basés exclusivement sur **l'art. 9 LMI** n'a guère de portée pratique. En effet, les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs – comme l'adjudication ou la sélection à l'issue de la première

phase d'une procédure sélective – sont généralement soumises également au recours de l'art. 15 AIMP, qui permet de soulever tout autre moyen en relation avec une violation de la législation sur les marchés publics (on rappelle aussi que le Tribunal fédéral a étendu la portée de l'art. 9 II LMI au delà du cadre strict de la protection des offreurs externes dans l'ATF 125 I 406 ; il a retenu en effet que la voie de recours prévue par cette règle devait aussi être à disposition des offreurs internes qui feraient valoir une discrimination).

F. Pouvoir de cognition

1. En général

105 La LMI ne définit pas le pouvoir de cognition de l'autorité de recours, lequel est étroitement lié aux motifs que peut invoquer l'auteur du pourvoi (*supra*, N 103 s.). Selon l'art. 110 LTF, ainsi que les règles générales de procédure administrative cantonale, l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir de cognition sur les questions de fait et de droit. Le juge revoit en particulier **d'office l'application du droit**, sans être lié par les motifs invoqués par les parties. Dès lors, il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux indiqués par le recourant ou rejeter le recours et confirmer la décision litigieuse avec une motivation différente de celle retenue par l'autorité (substitution de motifs : voir ATF 121 III 274, c. 2c ; ATF 117 Ib 114, c. 4a ; ATF 115 Ib 55, c. 2b ; AUER, Streitgegenstand, p. 14 s. et 91-93 ; KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 677 et 985 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 819 ss ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Bundesverwaltungsgericht, N 1.54 s. et 3.197). Toutefois, l'autorité judiciaire peut faire preuve de retenue dans certaines circonstances. Lorsqu'est en cause l'interprétation d'une notion juridique indéterminée, l'autorité de recours tient compte de la latitude de jugement dont dispose l'auteur de la décision attaquée. Elle restreint son contrôle dans les cas où la solution du problème dépend de circonstances locales ou de considérations techniques que connaissent mieux les autorités précédentes ou lorsque se posent d'autres questions qui se trouvent à la limite entre le domaine du droit et celui de l'appréciation (GRISEL, Droit administratif II, p. 927-932 ; KNAPP, Droit administratif, N 174 et 614 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 820 ; FELLER/MÜLLER, Prüfungszuständigkeit, p. 457 ss ; ATF 120 Ia 75, c. 5 ; ATF 119 Ia 378, c. 6a).

106 Un tel pouvoir de cognition est conforme aux exigences de l'**art. 6 § 1 CEDH** qui exige que l'autorité puisse revoir toutes les questions de fait et de droit et puisse connaître du bien-fondé de la décision et procéder à un examen complet de celle-ci (CourEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c/Suède*, du 24.09.1981, série A vol. 52, § 86 ; ATF 119 Ia 321, c. 6a/cc ; ATF 120 Ia 209, c. 6b ; CLERC, Marchés, p. 262-264). Un contrôle de l'inopportunité n'est pas nécessaire, l'art. 6 § 1 CEDH n'exigeant pas que l'organe de recours puisse revoir l'opportunité de la décision attaquée (CourEDH, arrêt *Pudas c/Suède*, du 27.10.1987, série A vol. 125-A, §§ 39-41 ; TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 5.6.5 et les nombreuses références ; HERZOG, Verwaltungsrechtpflege, p. 368-371). En particulier, le contrôle du respect du principe de proportionnalité (art. 3 III LMI), condition de validité d'une restriction à la liberté d'accès au marché, tombe dans le cadre de la violation du droit (BOCK, WTO-Übereinkommen, p. 718 ; CLERC, Marchés, p. 629).

107 Dans les litiges relatifs à l'admissibilité d'une restriction à l'accès au marché selon les art. 1-6 LMI, le juge ne devrait que rarement s'imposer une retenue dans l'examen du cas d'espèce. L'autorité de recours doit nécessairement disposer d'un plein pouvoir de cognition pour examiner si l'intérêt public invoqué à l'appui d'une restriction est justifié, s'il

respecte le principe de proportionnalité et s'il ne constitue pas un obstacle déguisé aux échanges selon l'art. 3 LMI. Elle doit pour ce faire analyser l'impact économique réel de la restriction sur les bénéficiaires de celle-ci et sur les personnes qui en souffrent (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1586).

2. En matière de marchés publics

108 En matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande **liberté d'appréciation** lors de l'adjudication (MICHEL, Construction, N 1975 ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 440 ss). Le juge ne saurait donc substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur ; il n'a en particulier pas le pouvoir de revoir l'opportunité de la décision attaquée. En ce qui concerne la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné. Le juge doit exercer une retenue particulière lorsqu'il revoit l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur de l'offre du soumissionnaire recourant, au regard des critères d'adjudication, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen du juge est pratiquement restreint à l'arbitraire.

G. Pouvoir de décision

1. En général

109 Si le recours est rejeté, la décision attaquée est confirmée et acquiert la force et l'autorité de la chose jugée.

110 Si le recours au niveau cantonal est bien fondé, l'autorité de recours annule la décision et peut soit statuer elle-même au fond, soit renvoyer l'affaire à l'organe auteur de la décision, avec ou sans instructions impératives. Au niveau fédéral, l'art. 61 PA prévoit que l'autorité de recours statue en règle générale elle-même sur l'affaire ou, exceptionnellement, la renvoie à l'autorité inférieure avec des instructions impératives.

111 Selon la jurisprudence, l'autorité de recours exerce un pouvoir cassatoire et renvoie l'affaire lorsque la norme à appliquer donne à l'auteur de la décision une certaine liberté d'appréciation ou qu'elle comporte des notions juridiques indéterminées que le juge ne contrôle qu'avec retenue, lorsqu'elle nécessite certaines connaissances techniques ou lorsqu'il faut préalablement procéder à l'élucidation de faits (ATF 98 Ib 167, c. 4 ; ATF 104 Ib 46, c. 3b ; ATF 105 Ib 163, c. 2e ; ATF 106 Ib 65, c. 5b ; ATF 108 Ib 142, c. 3d ; ATF 116 Ib 309, c. 4c/cc ; ATF 117 Ib 225, c. 7a ; ATF 123 II 456, c. 3 ; ATF 131 II 72, c. 4 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 826 ss ; KNAPP, Droit administratif, N 2058 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Bundesverwaltungsgericht, N 3.194 ss). Tel est aussi le cas lorsque la décision attaquée est une décision de non-entrée en matière et que la première autorité ne s'est nullement prononcée sur le fond (ATF 102 V 183, c. 2 ; ATF 119 Ib 60). En revanche, le juge exerce un pouvoir de réforme lorsqu'il peut modifier la décision sur la base du dossier, c'est-à-dire lorsque la situation de fait et de droit est claire, mais que l'autorité en a simplement tiré des conséquences inexactes (ATF 102 V 183, c. 2 ; ATF 104 Ib 179, c. 4).

112 Par ailleurs, le juge est **lié par les conclusions** des parties. Selon le principe *ne ultra petita*, il ne peut aller au-delà des conclusions des parties (et pas seulement du recourant), à l'avantage ou au désavantage de celles-ci. Il ne peut accorder au recourant plus, ni autre chose, que ce qu'il demande, ni moins que ce que la décision contestée lui attribue ou que l'auteur de la décision attaquée lui reconnaît (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1980 s. ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 824 s. ; voir toutefois art. 62 PA). Dans ce contexte, on rappelle que la Comco, lorsqu'elle forme un pourvoi, a seulement la faculté de prendre des conclusions en constatation (art. 9 II^{bis} LMI), ce qui limite indirectement dans ce cas le pouvoir de décision de l'autorité de recours.

2. En matière de marchés publics

a) Cassation, réforme

113 Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficient les pouvoirs adjudicateurs en matière de marchés publics et de l'absence de contrôle de l'opportunité de la décision attaquée, le juge qui **annule** une décision renvoie en règle générale l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il statue à nouveau. Il ne **statue directement** que lorsque les faits sont entièrement élucidés et que la décision peut être prise directement (JAAC 1998/62 n° 80, c. 3a ; CLERC, Marchés, p. 555-557 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Bundesverwaltungsgericht, N 3.195 ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 443 ss et références aux pratiques cantonales ; à titre de comparaison, pour le droit fédéral, TRÜEB, ad Art. 32 BöB, N. 1 ss).

114 En règle générale, l'étendue des **effets de l'annulation** d'une décision devrait varier en fonction des motifs ayant conduit à l'admission du recours, de sorte que la procédure de passation devrait être reprise à partir du stade où la violation a été commise. Une inclusion d'entreprises tierces, non parties à la passation du marché initial devrait en principe être exclue, en raison des impératifs d'utilisation économe des fonds publics et de rapidité de la procédure. Il faut réserver l'hypothèse où une adjudication de gré à gré (ou à l'issue d'une procédure sur invitation) est annulée et où le pouvoir adjudicateur, qui avait choisi le mauvais type de procédure de passation, doit lancer un appel d'offres en procédure ouverte ou sélective (CLERC, Marchés, p. 557 *i.f.*-558 ; il en va de même dans le cas de l'admission d'un recours dirigé contre un appel d'offres). L'effet de l'annulation de la décision d'**adjudication** est au surplus controversé, en raison de la nature même de cette décision. L'adjudication est une décision dont le dispositif est identique – attribution du marché à un soumissionnaire et rejet (implicite) de toutes les autres offres –, mais dont la justification diffère selon les destinataires. Une annulation porte nécessairement aussi bien sur la désignation positive de l'adjudicataire que sur le rejet de l'offre du recourant (KÖLZ/HÄNER, Verwaltung, N 555 ; CLERC, Marchés, p. 502). La question est de savoir si l'annulation peut aussi bénéficier aux autres soumissionnaires évincés non recourants. Selon la jurisprudence de la Commission fédérale de recours, la décision d'adjudication est annulée en ce qu'elle attribue positivement le marché à l'adjudicataire et, négativement, en ce qu'elle rejette l'offre du recourant. Par contre, la décision d'adjudication est définitivement entrée en force en ce qu'elle rejette implicitement les offres des autres soumissionnaires, faute pour ceux-ci de l'avoir contestée dans le délai de recours. Le pouvoir adjudicateur doit dès lors prendre une nouvelle décision en se basant sur les seules offres de l'adjudicataire initial et du recourant (JAAC 1998/62 n° 80, c. 3c ; JAAC 2000/64 n° 9, c. 3b/dd ; JAAC 2000/64 n° 29, c. 1b *i.f.* ; note STÖCKLI, DC 2000/4, p. 126, ad n° 33-34 [■■] ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 444) ; il a cependant également la faculté

d'interrompre le marché (dont l'autorité de recours a constaté l'irrégularité) pour le répéter – en l'ouvrant par conséquent à des soumissionnaires qui n'ont pas recouru – de manière conforme au droit (art. 13/j AIMP ; TA VD 22.01.1999, GE. 1998.0112 ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 444 ss).

115 La jurisprudence est divisée quant à la question de savoir si l'annulation d'une décision illégale doit être subordonnée à la condition supplémentaire que la **violation ait causé un préjudice** au recourant, préjudice consistant en ce que le recourant **aurait obtenu l'adjudication du marché en l'absence de la violation**. La Commission fédérale de recours a considéré que le principe de la transparence est une garantie de nature formelle, de sorte qu'une décision d'adjudication prise en violation des règles sur les marchés publics (comme l'inclusion de critères d'adjudication non publiés et la modification de leur pondération) doit être annulée même si le recourant n'aurait pas obtenu l'attribution du marché en l'absence de la violation (JAAC 2001/65 nº 10, c. 4c ; JAAC 2001/65 nº 11, c. 4 ; JAAC 2001/65 nº 78, c. 2b ; GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 441 s.). Plusieurs juridictions cantonales renoncent à annuler une adjudication viciée pour autant que l'autorité intimée établisse que la violation n'a pas eu d'influence sur l'adjudication (en ce sens que le recourant n'aurait pas obtenu l'adjudication même sans la violation) ; elles fondent juridiquement cette condition supplémentaire en invoquant l'interdiction du formalisme excessif (TA FR 10.01.2000, cité in : DC 2000/4, p. 133, avec note ESSEIVA, et 11.07.2000, RDAF 2000 I 345, c. 4b) ou une analogie avec la jurisprudence en matière d'examen (TA VD 26.01.2000, c. 5b/dd et TA VD 20.03.2000, c. 5c ; en matière d'examen, voir JAAC 1997/61 nº 32, c. 7.2 et 8 ainsi que JAAC 1986/50 nº 45, c. 4.1 ; sur la jurisprudence cantonale, voir GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 442 s.). Cette seconde solution peut aussi se rattacher au principe de l'économie (qui peut lui-même être rapproché du principe de la proportionnalité) et de la rapidité de la procédure ; elle n'est pas très éloignée non plus de la pratique retenue en présence de violations du droit d'être entendu, qui admet à certaines conditions la réparation du vice en cours de procédure (entre autres : ATF 125 V 368, c. 4 c/aa ; ATF 114 Ia 307, c. 4a). En définitive, elle apporte une réponse équilibrée aux difficultés qui apparaissent dans une telle configuration ; il appartient au recourant de mettre en évidence une violation des règles de la procédure de passation, alors qu'il incombe à l'entité adjudicatrice de renverser la présomption que le vice en cause a influé sur l'adjudication (une telle preuve n'est généralement pas aisée à rapporter ; voir par exemple le contrôle effectué par le TA VD dans son arrêt du 20.03.2000, c. 6, GE. 1999.142).

b) Constatation de l'illicéité

116 En matière de marchés publics, lorsqu'un recours est jugé bien fondé, mais que le **contrat est déjà conclu** entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, l'autorité de recours voit son pouvoir de décision limité ; elle ne peut plus annuler la décision attaquée, mais seulement constater son illicéité. L'art. 9 III LMI reprend la limitation du pouvoir de décision prévue par l'art. 18 II AIMP ou, au niveau fédéral, par l'art. 32 II LMP. La limitation temporelle de l'annulabilité des décisions jusqu'à la conclusion du contrat, accompagnée, au-delà, de la seule possibilité de dommages-intérêts, correspond à la règle spécifique de l'art. XX § 7/c AMP, comme à celles des directives-recours communautaires (art. 2 § 1 point b de la directive-recours, Directive 89/665/CEE, et art. 2 § 6 de la directive-recours secteurs, Directive 92/13/CEE, références *supra* N 19). Le recourant qui obtient une constatation d'illicéité de la décision d'adjudication doit ouvrir une seconde procédure en dommages-intérêts pour obtenir réparation de son préjudice (*infra* N 97-99). A l'image

de la LMP et de l'AIMP, l'art. 9 III LMI a voulu éviter que le contrat ne puisse être remis en cause après sa conclusion et son exécution entravée. Une telle possibilité engendrerait une incertitude juridique ainsi qu'une perte de temps et des frais supplémentaires résultant de l'organisation d'une nouvelle procédure de passation, voire de l'indemnisation de l'adjudicataire qui aurait pris de bonne foi des dispositions sur la base du contrat conclu (Mess-2 GATT, p. 1240 ; Mess-LMI, p. 1255 ; Mess-AIMP, p. 17 et 19 ; ATF 101 II 149 ; 108 II 456, c. 3 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 510 ss ; CLERC, Marchés, p. 576 s. ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590).

117 La restriction du pouvoir de décision de l'autorité de recours à la seule constatation de l'illicéité de la décision doit être **interprétée strictement** et être réservée à la seule hypothèse où le contrat est déjà conclu. Dans tous les autres cas, l'autorité de recours a l'obligation, lorsque le recours est bien fondé, soit d'annuler la décision et de la renvoyer au pouvoir adjudicateur, soit de statuer elle-même à nouveau (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590). De plus, selon la jurisprudence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics et une partie de la doctrine, la restriction du pouvoir de décision à la seule constatation de l'illicéité de la décision est limitée aux cas où le **contrat a été valablement conclu**. Ainsi, un contrat conclu de manière prématurée ou durant le délai de *standstill* peut voir sa nullité être constatée à titre préjudiciel par un tribunal, lequel peut ensuite, en cas de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée (JAAC 1997/61 n° 24, c. 2b-e ; JAAC 1998/62 n° 32 I, c. 2, RDAF 1998 I 140 ; JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 1998/62 n° 79, c. 2 ; JAAC 1999/63 n° 42, c. 1b et 3b *i.f.* ; JAAC 1999/63 n° 61 ; CLERC, Marchés, p. 542, 574-580 ; CLERC, Contrat, p. 804-812 ; BEYELER, Schicksal, p. 1159 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590, qui exigent encore, pour que le contrat conclu soit pris en considération dans le cadre de l'art. 9 III LMI, qu'il l'ait été de bonne foi et que des dispositions aient déjà été prises sur cette base ; *contra* GAUCH, commentaires in : DC 1997/4, p. 121 s. ad n° 301 et 302 et in : DC 1998/2, p. 51 ad n° 173, et surtout TRÜEB, ad Art. 32 BöB, N 9 s. ; plus nuancé, GAUCH, Reprise, p. 5 ; sur la conclusion prématurée du contrat ou durant le délai de *standstill*, voir *supra* N 61 ; sur la portée du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, voir *infra* N 94-96).

118 Lorsqu'il statue sur un recours contre une adjudication et que le contrat est déjà conclu, le pouvoir de décision du **Tribunal fédéral** est aussi limité à la seule constatation de l'illicéité de la décision. Cette exception au régime de l'art. 107 II LTF est expressément prévue par l'art. 9 III LMI (cette disposition a connu une légère modification lors de la révision de la LMI de 2005, le mot « fédéral » – soit le dernier de l'alinéa – ayant été remplacé par le mot « déterminant » ; cette formulation nouvelle permet de tenir compte non pas seulement d'une violation de la LMI, mais aussi de l'AIMP). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs déjà étendu cette restriction de son pouvoir de décision à tous les cas où un recours en matière de marchés publics s'avérait bien fondé et où le contrat était déjà conclu. On ne conçoit guère une solution différente selon que l'adjudication viciée viole la LMI ou l'AIMP (ATF 125 II 86, c. 5 ; *infra* N 110).

c) Sort du contrat

119 En présence d'une contestation de l'adjudication, la question du sort du contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire se pose essentiellement dans **trois types de situation** (CLERC, Marchés p. 571-587 ; CLERC, Contrat, p. 804-814 ; voir au surplus l'étude très complète sur ce point de BEYELER, Schicksal, p. 1147 ss) :

– lorsque le contrat est conclu sur la base d'une décision d'adjudication illicite (par exemple, une adjudication de gré à gré injustifiée), ou ;
– lorsque le contrat est conclu de manière prématurée, c'est-à-dire avant qu'une telle conclusion ne soit légalement possible selon les règles sur les marchés publics (avant la notification de la décision d'adjudication, durant le délai de recours ou le *standstill* de l'art. 14 I AIMP, lorsqu'un recours avec demande d'effet suspensif a été déposé ou lorsque l'effet suspensif a été accordé au recours), ou ;
– lorsque le contenu du contrat diffère par trop de celui de la décision d'adjudication.

120 Le sort du contrat n'est pas réglé par la LMI, ni par les règles spéciales en matière de marchés publics (AMP, accord bilatéral Suisse-CE, LMP, OMP, AIMP). Il dépend des règles générales du droit privé sur la validité des contrats. La question est controversée dans la **doctrine**, qui évoque principalement les règles sur la nullité du contrat pour illicéité selon l'art. 20 CO, sur l'annulabilité du contrat pour vice du consentement (art. 23 ss CO) ainsi que sur la représentation sans pouvoir (MICHEL, Construction, N 2030-2036 ; GAUCH, Vertrag, p. 85-98 ; GAUCH, Beitrag, p. 173 s. ; CLERC, Marchés, p. 571-587 ; CLERC, Contrat, p. 804-814 ; GAUCH, Nichtigkeit, p. 119-124 ; pour un panorama complet des différentes théories, BEYELER, Schicksal, p. 1142 ss ; TRÜEB, ad Art. 32 BöB, N 5 ss). Ce débat doctrinal est repris plus loin (*infra* N 95 s.). La **jurisprudence** est aussi partagée, en particulier quant aux compétences qui peuvent être reconnues à l'autorité de recours en matière de marchés publics. La Commission fédérale de recours a admis que, dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision d'adjudication, elle était compétente pour constater à titre préjudiciel la nullité d'un contrat conclu en violation des dispositions légales et dès lors prononcer l'annulation de l'adjudication malgré la conclusion du contrat (JAAC 1997/61 n° 24, c. 2 ; JAAC 1998/62 n° 32 I, c. 2a, c et d, RDAF 1998 I 140 ; JAAC 1998/62 n° 32 II, c. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 1998/62 n° 79, c. 2 ; JAAC 1999/63 n° 42, c. 1b et 3b *i.f.* ; JAAC 1999/63 n° 61 ; critiques GAUCH, Nichtigkeit, p. 119-124 ; GAUCH/STÖCKLI, Marchés publics, N 27.1-27.3) ; le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé dans le même sens (ATAF 2009/19, c. 7.2). Les tribunaux administratifs cantonaux qui ont évoqué la question l'ont laissée ouverte (TA FR 3.2.1999, RFJ 1999, p. 115, c. 5-6 et note ; DC 1999/2, p. 60 ; TA ZH 24.03.1999, ZBl 1999, p. 372, c. 2 ; TA ZH 24.11.1999, BEZ 2000 n° 9, c. 10).

121 A notre avis, les règles du CO sur la **représentation sans pouvoir** sont inapplicables à l'analyse du sort du contrat conclu, en matière de marchés publics, dans l'un des cas problématiques susmentionnés (opinion soutenue par GAUCH, Bundesgesetz, p. 331 ; GAUCH, Beitrag, p. 173 s. ; GAUCH, Nichtigkeit, p. 123 ; cet auteur a désormais abandonné cette thèse : GAUCH, Reprise, p. 5 ss ; d'autres auteurs l'ont néanmoins adoptée à leur tour, ainsi ABEGG, p. 169 s. et 177 ss).

122 La procédure de passation des marchés publics constitue en effet une procédure administrative, régie en partie par des règles spécifiques et au surplus par les règles ordinaires de la procédure administrative (voir par ex. art. 26 LMP ; CLERC, Marchés, p. 486-493), clôturée par une décision, et au cours de laquelle les compétences et pouvoirs des fonctionnaires agissant pour le pouvoir adjudicateur dépendent par ailleurs des règles sur le statut des fonctionnaires et sur l'organisation de l'administration (CLERC, Marchés, p. 572 s. ; GAUCH, Nichtigkeit, p. 123). Les réglementations spéciales en matière de marchés publics fixent les règles à suivre par le pouvoir adjudicateur, non celles réglant les rapports internes entre le pouvoir adjudicateur et les fonctionnaires passant les marchés pour celui-ci. L'adjudication est une décision qui doit en principe être exécutée telle quelle par la

conclusion du contrat, sous réserve des cas de révocation limitativement énumérés ou d'une annulation par l'autorité de recours, et qui ne saurait par conséquent être assimilée à une procuration, dont l'art. 34 I et II CO prescrit impérativement qu'elle peut être restreinte ou révoquée, et donc *a fortiori* modifiée, en tout temps. Un fonctionnaire agissant au nom du pouvoir adjudicateur et qui conclut le contrat avec l'adjudicataire avant que les règles sur les marchés publics ne le permettent ne le fait généralement pas à l'insu ou contre la volonté du pouvoir adjudicateur, mais exécute la volonté du pouvoir adjudicateur (voir par ex. TA ZH du 24.11.1999, BEZ 2000 nº 9, c. 10, où l'autorité ayant conclu le contrat était compétente). Si l'on présuppose que la conclusion anticipée du contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constitue une violation de la loi, cette violation est le fait de la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur, fidèlement exécutée par le fonctionnaire ayant conclu le contrat, et non (sous réserve de cas exceptionnels), le fait autonome d'un agent de l'Etat ayant outrepassé ses pouvoirs ou agissant sans pouvoir. Appliquer les règles sur la représentation sans pouvoir désignerait à tort comme auteur de la violation le fonctionnaire ayant pourtant agi au nom du pouvoir adjudicateur et pourrait entraîner la responsabilité personnelle de ce dernier.

123 Plusieurs facteurs militent contre une **nullité** du contrat conclu sur la base d'une décision d'adjudication illégale. Il convient d'abord de tenir compte de la volonté du législateur, car c'est lui, et non le juge, qui détermine les mesures propres à atteindre le but visé par la loi. En limitant les pouvoirs de l'autorité de recours, après la conclusion du contrat, à la seule constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication, accompagnée de l'octroi de dommages-intérêts, le législateur a implicitement visé une intangibilité de principe du contrat conclu. En deuxième lieu, la nullité du contrat constituerait, le plus souvent, une sanction disproportionnée par rapport à la violation, en raison de l'incertitude juridique, de la perte de temps et des frais supplémentaires qu'elle engendrerait, y compris une éventuelle indemnisation de l'adjudicataire « innocent ». En troisième lieu, la décision viciée reste formellement en vigueur malgré la constatation de son illicéité. Or le juge civil ne peut, par le biais de l'examen d'un acte privé dont la validité dépend de celle d'une décision administrative en force, réexaminer ladite décision, sous réserve des cas où la décision administrative souffre de nullité absolue (CLERC, Marchés, p. 576 s.). Toutefois, la sanction de la nullité du contrat conclu sur la base d'une décision illégale ou, plus généralement, en violation des règles sur les marchés publics pourrait être justifiée – et être constatée par l'autorité de recours – dans des cas exceptionnels. Tel est le cas, à notre avis, lors de la non-publication d'un appel d'offres ou de l'utilisation injustifiée de la procédure de gré à gré, lors de la conclusion du contrat durant le délai de recours ou alors que l'effet suspensif est octroyé ou requis, ou durant la période de *standstill* (sauf lorsqu'une conclusion immédiate est nécessaire en raison d'une urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public prépondérant), ou lors de la conclusion d'un contrat différant fortement de la décision d'adjudication (CLERC, Marchés, p. 578 s. ; CLERC, Contrat, p. 804 ss ; *contra* TRÜEB, ad Art. 32 BöB, N 9 s. et GAUCH, Nichtigkeit, p. 119-124 ; dans ses dernières contributions sur ce sujet, cet auteur suggère plutôt une invalidité *sui generis* d'un tel contrat, GAUCH, Reprise, p. 5 ss ; voir aussi l'étude de BEYELER, Schicksal, p. 1152 ss, qui propose de donner à l'autorité de recours la compétence d'ordonner au pouvoir adjudicateur d'utiliser les moyens contractuels existants pour rétablir une situation conforme aux règles du droit des marchés publics ; voir encore à ce sujet la réglementation des art. 43 et 43*a* de l'avant-projet de révision de la LMP, aujourd'hui abandonné, et le commentaire de STÖCKLI in : DC 4/2008, p. 196 ss). La question de la validité du contrat ne peut en tout cas pas être tranchée de manière générale, mais seulement en fonction des

violations intervenues dans le cas d'espèce (TA ZH 24.11.1999, BEZ 2000 n° 9, c. 10). En droit comparé, enfin, on notera que le nouveau § 13 du *Vergabeverordnung* allemand (BGBl 2001 I, p. 110 ss), adopté suite à l'arrêt *Alcatel* de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, arrêt *Alcatel Austria AG e.a. c/Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, aff. C-81/98, Rec 1999, p. I-7671, pts 29-43 ; *supra* N 61), prévoit que le contrat conclu durant le délai de *standstill* de 14 jours est nul *(« nichtig »)*. Le droit européen comporte désormais une règle similaire (art. 2^{quater} nouveau, introduit par la Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335 du 20.12.2007, p. 31-46).

d) Dommages-intérêts

124 Une remarque préalable : la voie de l'action en dommages-intérêts est fermée au soumissionnaire évincé qui laisse entrer en force la décision d'adjudication, sans la contester (Galli et al., Beschaffungsrecht, p. 457 s. ; on applique ici le principe de l'art. 12 LRCF ; il en va de même s'il la conteste et que son recours est rejeté ; ou encore s'il est accueilli, mais que la décision d'adjudication est annulée). Lorsque l'autorité de recours, parce que le contrat est déjà conclu, se limite à constater l'illicéité de la décision restreignant l'accès à un marché public (*supra* N 91-93), le recourant peut agir en dommages-intérêts contre l'autorité qui a pris la décision illicite, dans la règle en engageant une seconde procédure. Le fait que la LMI soit muette sur la question de la responsabilité ne signifie pas que celle-ci soit exclue. Alors que l'art. 10 III *i.f.* du projet LMI réservait expressément la responsabilité de droit public cantonal (Mess-LMI, p. 1255 et 1271), le Parlement a préféré laisser à la jurisprudence le soin de trancher s'il s'agit d'une responsabilité de droit public ou de droit privé (intervention de Zimmerli in : BO CE 1995 938). La suppression de la réserve ne visait ainsi nullement l'exclusion de la responsabilité du pouvoir adjudicateur (Cottier/Wagner, BGBM, p. 1590 ; Weber, Binnenmarktgesetz, p. 174 s. ; Cottier/Merkt, Beschaffungswesen, p. 82).

125 La qualification de la responsabilité, de droit public ou de droit privé, en cas de violation des règles sur les marchés publics, est controversée en doctrine. A notre sens, la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs découlant d'une restriction à l'accès à un marché public contraire aux art. 3 et 5 LMI, devrait relever des mêmes règles que la responsabilité pour violation des règles spéciales en matière de marchés publics, qui visent aussi l'ouverture des marchés. Il s'agit, à notre sens, d'une **responsabilité de droit public**. En premier lieu, il ressort de la systématique de la loi que le droit fédéral et, fréquemment, le droit cantonal en matière de marchés publics ont établi une *lex specialis* qui déroge partiellement à la loi fédérale, respectivement aux lois cantonales sur la responsabilité et y renvoient pour le surplus (art. 34 LMP ; Mess-2 GATT, p. 1240 s. ; Clerc, Marchés, p. 589). En deuxième lieu, le législateur fédéral a examiné et rejeté une proposition consistant à baser la responsabilité en cas de violation de la LMP sur les dispositions du CO, selon les règles de la *culpa in contrahendo*. Il y a en conséquence silence qualifié de la loi (proposition de la minorité de la commission de l'économie et des redevances composée de Früh, Binder, Dreher, R. Mauch, Nebiker, Perey, Spoerry, Stucky et discussion in : BO CN 1994 2304-2306 ; Ulrich, p. 158-161 ; Clerc, Marchés, p. 589 s.). Enfin, la responsabilité de l'Etat relève du droit public lorsque l'activité ayant causé le préjudice est un acte régi par le droit public, accompli par un agent public agissant dans le cadre de sa fonction et qui ne

concerne pas l'exercice d'une industrie. Il faut encore que l'entité en cause entre dans le champ d'application de la loi cantonale sur la responsabilité, sans quoi le droit privé fédéral s'applique à titre subsidiaire (art. 61 I CO). Ces conditions de la responsabilité de droit public sont remplies en matière de passation de marchés par les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux (CLERC, Marchés, p. 587-596). Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs expressément l'adjudication comme un acte de puissance publique (ATF 125 II 86, c. 3b). Il avait déjà admis, sous l'empire de l'ancien droit en matière de marchés publics, que la responsabilité du pouvoir adjudicateur ayant enfreint les règles applicables à la passation des marchés, jusqu'à et y compris l'adjudication, était une responsabilité de droit public (ATF 116 Ib 367, c. 1b, 1c et 2b ; ATF 126 I 144 ; CLERC, Marchés, p. 587-601 ; GADOLA, Beschaffungswesen, p. 977 ; sur la responsabilité de l'Etat en général, voir notamment CARRON, Responsabilité ; J. GROSS, Staatshaftungsrecht ; B. GROSS, Haftpflicht ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 835 ss ; STARK, Gedanken ; MOOR/PIOTET, Responsabilité).

126 Une partie de la doctrine considère néanmoins qu'une **responsabilité concurrente de droit privé**, au titre de la *culpa in contrahendo*, subsiste (GAUCH, Bundesgesetz, p. 335 s. ; GAUCH, Beitrag, p. 176 ; TERCIER, Libéralisation, p. 25 ; BEYELER, Beschaffung, p. 551 ss et les auteurs qu'il cite p. 565 ; TRÜEB, ad Art. 34 BöB, N. 15). Cette approche permettrait d'obtenir une réparation fondée sur le droit privé pour le préjudice supplémentaire non réparé par les règles de droit public sur la responsabilité en matière de marchés publics (on sait qu'elles prévoient une limitation de la réparation aux frais d'élaboration de l'offre et du recours : art. 34 II LMP ; solution fréquemment reprise par les droits cantonaux ; sur la pratique, voir GALLI et al., Beschaffungsrecht, p. 453 ss). A notre avis, cette approche doit être rejetée car elle repose sur la conception prévalant sous l'empire du droit antérieur selon laquelle l'attribution d'un marché avait lieu par contrat, sans qu'une décision soit prise. Dans le droit actuel, la phase de passation du marché est entièrement régie par des règles de droit public, y compris le principe de la bonne foi, et est clôturée par une décision (CLERC, Marchés, p. 598-600 ; POLTIER, Marchés publics, p. 325-328).

H. Les voies de recours au Tribunal fédéral

1. Généralités

127 Désormais, l'art. 9 LMI ne comporte plus aucune mention de la voie de recours au Tribunal fédéral ; il en découle que le droit ordinaire, la LTF, régit également les recours formés contre des actes fondés sur la LMI. On a déjà évoqué à plusieurs reprises la révision de la LMI de 2005 ; elle a été élaborée en parallèle avec les projets liés à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (Mess-rév.LMI, p. 445). Il faut donc lire le texte de l'art. 9 LMI révisé en parallèle avec celui des dispositions de la LTF relatives aux recours au Tribunal fédéral dans les causes de droit public. En cette matière, les art. 82 ss LTF prévoient tout d'abord une voie de recours ordinaire, celle du **recours en matière de droit public**; cependant, le législateur a prévu divers cas d'exception à l'ouverture de cette voie de recours (art. 83 ss LTF) ; en présence de telles exceptions et pour autant que la décision émane d'une autorité cantonale, les art. 113 ss LTF ouvrent alors la voie du **recours constitutionnel subsidiaire**.

128 L'art. 82/a et b LTF ouvre la voie du recours en matière de droit public contre les décisions rendues dans des causes de droit public, ainsi que contre les actes normatifs cantonaux (l'art. 82/c LTF est sans pertinence ici). Ainsi, une **réglementation** cantonale ou commu-

nale peut être adoptée en violation de la LMI ; elle est alors sujette à un recours direct au Tribunal fédéral en application de l'art. 82/b LTF (pour un exemple : TF, arrêt du 17.05.2011, 2C_240/2010, réglementation zurichoise sur les taxis ; à moins, ce qui est rare, que les cantons n'aient institué une voie de droit cantonale pour assurer le contrôle abstrait des normes). Un tel recours doit être formé dans les 30 jours qui suivent la publication de l'acte selon le droit cantonal (art. 101 LTF). On se concentrera cependant ici sur le recours en matière de droit public dirigé contre des **décisions**; dans ce contexte, le recourant peut demander que soit opéré (bien que le délai de recours contre l'acte normatif lui-même soit échu) un contrôle concret de la conformité du texte cantonal appliqué au droit supérieur, par exemple à la LMI (p. ex. ATF 134 II 329 ; TF, arrêt du 3.05.2011, 2C_57/2011).

129 Constituent en principe des **actes attaquables** les décisions rendues dans des causes de droit public ; les art. 83 ss LTF prévoient cependant diverses **exceptions** à la règle de l'art. 82/a LTF. On s'attardera ci-dessous à celle qui a trait aux marchés publics (art. 83/f LTF ; N 141 ss). Pour le surplus, le catalogue d'exceptions de l'art. 83 LTF ne trouve guère à s'appliquer en matière de restrictions à la liberté d'accès aux marchés ; ainsi, si le recourant se voit refuser le droit d'offrir ses marchandises ou ses services ou celui de s'établir pour exercer une activité lucrative, le recours en matière de droit public lui est ouvert. Tout au plus peut-on envisager l'application de **l'exception de l'art. 83/t LTF** dans le contexte de décisions prises en application de l'art. 4 III LMI. Selon la règle précitée de la LTF, le recours en matière de droit public n'est pas ouvert à l'encontre de décisions portant sur le résultat d'évaluations des capacités du requérant, notamment en matière d'exercice d'une profession. L'art. 4 LMI prévoit par ailleurs le principe de la reconnaissance des certificats de capacité délivrés par un canton dans les autres cantons où l'intéressé souhaite exercer son activité ; le canton de destination peut cependant tenter de démontrer que la formation accomplie dans le canton de provenance ne satisfait pas les exigences qu'il pose lui-même ; dans cette hypothèse, le requérant a la faculté d'apporter une contre preuve et de démontrer ainsi qu'il a acquis les connaissances requises d'une autre manière, notamment par le biais de son expérience professionnelle. Lorsque le canton d'accueil procède à l'appréciation de cette preuve, en application de l'art. 4 III LMI, il se livre ici sans doute à une évaluation des capacités professionnelles du requérant, au sens de l'art. 83/t LTF ; il n'est donc pas exclu que le recours en matière de droit public soit irrecevable sur ce volet des décisions fondées sur l'art. 4 LMI. Certes, il en découle un découpage entre les diverses questions traitées par cette disposition, les unes relevant du recours ordinaire en matière de droit public, alors que les autres sont traitées par le biais du recours constitutionnel subsidiaire. A vrai dire, la jurisprudence actuelle connaît déjà une telle répartition entre les deux voies de droit des diverses questions à trancher en matière d'examens (A. Wurzburger in : Corboz et al., LTF, ad art. 83 N 157 ss et 162 ; T. Häberli in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 83 N 296 ss et 299). En revanche, les commentateurs retiennent que les art. 83 ss LTF ne prévoient aucune exception à l'ouverture du recours en matière de droit public dans le domaine des **concessions cantonales ou communales**, visées par l'art. 2 VII LMI (T. Häberli in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 83 N 15 ; A. Wurzburger in : Corboz et al., LTF, ad art. 83 N 80). On a relevé plus haut que la LMI était susceptible de s'appliquer à certaines décisions prises à l'endroit des **agents publics** (LMI-1, N 122 ss). Il faut ici prendre garde aux exceptions prévues par l'art. 83/g (contestation non pécuniaire relative aux rapports de travail de droit public) et 85 I/b (contestation pécuniaire concernant de tels rapports) LTF.

130 L'art. 86 LTF pose ici une exigence supplémentaire, qui a trait à l'autorité qui a rendu la décision attaquée ; s'agissant de décisions cantonales (c'est la principale hypothèse envisageable ici), seuls les jugements émanant des **tribunaux supérieurs** du canton (Tribunal cantonal, Tribunal administratif) sont susceptibles d'un recours au Tribunal fédéral (l'exception que ménage l'art. 86 II LTF n'a guère de portée, spécialement dans le contexte de l'application de la LMI ; celle de l'art. 86 III LTF ne devrait pas en avoir non plus, sous réserve peut-être du cas de certaines concessions).

2. Le régime ordinaire : le recours en matière de droit public

a) Délai de recours et effet suspensif

131 Le **délai** de recours est de 30 jours dès la notification du jugement cantonal (art. 100 I LTF). Le recours en matière de droit public n'a, en règle générale, pas d'**effet suspensif**; le juge instructeur peut toutefois, d'office ou sur demande, statuer dans un sens différent (art. 103 I et III LTF ; sur la portée restreinte de la question de l'effet suspensif s'agissant de décisions négatives, tel un refus d'accès au marché, *supra* N 71).

b) Qualité pour recourir. Les parties

132 Le siège de la matière se trouve à l'art. 89 LTF ; il faut d'ailleurs distinguer un régime général (art. 89 I LTF) et un régime spécial (art. 89 II LTF) de légitimation (l'art. 89 III LTF est sans pertinence ici).

133 Le **régime général** vise à définir au premier chef le cercle des particuliers (personnes physiques ou morales) habilités à recourir ; le critère décisif est ici celui de l'intérêt digne de protection, notion déjà rencontrée pour définir la qualité pour agir dans le contexte de l'art. 9 II LMI (*supra* N 81 ss). On relèvera seulement que l'art. 89 I LTF s'inscrit dans une certaine continuité par rapport à l'art. 103/a aOJ, puisque l'ancien recours de droit administratif se fondait lui aussi sur ce critère ; cependant, le législateur a ici voulu poser des exigences un peu plus restrictives que celles qui découlaient de l'ancien texte (sur ce passage de l'ancien au nouveau droit, ATF 133 II 249, c. 1.3.1 et 1.3.2). Concrètement, il va de soi que les destinataires d'une décision comportant une restriction à la liberté d'accès au marché bénéficient de la qualité pour recourir ; par contre, les cas dans lesquels des tiers, notamment des concurrents, voire des consommateurs seraient habilités à saisir le Tribunal fédéral devraient être beaucoup plus rares. Les remarques évoquées sur ce point lors de l'examen du recours fondé sur l'art. 9 II LMI sont transposables ici (*supra*, N 86 s.).

134 Quand bien même la jurisprudence souligne que la définition générale de la qualité pour agir à l'art. **89 I LTF** est conçue au premier chef pour la protection juridictionnelle des particuliers, elle a admis que cette disposition pouvait également s'appliquer à titre exceptionnel aux **collectivités publiques**; la règle reste toutefois l'exclusion des procédures « intra-organiques ». Pour les particuliers, comme pour les collectivités, le critère doit être celui d'un *intérêt* à cette protection – mais rien n'indique qu'il devrait s'agir pour l'un et l'autre d'un intérêt de même nature, à savoir un intérêt privé ou au moins analogue. Dans le contexte de la LMI, on ne peut d'ailleurs guère imaginer qu'une collectivité soit touchée par la décision de la même manière que le seraient les particuliers (au contraire lorsque la collectivité intervient comme employeur, dans l'exemple une association de communes : ATF 134 I 204, c. 2.3). Il est clair aussi que le seul intérêt à l'exacte concrétisation du droit ou à une judicieuse mise en œuvre d'une tâche publique n'est pas suffisant, parce que, si-

non, le droit de recours serait donné aux collectivités de manière générale – car cet intérêt caractérise l'exercice de toute compétence. On s'arrêtera ici à une configuration particulière et typique de la règle : une autorité ne peut pas agir contre la décision d'une autre autorité, relevant de la même collectivité, qui annule ou modifie sur recours la décision qu'elle avait elle-même prise en première instance (ATF 127 II 32, c. 2 f) ou même, plus largement, qui impose une obligation à cette collectivité. La jurisprudence rendue sous l'ancien droit était sur ce point pratiquement constante. Mais le Tribunal fédéral semble avoir retenu à ce propos une nouvelle approche dans un arrêt récent, qui avait trait précisément à la LMI (ATF 135 II 12, c. 1.2.1 et 1.2.2, confirmé par l'arrêt du 15.05.2009, 2C_844/2008). Ce jugement élargit la qualité pour recourir des cantons à des situations soulevant des questions de principe, importantes pour l'autorité cantonale. Etait en cause un refus de l'autorité zurichoise d'accorder une autorisation de pratiquer la profession de psychothérapeute à une personne au bénéfice d'une autorisation pour cette profession délivrée par le canton des Grisons ; sur recours de l'intéressé, appuyé par la Comco, le Tribunal administratif cantonal avait annulé la décision et invité le service cantonal à délivrer l'autorisation requise. Le canton, estimant que ce jugement faisait primer à tort la LMI sur la loi cantonale, a formé un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Ce dernier l'a déclaré recevable, admettant que le canton faisait ici valoir un intérêt digne de protection à recourir, contre un jugement ayant la portée d'un précédent pour l'octroi de nombreuses autres autorisations ; un tel intérêt doit en effet être retenu, selon le Tribunal fédéral, lorsque l'octroi de l'autorisation viole le droit cantonal en vigueur et que cela met en jeu des intérêts importants de politique de la santé, ce qui était le cas en l'espèce. Dans cette mesure, cet arrêt constitue une rupture par rapport à la jurisprudence antérieure relative à ce type de configurations, ce d'autant que la solution retenue ne peut pas être justifiée, par substitution de motif, par le fait que le canton se trouvait en l'espèce dans une situation analogue à celle d'un particulier (pour une présentation générale de ce problème, MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 727 ss ; B. WALDMANN in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 89 N 37 ss et 43 ss).

L'art. 89 II LTF mentionne par ailleurs divers **régimes spéciaux** de qualité pour agir. Cette **135**
disposition prévoit ou réserve la légitimation à recourir de certaines **autorités** (voir sur ce point B. WALDMANN in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 89 N 65 ss), ainsi que d'**organisations à but idéal**. On a d'ailleurs déjà rencontré ces différents cas de figure lors de l'examen de la voie de recours cantonale de l'art. 9 II LMI ; le régime prévu par l'art. 89 II LTF s'impose en effet aux autorités cantonales par le jeu de l'art. 111 I LTF, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir ici, sous réserve de brèves remarques complémentaires (voir au surplus *supra* N 88 ss). La question s'est posée de savoir si la **légitimation** à recourir **de la Comco** pouvait se fonder sur l'art. 89 II/a ou d LTF ; en effet, la seconde règle exige que le droit de recours soit prévu par une loi fédérale (au sens formel), alors que, selon l'art. 89 II/a LTF, il suffit que le droit fédéral (par quoi il faut entendre également une ordonnance) prévoie que des unités subordonnées aux départements puissent former un tel recours. Le Tribunal fédéral a retenu que la Comco constituait une autorité indépendante, ce qui excluait de la considérer comme une telle « unité subordonnée » ; en conséquence, seule la loi spéciale, conformément à l'art. 89 II/d LTF, pouvait lui conférer la légitimation à recourir (ATF 133 II 104, c. 2.4 non publié). L'art. 9 II^{bis} LMI constitue précisément une telle base légale spéciale, conforme à l'art. 89 II/d LTF (on précise ici que le texte même de l'art. 9 II^{bis} LMI prévoit un droit de recours contre des décisions, soit des actes concrets, à l'exclusion d'un pourvoi tendant au contrôle abstrait de réglementations cantonales ou communales) ; ni la LCart, ni la LMP ne comportent en re-

vanche de règles similaires (ce qui empêche la Comco de saisir le TF d'un recours contre une décision du TAF rendue à son détriment en application de ces textes). On admet par ailleurs que l'autorité habilitée à agir sur la base de l'art. 89 II LTF n'a pas à prendre part aux procédures devant les autorités inférieures si elle entend saisir le Tribunal fédéral ; elle n'a donc pas à respecter l'exigence posée à l'art. 89 I/a LTF (A. WURZBURGER in : Corboz et al., LTF, ad art. 89 N 45 ; il faut toutefois réserver le cas où la loi spéciale exigerait une telle participation, mais tel n'est pas le cas de la LMI). Parmi les autorités habilitées à recourir, on peut encore mentionner ici les **communes** (art. 89 II/c LTF), qui peuvent contester un jugement cantonal de dernière instance, rendu dans le contexte de la LMI, en faisant valoir une violation de leur autonomie. Pour le surplus, il n'y a pas, en l'état du droit positif, de loi spéciale habilitant des organisations à but idéal à recourir contre des décisions fondées sur cette loi (p. ex. des organisations de consommateurs).

136 L'art. 102 LTF, qui a trait à l'échange d'écritures et qui est applicable notamment dans le cadre du recours en matière de droit public, définit **le cercle des parties** dans le cadre d'une telle procédure ; cette disposition prévoit, si nécessaire, la communication du recours à l'autorité précédente, à d'autres parties éventuelles, ainsi qu'aux autorités qui ont qualité pour recourir. Cette règle très souple permet en tous les cas au Tribunal fédéral d'appeler à la procédure les autorités qui sont intervenues devant les instances précédentes, ainsi que celles qui sont habilitées à recourir sur la base de l'art. 89 II LTF. Dans le contexte d'un litige qui fait appel à l'application de la LMI, le Tribunal fédéral peut donc notamment inviter la Comco à se déterminer sur le pourvoi (art. 102 I LTF ; voir à ce propos B. CORBOZ in : Corboz et al., LTF, ad art. 102 N 14 ss, 17 ss et 21). Ce régime est de nature à priver l'art. 10 II LMI de l'essentiel de sa portée pratique (voir au surplus LMI 10, N 14 ss, spéc. 18).

c) Motifs du recours et pouvoir de cognition

137 Il s'agit ici d'examiner quels moyens le recourant est admis à invoquer dans le cadre de ce recours ordinaire ; simultanément, il en découle une obligation pour le Tribunal fédéral d'examiner les griefs recevables, ce qui délimite son pouvoir de cognition. Le recours en matière de droit public a pour vocation, notamment, d'assurer une application uniforme du droit fédéral ; le recourant ne peut donc pas, sous quelques réserves non pertinentes ici, se borner à invoquer la violation du droit cantonal, mais il doit faire valoir la méconnaissance – principalement – du **droit fédéral** (voire du droit intercantonal). L'intéressé peut donc se plaindre au premier chef de la violation des art. 1 à 4 LMI, dont on admet d'ailleurs qu'ils sont suffisamment précis pour être d'application directe, voire de dispositions connexes du droit fédéral. La notion de droit fédéral s'étend également aux droits constitutionnels, de sorte que le recourant peut également s'en prendre à une application arbitraire du droit cantonal. Il peut aussi, même si l'on s'écarte ici du contexte étroit de la LMI, faire valoir une violation de concordats cantonaux (art. 95/e LTF).

138 Le recourant ne peut par ailleurs pas faire valoir l'**inopportunité** de la décision attaquée. Il ne peut pas non plus critiquer l'**état de fait** du jugement contesté, à moins que celui-ci soit manifestement inexact ou ait été établi en violation du droit (notamment en présence d'une appréciation arbitraire des preuves ; art. 97 I et 105 II LTF).

139 Selon l'art. 106 I LTF, le Tribunal fédéral **applique le droit d'office**; il faut toutefois comprendre cette disposition en relation avec l'art. 42 I LTF, qui exige que le recours soit motivé (ATF 133 III 545, c. 2.2, et F. AUBRY GIRARDIN in : Corboz et al., LTF, ad art. 42

N 25). Il faut en outre réserver le régime particulier de l'art. 106 II LTF ; il en découle que le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux, ainsi que celle de dispositions du droit intercantonal que si ce grief a été invoqué et étayé par le recourant. Cette solution vaut également lorsque l'intéressé fait valoir que l'état de fait a été établi en violation du droit (souvent du droit constitutionnel ; sur les différents points qui précèdent, B. Corboz in : Corboz et al., LTF, ad art. 105 N 60 et ad art. 106 N 32 ss).

d) a)■

140 L'ancien recours de droit public avait une nature cassatoire. Désormais, le Tribunal fédéral a le pouvoir, dans l'ensemble des recours ordinaires, de réformer le jugement attaqué sur le fond ; il conserve bien évidemment la faculté d'annuler celui-ci et de renvoyer l'affaire à l'autorité précédente, voire à celle qui a statué en première instance (art. 107 II LTF). En présence de cette alternative, le Tribunal fédéral devrait sans doute pencher en faveur du renvoi lorsque la cause appelle l'application du droit cantonal ou lorsque la disposition déterminante confère à l'autorité une liberté d'appréciation (ATF 134 III 379, c. 1.3 ; B. Corboz in : Corboz et al., LTF, ad art. 107 N 14). Par ailleurs, le Tribunal fédéral est lié par les conclusions des parties (art. 107 I LTF) ; dans le cas d'un pourvoi formé par la Comco seule, le jugement qui l'admet se limitera alors à la constatation de l'illégalité de la décision attaquée (art. 9 II^{bis} LMI).

3. Les voies de recours en matière de marchés publics

a) Généralités

141 Peu importe que la décision attaquée soit fondée ou non sur l'art. 5 LMI ou encore que le pourvoi invoque la violation de cette disposition ; toutes les décisions rendues en matière de marchés publics (en particulier les décisions cantonales et communales) obéissent au régime de l'art. 83/f LTF. On l'a dit, cette disposition prévoit **une exception** à l'ouverture du recours en matière de droit public dans ce domaine. Plus exactement, cette voie de droit n'est ouverte qu'en présence de **deux conditions cumulatives** : le marché doit tout d'abord atteindre les valeurs seuils internationales ; de surcroît la cause doit soulever une question juridique de principe (sur le caractère cumulatif de ces deux conditions, ATF 134 II 192, c. 1.2 ; ATF 133 II 396, c. 2.1 ; T. Häberli in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 83 N 152 ss). Le recours ordinaire n'est donc ouvert ici que de manière très restrictive.

142 Cette disposition ne s'applique qu'en présence d'un marché public ; en d'autres termes, l'exception de l'art. 83/f LTF ne concerne pas les décisions relatives à l'octroi de concessions cantonales ou communales visées à l'art. 2 VII LMI (T. Häberli in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 83 N 154 ; A. Wurzburger in : Corboz et al., LTF, ad art. 83 N 80 ; il peut y avoir des situations particulières où l'acte en cause est de nature composée, comprenant à la fois les éléments d'une concession et ceux d'un marché public – pour un exemple, ATF 135 II 49 –, auquel cas la règle s'applique pour la partie de l'acte relevant du droit des marchés publics, c. 1.3 non publié).

143 La première condition, qui a trait aux **valeurs seuils**, ne soulève pas de question particulière ici (il s'agit d'une question classique de droit des marchés publics ; voir à ce propos LMI 5 N ■■■). La seconde condition a trait à l'existence d'une **question juridique de principe**; la notion (que l'on rencontre aussi dans d'autres dispositions : art. 74 II/a et 85 II LTF) est à vrai dire difficile à cerner et elle est dans une très large mesure tributaire de

l'interprétation qu'en donnera la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans le domaine des marchés publics, le Tribunal fédéral s'est montré extrêmement restrictif, ne retenant l'existence d'une question de cette nature que dans quelques rares précédents (ATF 135 II 49, c. 1.3.2 non publié ; ATF 134 II 192, c. 1.3, 2.2 et 2.3 ; TF, arrêt du 11.03.2011, 2C_783/2010, c. 1.1.2, destiné à la publication ; ces arrêts ajoutent encore que la question juridique de principe doit relever du droit des marchés publics, ce qui restreint encore la recevabilité du recours en matière de droit public dans ce domaine ; voir également T. HÄBERLI in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 83 N 157 ; A. WURZBURGER in : Corboz et al., LTF, ad art. 83 N 86 ss ; MISIC, Verfassungsbeschwerde, p. 168 ss). Suivant le mécanisme déjà évoqué (*supra*, N 129), lorsque le recours en matière de droit public n'est pas ouvert, parce que l'une des conditions précitées n'est pas remplie, seul peut être formé, à l'encontre de décisions cantonales, un recours constitutionnel subsidiaire (sur le régime applicable à ce dernier, *infra* let. c). En conséquence, les jugements de dernière instance cantonale rendus en cette matière ne sont, la plupart du temps, susceptibles que de cette seconde voie de droit, alors que la recevabilité du recours en matière de droit public apparaît ici exceptionnelle (dans ce sens, MISIC, Verfassungsbeschwerde, p. 169 s). S'agissant de marchés fédéraux, le TAF statue dans la plupart des cas définitivement, puisque le recours subsidiaire n'est pas ouvert à l'encontre de ses arrêts.

144 Dans le domaine des marchés publics, les procédures de passation se déroulent généralement en plusieurs étapes, l'adjudication constituant la dernière d'entre elles. La question se pose dès lors de déterminer si les décisions prises à l'issue de ces différentes étapes sont séparément ou non susceptibles d'un recours (pour autant que les conditions de l'art. 83/f LTF soient remplies). Diverses décisions, prises en cours de procédure, présentent néanmoins un caractère final au sens de l'art. 90 LTF : ainsi le refus d'inscrire un soumissionnaire sur une liste permanente de qualification, la non-sélection d'un concurrent dans le cadre d'une procédure de préqualification, l'exclusion de la procédure, la révocation de l'adjudication, notamment (ces décisions sont d'ailleurs mentionnées à l'art. 29 LMP, pour le droit fédéral, comme étant susceptibles de recours ; l'art. 15 I AIMP, qui ne concerne pas le TF, va dans le même sens). D'autres décisions en revanche présentent plutôt le caractère de décisions incidentes au sens notamment de l'art. 93 LTF ; le recours en matière de droit public n'est alors ouvert immédiatement qu'aux conditions restrictives posées par cette disposition (ATF 134 II 192, c. 1.4 ; ATF 135 II 49, c. 1.4 : il s'agissait en l'occurrence de l'envoi du cahier des charges aux soumissionnaires).

145 Le monde politique s'est ému à plusieurs reprises des retards occasionnés par les voies de recours dans le domaine des marchés publics ; tel a été le cas plus particulièrement dans le contexte du percement d'un nouveau tunnel au Gothard, piloté par une filiale des CFF, AlpTransit AG. En conséquence, le Conseil fédéral a chargé le DETEC d'élaborer une modification législative tendant à la **suppression du recours au Tribunal fédéral** (voir à ce sujet le rapport explicatif du 18 novembre 2009 du Département fédéral des finances sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics, ch. 1) ; une telle suppression ne vaudrait sans doute que pour les marchés fédéraux relevant de la LMP.

b) Le recours en matière de droit public

146 Certains développements relatifs à la voie de droit cantonale de l'art. 9 II LMI (notamment en matière de marchés publics) sont transposables ici (*supra*, N 71 ss) ; d'autres points, qui ont trait au régime ordinaire du recours en matière de droit public et qui ont été exposés plus haut (*supra*, N 131 ss), peuvent être repris également. Les remarques qui suivent

visent donc essentiellement à mettre en évidence les aspects particuliers, spécifiques au recours en matière de droit public dans le domaine des marchés publics.

Devant le Tribunal fédéral, l'**effet suspensif** n'est pas automatique ; dans la pratique, l'octroi de l'effet suspensif est d'ailleurs plutôt rare devant le Tribunal fédéral (DUBEY, Pratique judiciaire, p. 402 s. ; voir aussi la configuration particulière de l'ATF 134 II 192, c. 2.4). Le Tribunal fédéral devrait donc souvent être confronté à la situation où le contrat est conclu au moment où il statue sur le recours ; s'il admet ce dernier, il doit alors se limiter à constater le caractère illicite de l'adjudication (voire d'une autre décision : exclusion, élimination du soumissionnaire dans le cadre de la procédure de sélection, notamment ; art. 9 III LMI, qui s'applique aussi au TF). **147**

La **qualité pour agir** doit ici être reconnue essentiellement aux soumissionnaires évincés (celle des tiers devant pratiquement être exclue ; *supra*, N 94 ss). Des autorités, ainsi que des communes, peuvent également être habilitées à recourir (ces dernières pour faire valoir leur autonomie) ; il en va de même de la Comco, pour autant qu'elle fasse valoir une violation de la LMI, spécialement de son art. 5 (les situations dans lesquelles une telle violation peut être mise en évidence devraient toutefois rester rares, dans la mesure où les exigences qu'elle pose restent très générales). Il faut souligner encore que le recours en matière de droit public formé par les autorités doit lui aussi respecter les conditions de l'art. 83/f LTF ; pour ce motif-là aussi, les recours de la Comco devraient rester exceptionnels. **148**

S'agissant des **motifs de recours**, l'art. 95/a LTF permet d'invoquer au premier chef la violation du droit fédéral, soit ici celle de l'art. 5, voire de l'art. 3 LMI. Il n'y a pas de doute à cet égard que l'art. 3 LMI soit d'application directe et qu'il puisse de ce fait constituer un motif dans le cadre du recours en matière de droit public ; mais il en va ainsi également de l'art. 5 LMI, à tout le moins en tant qu'il pose le principe de non-discrimination des offreurs (internes et) externes et prévoit l'obligation de publication des marchés de grande importance. Le recourant peut aussi, même si l'on s'écarte ici du contexte étroit de la LMI, faire valoir une violation de concordats cantonaux, notamment de l'AIMP (art. 95/e LTF ; sur la motivation du recours dans ce cas, art. 106 II LTF). Le **pouvoir de cognition** du Tribunal fédéral est par ailleurs relativement limité ; il se borne ainsi le plus souvent – faute de connaissances techniques suffisantes – à vérifier, comme en matière d'examen, que les règles de procédure relatives à la passation du marché en question ont été respectées (ATF 125 II 86, c. 6 ; sur la jurisprudence en matière d'examen appliquée par analogie : ATF 131 I 467, c. 3.1 ; ATF 121 I 225, c. 4b ; ATF 118 Ia 488, c. 4c). **149**

c) Le recours constitutionnel subsidiaire

Malgré son nom, le recours constitutionnel subsidiaire devrait être la règle en matière de marchés publics cantonaux ou communaux (cela découle du mécanisme restrictif de l'art. 83/f LTF exposé ci-dessus). Le régime applicable à cette voie de recours s'inspire dans une large mesure de celui qui prévaut pour les recours ordinaires (voir d'ailleurs les renvois des art. 114 et 117 LTF ; l'art. 118 LTF ne diffère d'ailleurs pas sensiblement de la réglementation qui découle des art. 97 et 105 LTF). Il s'en écarte en revanche sur deux points essentiels, qui sont d'ailleurs liés : la qualité pour recourir et les motifs du recours (art. 115 s. LTF). De par sa nature, en effet, cette voie de droit vise à assurer la **protection des droits constitutionnels** des citoyens. Seuls de tels droits peuvent donc être invoqués (art. 116 LTF relatif aux moyens recevables (MISIC, Verfassungsbeschwerde, p. 267 ss et 287 ss) et le recourant ne peut les faire valoir que s'il en est titulaire. L'art. 115/b LTF re- **150**

prend donc le régime de l'ancien recours de droit public, qui se fondait sur le critère de l'**intérêt juridiquement protégé** pour déterminer le cercle des personnes habilitées à agir (Misic, Verfassungsbeschwerde, p. 309 ss et 324 ss) ; la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sous l'ancien droit peut donc être transposée au recours constitutionnel subsidiaire. La légitimation des soumissionnaires évincés doit donc être admise également dans le cadre de l'art. 115 LTF (sur la jurisprudence antérieure, voir ATF 125 II 86, c. 4, qui n'a plus été démenti depuis lors) ; tel est aussi le cas du recours formé par une commune invoquant son autonomie (ATF 129 I 410, c. 1.1, transposable au recours constitutionnel subsidiaire). On peut en revanche se demander si la **Comco** peut être admise à déposer un recours constitutionnel subsidiaire – mais cette question revêt une portée pratique sans doute modeste. Sa légitimation ne peut se fonder que sur l'art 9 II^{bis} LMI : la Comco « peut […] déposer un recours » (voir aussi art. 9 III LMI, qui parle également, sans plus de précision, d' « un recours »). Ces règles visent bien évidemment les voies de recours cantonales et celle du recours en matière de droit public (la LMI est ici l'une des lois fédérales auxquelles se réfère l'art. 89 II/d LTF ; N 91 ss, 101 ss et 135) ; seule une interprétation extensive permet d'en déduire que la Comco peut aussi former un recours constitutionnel subsidiaire (dans ce sens G. Biaggini in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 115 N 5). La solution paraît douteuse, dès lors que cette autorité n'est pas titulaire de droits constitutionnels et ne devrait donc pas être habilitée à en invoquer la violation. Concrètement, si l'on suivait l'auteur précité, il faudrait reconnaître à la Comco la faculté de faire valoir une application arbitraire des règles cantonales ou intercantonales sur les marchés publics ; mais elle ne pourrait obtenir en fin de compte qu'un constat de l'illégalité de la décision en cause (art. 9 III LMI, qui s'applique indifféremment à tous les recours qui lui sont ouverts).

151 De manière générale, le soumissionnaire évincé ne devrait guère être en mesure d'invoquer la violation d'une liberté constitutionnelle (Misic, Verfassungsbeschwerde, p. 173 s. et référence). Ses **moyens** s'articuleront donc pour l'essentiel autour du principe de l'égalité de traitement et de la prohibition de l'arbitraire, ceci en relation avec l'application des règles de la LMI, de l'AIMP ou encore du droit cantonal pertinent. Selon la jurisprudence, ces griefs ne peuvent être invoqués que dans la mesure où la règle applicable vise à offrir au recourant une position juridiquement protégée (ATF 133 I 185, c. 6). Cependant, les règles du droit des marchés publics visent précisément, pour le Tribunal fédéral, à protéger les intérêts des participants à la procédure de passation (approche inaugurée par l'ATF 125 II 86 précité ; voir aussi p. ex. TF, arrêt du 22.01.2008, 2C_107/2008, c. 1.3), de sorte qu'ils peuvent se prévaloir ici d'un intérêt juridiquement protégé et invoquer l'arbitraire de la décision cantonale en cause ou l'inégalité de traitement qu'elle contient (voir la casuistique présentée par Misic, Verfassungsbeschwerde, p. 171 ss). Dans la mesure où le recours a trait à la violation de droits fondamentaux, celui-ci doit satisfaire en outre aux exigences de motivation qualifiée posées par la loi et précisées par la jurisprudence (ATF 133 II 396, c. 3, lequel se réfère à l'art. 106 II LTF, applicable par le jeu du renvoi de l'art. 117 LTF). Le recourant peut également invoquer la violation de ses droits de partie au cours de la procédure cantonale de recours, c'est-à-dire les droits garantis par l'art. 9 LMI, l'art. 6 § 1 CEDH ou les droits de partie des art. 29 et 30 Cst (art. 4 aCst ; Clerc, Marchés, p. 568 s.), pour autant qu'ils aient une portée indépendante. Dans le cadre du recours constitutionnel subsidiaire, le **pouvoir d'examen** du Tribunal fédéral est limité. Ainsi, lorsque est invoquée la violation des art. 8 et 9 Cst ou d'un droit constitutionnel spécifique, ce dernier ne revoit en règle générale que sous l'angle de l'arbitraire la constatation de l'état de fait, l'appréciation des preuves (art. 118 LTF) et l'exercice du pouvoir d'appréciation (Kälin, Beschwerde,

p. 76 s., 171-173 ; SPÜHLER, Beschwerde, p. 57). Il exerce en outre son pouvoir de cognition avec retenue lorsqu'il s'agit notamment de circonstances locales ou de questions techniques que les autorités cantonales ou communales sont censées mieux connaître que lui (ATF 121 I 129, c. 3e ; KÄLIN, Beschwerde, p. 202-205). Les marchés publics sont un domaine où les pouvoirs adjudicateurs disposent précisément d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication d'un marché public, et le Tribunal fédéral refuse d'y substituer sa propre appréciation ; seul l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné. En particulier, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse suppose souvent des connaissances techniques, repose nécessairement sur une comparaison des offres des soumissionnaires et comporte, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est restreint à l'arbitraire. Au surplus, le Tribunal fédéral se bornera le plus souvent, faute de connaissances techniques suffisantes, à vérifier que les règles de passation du marché public en cause ont été respectées.

Art. 10

Expertises et audition de la Commission de la concurrence

[1] La Commission de la concurrence peut établir des expertises sur l'application de la présente loi à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires.

[2] Elle peut être entendue dans la procédure devant le Tribunal fédéral.

Gutachten und Anhörung der Wettbewerbskommission

[1] Die Wettbewerbskommission kann eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung dieses Gesetzes erstatten.

[2] Sie kann im Verfahren vor Bundesgericht angehört werden.

Perizie e audizioni della Commissione della concorrenza

[1] La Commissione della concorrenza può presentare perizie sull'applicazione della presente legge ad autorità amministrative o giudiziarie federali, cantonali e comunali.

[2] Può essere sentita nel procedimento davanti al Tribunale federale.

Bibliographie

Cf. les références relatives à l'art. 8 LMI.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1256.

Plan N

I. Généralités 1
II. Les tâches de la Commission de la concurrence 4
A. Les expertises 4
1. Le champ d'application 4
2. La procédure 7
3. L'effet et le contenu des expertises 12

N

B. L'audition par le Tribunal fédéral 14
III. Les autorités concernées 19

I. Généralités

1 L'art. 10 LMI se rapporte à des tâches de la Comco dans des cas concrets, en principe lorsqu'**une procédure administrative ou judiciaire est en cours** (Mess-LMI, p. 1256 ; ZWALD, BGBM, p. 449, N 150 ; ZÄCH, Rolle, p. 69). L'art. 10 LMI vise les procédures aussi bien fédérales que cantonales ou communales. En pratique, des avis peuvent également être rendus hors d'un litige concret. Ainsi, la procédure dans laquelle la Comco peut être conduite à établir une expertise n'est pas nécessairement contentieuse.

2 L'art. 10 LMI doit être lu en parallèle avec l'art. 47 LCart (cf. LCart 47 N 14; SCHMIDHAUSER Art. 47 KG N 12). L'art. 47 I, 1 LCart prévoit ainsi que la Comco élabore des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe touchant la concurrence. Les expertises fondées sur l'art. 10 I LMI portent sur l'un des domaines visés par la LMI, à savoir la liberté d'accès au marché, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées, la reconnaissance des certificats de capacité ainsi que les marchés publics cantonaux et communaux. Les expertises relatives à d'autres aspects du droit de la concurrence doivent être rattachées à l'art. 47 LCart. L'art. 10 II LMI prévoit, au surplus, la faculté pour le Tribunal fédéral d'entendre la Comco. Une telle règle ne trouve pas de véritable pendant dans la LCart (voir néanmoins les art. 15 I et 23 II LCart ; sur ce point, voir DPC 1997/4, p. 598-601, concernant les relations entre les tribunaux civils et la Comco).

3 A l'instar de l'art. 8 LMI, l'art. 10 LMI ne se rapporte qu'aux restrictions de la concurrence qui sont le fait d'une collectivité publique ou d'un autre organe qui agit en vertu de la **puissance publique** (CLERC, Marchés, p. 467). Les restrictions ou distorsions de la concurrence qui émanent de particuliers ou d'une collectivité publique agissant comme une personne privée doivent exclusivement être jugées à l'aune de la LCart (Mess-LCart, p. 528 s.). De plus, l'art. 10 LMI ne concerne que l'application des prescriptions de droit économique, non leur élaboration. Celle-ci relève, en effet, exclusivement de l'art. 8 II LMI.

II. Les tâches de la Commission de la concurrence

A. Les expertises

1. Le champ d'application

4 En vertu de l'art. 10 I LMI, les expertises effectuées par la Comco portent sur l'application de la LMI. Lorsqu'elle rend une expertise, l'autorité doit en réalité tenir compte de l'**ensemble du droit supérieur** existant dans les domaines visés par les art. 3-5 LMI. Ainsi, le droit international, fédéral, intercantonal et cantonal des marchés publics forme un tout, ce que confirme d'ailleurs l'art. 6 LMI. Aussi serait-il peu utile que la Comco ne se prononce que sur les aspects relevant de la LMI lorsqu'elle doit rendre une expertise à propos d'un marché public cantonal ou communal. En revanche, la Comco ne jouit pas de la compétence de rendre des expertises portant sur d'autres matières, telles que la concurrence déloyale ou la surveillance des prix (DPC 1998/4, p. 652-653, N 59).

Les expertises rendues sur la base de l'art. 10 I LMI servent avant tout à définir la portée de la LMI, voire du droit supérieur connexe, et son impact sur le **droit cantonal et communal** en cause dans un cas concret (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590). Un **accord intercantonal** peut également être analysé dans le cadre d'une expertise au sens de l'art. 10 I LMI (voir l'expertise relative à la compatibilité du concordat intercantonal sur la lutte contre les abus en matière de taux d'intérêts avec la LMI et la LCart, DPC 1998/4, p. 639-654 ; voir également DPC 1999/4, p. 669-670). En revanche, il semble pratiquement exclu que l'expertise porte sur la compatibilité d'un acte normatif fédéral avec la LMI. En effet, la LMI vise sinon exclusivement, du moins essentiellement les cantons et les communes et implique une adaptation avant tout du droit cantonal et du droit communal (cf. notamment art. 11 I LMI). **5**

Les expertises rendues sur la base de l'art. 10 I LMI devraient se limiter aux **cas difficiles** ou **posant des questions de principe** (Mess-LMI, p. 1256 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 183, N 627 ; ZÄCH, Rolle, p. 69 ; CLERC, Marchés, p. 466). Cette limitation du champ d'application de l'art. 10 I LMI correspond à celle qui vaut pour l'art. 47 I LCart (SCHMIDHAUSER Art. 47 KG N 10 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 457, N 960). L'expertise ne saurait dès lors porter sur des questions qui peuvent être aisément résolues en consultant la jurisprudence et la pratique des autorités fédérales ou cantonales ainsi que la doctrine suisse. La consultation de la Comco par le Tribunal fédéral devrait également se limiter aux causes particulièrement complexes. Le Tribunal fédéral paraît, jusqu'à présent, très réticent à consulter la Comco (voir un arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 1999 publié in ATF 125 I 209, c. 4 non publié [publié ou non ? pas clair ■■] ; voir également deux arrêts concernant le canton des Grisons et portant sur l'exercice des professions de dentiste et d'orthodontiste [ATF 125 I 267 et 276] ; dans ces deux litiges, la consultation de la Comco aurait été particulièrement indiquée, mais elle n'a pas été sollicitée). **6**

2. La procédure

L'art. 10 I LMI offre une simple **faculté** aux autorités administratives et judiciaires et ne leur impose dès lors aucune obligation (Mess-LMI, p. 1256 ; COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; CLERC, Marchés, p. 466-467). Cela signifie que la Comco ne peut rendre une expertise portant sur un litige concret que si elle a été saisie par l'autorité concernée (ZWALD, BGBM, p. 449, N 150 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 183, N 627 ; ZÄCH, Rolle, p. 69 ; WAGNER, BGBM, p. 33, N 93), voire par une autorité qui lui est supérieure. La Comco a déjà eu l'occasion de préciser qu'« elle n'a pas la compétence d'intervenir dans les procédures en cours sans y avoir été invitée par les autorités » (DPC 1997/2, p. 214-215 N 18). Ainsi, les particuliers n'ont pas la faculté de solliciter une expertise de la Comco. Dans une procédure administrative ou judiciaire en cours, les parties sont, en revanche, habilitées à proposer à l'autorité en charge de la cause de solliciter une telle expertise (WAGNER, BGBM, p. 33, N 93). L'impulsion peut donc venir des parties elles-mêmes, même si l'autorité saisie de la cause reste libre de refuser de donner suite à une telle requête. Enfin, même régulièrement saisie, la Comco peut refuser de rendre une expertise, notamment si la cause ne présente pas de grandes difficultés ou si elle ne soulève aucune question de principe. **7**

La **demande** d'expertise peut être adressée à la Comco ou à son Secrétariat. Cette demande doit comprendre un exposé clair de l'état de fait, des questions précises et, si cela s'avère nécessaire, des informations et des pièces complémentaires permettant à la **8**

Commission de statuer (ZÄCH, Rolle, p. 69 ; WAGNER, BGBM, p. 33, N 93). L'autorité qui requiert une expertise doit s'assurer que l'instruction de la cause est terminée s'agissant des questions en relation avec la LMI. La Commission ne dispose, en effet, pas de la compétence de mener des actes d'instruction lorsqu'elle est saisie au titre de l'art. 10 LMI (ZÄCH, Rolle, p. 69 ; voir, à propos des avis de droit fondés sur l'art. 15 I LCart, DPC 1998/4, p. 622-623, N 3).

9 La faculté pour les parties au litige de poser elles-mêmes des questions à la Comco se détermine, à notre sens, selon le **droit de procédure applicable au litige**. La Commission doit seulement s'assurer que la demande d'expertise émane d'une autorité administrative ou judiciaire. En d'autres termes, la requête formelle à la Comco doit émaner d'une autorité. Sur ce point, l'art. 23 II LCart a une portée plus large. Cette demande peut parfaitement comprendre des questions complémentaires posées par une partie au litige (comp. DPC 1998/4, p. 641, N 5). Si ces questions sont approuvées par l'autorité concernée, la Comco doit les traiter comme si elles provenaient de cette dernière. En revanche, les autorités de la concurrence n'ont pas à demander aux éventuelles parties au litige si elles ont des questions complémentaires à poser. L'éventuel droit de poser des questions ne peut être conféré que par la procédure – fédérale ou cantonale, voire communale – applicable au litige. L'expertise établie par la Comco devrait être soumise aux parties pour détermination, du moment qu'il s'agit d'une forme d'expertise judiciaire (comp. DPC 1997/4, p. 600 N 15, à propos de la LCart). Il n'appartient toutefois pas à la Comco de soumettre son avis aux parties. La Comco se borne à l'envoyer à l'autorité qui l'a saisie, charge à cette dernière de la transmettre pour détermination aux parties, compte tenu du droit d'être entendu (art. 29 II Cst).

10 L'expertise établie par la Comco n'est **notifiée** qu'à l'autorité qui l'a sollicitée. Celle-là n'est pas tenue de la publier. Jusqu'à présent, les expertises fondées sur l'art. 10 I LMI sont rares (DPC 2002/1, p. 216-225 concernant la nature d'une autorisation cantonale de pratique une activité de psychothérapeute ; DPC 1998/4, p. 639-654 concernant la compatibilité du concordat intercantonal sur la lutte contre les abus en matière de taux d'intérêts avec la LMI et la LCart). La LMI ne contient pas de disposition correspondant à l'art. 53*a* I/c LCart, qui permet à la Comco et à son Secrétariat de percevoir un **émolument** lorsqu'ils rendent un avis (voir également l'art. 3 OEmol-LCart). Certes, les travaux préparatoires relatifs à la LMI ne font pas référence à l'art. 47 II LCart. Il s'agit, à notre sens, d'un manque de cohérence du législateur, puisque la LMI a été adoptée parallèlement à la LCart. A priori, il n'y a, en effet, aucune raison de traiter différemment les avis rendus sur la base de l'art. 47 I LCart et les expertises fondées sur l'art. 10 I LMI. Au reste, la Comco se basera, presque dans tous les cas, à la fois sur l'art. 47 I LCart et sur l'art. 10 I LMI (voir DPC 1998/4, p. 639, N 2). Enfin, les exigences en matière de légalité sont moins élevées s'agissant d'émoluments destinés à couvrir les frais d'une autorité. Il n'en demeure pas moins que la Comco ne dispose, pour l'instant, d'aucune base légale lui permettant de percevoir un émolument lorsqu'elle rend une expertise au titre de l'art. 10 I LMI. Elle devrait dès lors y renoncer. Il est vrai qu'un tel émolument pourrait dissuader les cantons et les communes de consulter l'autorité de la concurrence.

11 Les expertises rendues par la Comco ne peuvent faire l'objet d'aucun recours (ZÄCH, Rolle, p. 69 ; comp. DPC 1997/4, p. 600, N 16, à propos de la LCart). La LMI ne prévoit aucune voie de recours. Par ailleurs, il ne s'agit pas de décisions rendues sur la base de la PA ou de la LCart, si bien que le **recours** au Tribunal administratif fédéral est **exclu** (art. 33/f LTAF *a contrario*). Enfin, le refus de la Comco de rendre une expertise ne saurait faire l'objet d'un quelconque recours (cf., par analogie, LCart 47 N 10).

3. L'effet et le contenu des expertises

Les expertises rendues par la Comco sont dépourvues d'effet contraignant (ZÄCH, Rolle, p. 69), ce qui fait douter la Commission de gestion du Conseil national de l'efficacité de ces expertises (rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la LMI sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, FF 2000 5603-5615, 5611). Les autorités qui les ont sollicitées ne sont dès lors pas tenues de s'y conformer. Il va cependant de soi que ces expertises revêtent un grand poids dans une procédure, si bien que les autorités auront sans doute tendance à suivre en principe les conclusions de la Comco, afin de ne pas trop s'exposer à des recours (cf. LCart 45 N 43 et 47 N 37). **12**

L'expertise peut porter tant sur le champ d'application de la LMI ou de l'un de ses articles (art. 2 VII p. ex. ; cf. DPC 2011/2, p. 345-352 concernant le renouvellement de concessions relatives à l'utilisation du domaine public et à la distribution d'électricité ; DPC 2011/2, p. 353-357 concernant le renouvellement de concessions relatives à l'utilisation de la force hydraulique) que sur son application et son interprétation dans un cas concret. La Comco se borne en principe à répondre aux questions qui lui sont posées par l'autorité concernée, si bien que cette dernière a tout intérêt à demander, dans une dernière question, si la Comco à d'autres remarques à formuler (voir DPC 1998/4, p. 654, N 65). Il devrait lui être loisible de répondre à des questions connexes ou d'indiquer si d'autres questions se posent sous l'angle de la LMI dans le cas qui lui est soumis. Elle détermine librement dans quelle mesure elle entend motiver ses réponses. Elle peut, au surplus, relever dans son expertise les éventuelles lacunes de l'instruction menée par l'autorité qui a sollicité l'expertise (ZÄCH, Rolle, p. 69). **13**

B. L'audition par le Tribunal fédéral

L'art. 10 II LMI prévoit l'audition de la Comco par le Tribunal fédéral. Compte tenu du champ d'application de la LMI, l'art. 10 II LMI concerne les procédures de **recours en matière de droit public** (art. 82 ss LTF) dirigées contre des décisions cantonales de dernière instance qui ont pour origine un litige cantonal ou un litige communal (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; sur ce point, le Message du Conseil fédéral doit être lu avec prudence, cf. Mess-LMI, p. 1256). Il n'est toutefois pas exclu qu'une audition soit requise dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel subsidiaire, lorsque la violation de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst) est invoquée en lien avec la LMI. **14**

La Comco peut ainsi être amenée à remplir la fonction d'*amicus curiae* du Tribunal fédéral. L'audition de la Comco devrait se limiter aux causes posant des questions particulièrement délicates dans l'un des domaines visés par la LMI, à savoir la liberté d'accès au marché, la reconnaissance des certificats de capacité et les marchés publics. Dans son rapport du 27 juin 2000 (voir *supra* N 12), la Commission de gestion du Conseil national a estimé « qu'il serait judicieux que la Comco ait la possibilité de faire valoir systématiquement son point de vue dans les procédures devant le Tribunal fédéral » (Rapport LMI, p. 5611). Dans cet esprit, elle a adopté une motion chargeant le Conseil fédéral de proposer aux Chambres fédérales un projet de révision de la LMI permettant à la Comco « d'être entendue par le Tribunal fédéral dans les procédures qui touchent à l'application de cette loi » (Rapport LMI, p. 5612). L'audition systématique de la Comco est une mesure sans doute excessive. Le législateur fédéral y a renoncé et l'art. 10 LMI est demeuré inchangé lors de la procédure de révision de cette loi. Au demeurant, le Tribunal fédéral doit, à notre sens, **15**

conserver une certaine marge de manœuvre en ce domaine, ne serait-ce que pour des raisons liées à son indépendance, au bon fonctionnement de la justice et à l'économie de la procédure.

16 La **demande** d'audition de la Comco émanera de l'une des deux Cours de droit public du Tribunal fédéral devant trancher un recours dans lequel la LMI est invoquée. Compte tenu de la position occupée par le Tribunal fédéral dans l'ordre constitutionnel suisse, il semble douteux que la Commission soit habilitée à refuser de donner suite à l'invitation de notre Haute Cour. Le but de cette audition n'est pas nécessairement de « garantir un équilibre entre les autorités représentant les différents intérêts publics en jeu », « l'autorité auteur de la décision attaquée défend[ant] l'intérêt à restreindre l'accès au marché alors que la Comco défend celui à l'ouverture du marché intérieur » (CLERC, Marchés, p. 467, qui se réfère au rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi sur le marché intérieur). Une telle façon de voir les choses paraît trop schématique. De plus, un expert est tenu à la neutralité. Aussi la Comco ne saurait-elle sortir de tout cadre légal en vue de prôner la libre concurrence. Autrement dit, si la Comco arrive, par exemple, à la conclusion qu'une restriction cantonale respecte les conditions de l'art. 3 LMI, elle doit le dire lors de son audition par le Tribunal fédéral. La Comco a pour mission de renseigner de manière neutre et objective le Tribunal fédéral sur la situation de la concurrence dans un domaine déterminé et sur l'interprétation de la LMI ou du droit connexe.

17 L'audition de la Comco demeurera certainement **exceptionnelle**. En effet, une expertise au sens de l'art. 10 LMI devrait être sollicitée en priorité. Des motifs liés à la rapidité de la procédure devant le Tribunal fédéral peuvent toutefois justifier de préférer d'auditionner la Commission, plutôt que de solliciter une expertise. L'audition par le Tribunal fédéral est une mesure assez lourde. Il paraît totalement exclu que la Comco soit entendue *in corpore*. A notre sens, il appartient à la Commission de désigner au cas par cas, en fonction du litige, lequel ou lesquels de ses membres seront auditionnés par le Tribunal fédéral (cf. art. 4 V RI-Comco). Il va de soi que ce dernier n'est pas lié par les propos tenus par le ou les représentants de la Comco. Les parties devraient pouvoir se déterminer sur ces propos avant que le Tribunal fédéral ne statue. Il s'agit là d'une exigence qui peut être rattachée au droit d'être entendu (art. 29 II Cst).

18 La possibilité pour la Comco de recourir au Tribunal fédéral (art. 9 II^{bis} LMI) devrait rendre son audition encore plus rare. Ainsi est-il exclu que la Comco soit entendue sur la base de l'art. 10 II LMI si elle a déposé un recours ou des observations sur un recours. Restent éventuellement les cas dans lesquels la Comco n'est pas intervenue devant l'instance précédente. Dans ces cas, la consultation de la Comco peut consister à offrir à celle-ci la possibilité de se déterminer par écrit sur un recours fondé sur la LMI (cf. art. 102 I LTF ; pour une illustration, cf. ATF 136 II 470, c. 5.1 notamment). Compte tenu de tous ces éléments, il semble peu vraisemblable qu'une audition orale de la Comco, quoique juridiquement possible sur la base de l'art. 10 II LMI, soit sollicitée par le Tribunal fédéral.

III. Les autorités concernées

19 Il ressort clairement du Message du Conseil fédéral que l'art. 10 LMI vise les procédures contentieuses, contrairement à l'art. 8 LMI (Mess-LMI, p. 1256 ; voir également *Bundesblatt* 1995 I 1276 ; *Foglio federale* 1995 I 1067 ; ZÄCH, Rolle, p. 69 ; voir cependant COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590). L'art. 10 vise donc l'**ensemble des autorités** administratives et judiciaires qui doivent appliquer la LMI ou le droit connexe à l'occasion de litiges

concrets (voir également DPC 1997/2, p. 214, N 16 et LCart 47 N 24). Il peut également s'agir d'autorités mixtes, telles que des commissions de surveillance relativement indépendantes de l'administration. Par ailleurs, il va de soi que l'ensemble des autorités étatiques cantonales et communales ayant à trancher des litiges concrets peuvent solliciter une expertise de la Comco. Il peut s'agir d'autorités qui ne sont pas à proprement parler administratives, comme les gouvernements cantonaux ou les exécutifs communaux, voire les parlements cantonaux ou communaux.

20 En revanche, il nous semble discutable que les **pouvoirs adjudicateurs** de marchés publics (cf. LMI 5 N 65 ss [■■]) puissent solliciter une expertise au sens de l'art. 10 I LMI (d'un avis différent, CLERC, Marchés, p. 466 et LMI N ■■■). En effet, il n'existe aucun litige concret au moment où les pouvoirs adjudicateurs prennent leur décision d'adjudication. Du reste, le cercle des entités visées à l'art. 10 I LMI est clairement plus restreint que celui que désignent les art. 5 et 8 I LMI. Il semble toutefois que la Comco soit prête à accepter de rendre une expertise pour le compte d'un pouvoir adjudicateur. Il convient, à notre sens, d'accepter cette extension de la portée de cette disposition, car elle tend à assurer une meilleure mise en œuvre de la LMI, et ce aussi en amont que possible.

21 L'**art. 10 II LMI** est, en revanche, d'une interprétation plus aisée. Ainsi, l'audition de la Comco n'est possible que devant le Tribunal fédéral. La Commission devrait, à première vue, refuser toute audition par une autre autorité, faute d'être habilitée par une disposition de la LMI ou de la LCart. Cela dit, en pratique, une audition serait sans doute acceptée, en particulier pour commenter un rapport d'expertise basé sur l'art. 10 I LMI. Si la procédure applicable permet une telle audition, la Comco ne devrait pas s'y opposer. L'art. 8 I LMI ou, en lien avec une expertise, l'art. 10 I LMI suffisent, si besoin est, à légitimer l'audition de la Comco sous l'angle du droit fédéral.

Art. 10*a*

Publication de recommandations, d'expertises, de décisions et de jugements

[1] La Commission de la concurrence peut publier ses recommandations et expertises.

[2] Les autorités et tribunaux transmettent spontanément à la Commission de la concurrence une version complète des décisions et des jugements rendus en application de la présente loi. La Commission de la concurrence rassemble ces décisions et jugements et peut les publier périodiquement.

Veröffentlichung von Empfehlungen, Gutachten, Verfügungen und Urteilen

[1] Die Wettbewerbskommission kann ihre Empfehlungen und Gutachten veröffentlichen.

[2] Die Behörden und Gerichte stellen der Wettbewerbskommission die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung dieses Gesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu. Die Wettbewerbskommission sammelt diese Verfügungen und Urteile und kann sie periodisch veröffentlichen.

Pubblicazione di raccomandazioni, perizie, decisioni e sentenze

[1] La Commissione della concorrenza può pubblicare le sue raccomandazioni e perizie.

[2] Le autorità amministrative e giudiziarie trasmettono spontaneamente alla Commissione della concorrenza una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della presente legge. La Commissione della concorrenza raccoglie queste decisioni e sentenze e può pubblicarle periodicamente.

Bibliographie

Cf. les références relatives à l'art. 8 LMI.

Travaux préparatoires

Mess-rév.LMI, FF 2005 I 439 et 446 ; BO CN 2005 894 ; BO CE 2005 769.

Plan

I. Généralités 1
II. La publication des recommandations et expertises de la Commission de la concurrence . . 3
III. La communication des décisions et jugements à la Commission de la concurrence . . . 5
IV. La publication des décisions et jugements à la Commission de la concurrence 9

I. Généralités

1 La LMI tient sur une quinzaine d'articles. Cette concision paraît appeler une information du public sur l'application et l'interprétation de cette loi. En effet, la transposition du principe du « Cassis de Dijon » en droit interne suisse conduit à raisonner non pas en fonction d'un ordre juridique ou d'ordres juridiques distincts, mais dans une perspective transversale. Les cas d'application de ce principe sont susceptibles de servir d'appui à d'autres cas similaires. Par ailleurs, certains articles de la LMI – les art. 2 VII et 5 tout particulièrement – sont très ouverts et doivent être concrétisés. Pour ces différentes raisons, la publication de recommandations, d'expertises, de décisions et de jugements est non seulement opportune, mais aussi indispensable à la bonne mise en œuvre de la LMI.

2 Compte tenu de la structure fédérale de l'Etat et des nombreuses autorités qui peuvent être impliquées dans l'application de la LMI, il est très difficile pour la Comco de veiller au respect de la LMI (cf. art. 8 I LMI). Dans cette optique, la Comco elle-même doit être tenue informée des décisions et jugements rendus en application de la LMI. Le cas échéant, cette information pourra la conduire à recourir contre une décision ou un jugement méconnaissant les exigences de la LMI (art. 9 II^{bis} LMI).

II. La publication des recommandations et expertises de la Commission de la concurrence

3 L'art. 10*a* I LMI consacre une pratique préexistante (Mess-rév.LMI, p. 446). Il autorise expressément la Comco à publier ses recommandations et expertises fondées sur les art. 8 et 10 I LMI. Une telle publication permet de faire connaître de tels actes à un cercle de personnes beaucoup plus large que leurs seuls destinataires. Elle répond ainsi à un intérêt public, contribue à l'effectivité de la loi et s'inscrit dans un souci de transparence de l'activité de l'Etat.

4 L'art. 10*a* I LMI est une disposition potestative qui permet à la Comco de renoncer de cas en cas à publier une recommandation ou une expertise (Mess-rév.LMI, p. 446). Une renonciation entre spécialement en ligne de compte pour les recommandations et expertises de moindre importance ou étroitement liées à un état de fait très particulier. Elle peut aussi se justifier, s'agissant d'une expertise, lorsque celle-ci se base sur de nombreux secrets d'affaires et que sa publication n'offrirait que peu d'enseignements pour le public. Sous ces réserves, la publication devrait constituer la règle car elle garantit la transparence de l'activité de l'Etat et permet d'informer les autorités et le public sur la portée de la LMI.

III. La communication des décisions et jugements à la Commission de la concurrence

Les autorités et tribunaux sont tenus de transmettre spontanément à la Comco une version complète des décisions et des jugements rendus en application de la LMI (art. 10*a* II, 1 LMI). Cette disposition vise essentiellement les autorités cantonales et communales. Il est cependant possible qu'une autorité fédérale soit amenée à rendre une décision appliquant l'art. 4 III^{bis} LMI notamment (cf. Mess-rév.LMI, p. 443) et soit, de ce fait, assujettie à l'art. 10*a* II, 1 LMI. Par ailleurs, le Tribunal fédéral rend des arrêts en application de la LMI. A cet égard, l'art. 102 I LTF peut constituer un canal d'information de la Comco (pour une illustration, cf. ATF 136 II 470, lettre C de la partie en fait). **5**

L'art. 10*a* II, 1 LMI doit être lu en parallèle avec les art. 112 IV LTF et 9 II^{bis} LMI (cf. Mess-rév.LMI, p. 445 s.). Sur la base de l'art. 112 IV LTF, le Conseil fédéral a adopté une ordonnance, datée du 8 novembre 2006, concernant la notification des décisions cantonales de dernière instance en matière de droit public (RS 173.110.47 ; cf. notamment B. Corboz in : Corboz et al., LTF, ad art. 112 N 66). Cette ordonnance met à la charge des autorités cantonales en particulier l'obligation de notifier sans délai et gratuitement aux autorités fédérales ayant qualité pour recourir – la Comco notamment (art. 9 II^{bis} LMI) – les décisions de dernière instance qui peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral par un recours en matière de droit public (art. 1/c). L'art. 10*a* II, 1 LMI vise tous les actes qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette ordonnance (cf. Mess-rév.LMI, p. 446). **6**

La communication est censée remplir un double but (cf. Mess-rév.LMI, p. 439 ; Zwald, BGBM, p. 452, N 166). D'une part, elle doit permettre à la Comco d'être informée des décisions et jugements rendus en application de la LMI afin, le cas échéant, de recourir pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché (art. 9 II^{bis} LMI). A cet égard, la communication présente surtout un intérêt lorsqu'elle a trait à une décision ou un jugement qui refuse l'accès au marché ou la reconnaissance d'un certificat ou encore retient que l'art. 2 VII ou 5 LMI n'a pas été violé alors que ce grief était soulevé de manière raisonnable devant l'autorité compétente. D'autre part, elle lui permet de rassembler les décisions et jugements rendus en application de la LMI, puis de les publier le cas échéant (cf. art. 10*a* II, 2 LMI). **7**

En pratique, la Comco et le Secrétariat sont difficilement en mesure de veiller à ce que les autorités et tribunaux respectent l'exigence de l'art. 10*a* II, 1 LMI. L'information provient bien souvent des particuliers eux-mêmes qui estiment qu'une décision ou un jugement ne respecte pas la LMI. **8**

IV. La publication des décisions et jugements communiqués à la Commission de la concurrence

L'art. 10*a* II, 2 LMI charge la Comco de rassembler les décisions et jugements qui lui sont communiqués et lui permet de les publier périodiquement. Il s'agit, sur ce dernier point, d'une faculté laissée à la Comco. Il est sans doute excessif de considérer que la publication représente en réalité un devoir compte tenu de l'intérêt public et du principe de transparence (cf. pourtant Zwald, BGBM, p. 452, N 166). En effet, la publication de décisions ne soulevant aucune question nouvelle sous l'angle de la LMI ne se justifie pas. **9**

L'organe de publication est la revue DPC (Mess-rév.LMI, p. 439). Rares, pour ne pas dire inexistants, sont pour l'heure les décisions et jugements cantonaux publiés dans cette re- **10**

vue. L'art. 10*a* II, 2 *i.f.* LMI est pratiquement resté lettre morte. Quelques arrêts du Tribunal fédéral ou de tribunaux cantonaux font l'objet d'un résumé dans le rapport annuel de la Comco (cf. spécialement DPC 2009/1, p. 29 s.).

Section 5 : Dispositions finales

Art. 11

Adaptations de prescriptions légales

[1] Dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques adaptent leurs prescriptions à celles de la présente loi et édictent les dispositions d'organisation nécessaires.

[2] Pour ce faire, ils peuvent demander des recommandations à la Commission de la concurrence et à d'autres services de la Confédération.

Anpassung von Rechtsvorschriften

[1] Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben bringen ihre Vorschriften innert zwei Jahren seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes mit diesem in Einklang und erlassen die erforderlichen organisatorischen Bestimmungen.

[2] Sie können dazu Empfehlungen der Wettbewerbskommission sowie weiterer Bundesstellen einholen.

Adeguamento di prescrizioni

[1] I Cantoni e i Comuni, come pure gli altri enti preposti a compiti pubblici, adeguano le loro prescrizioni alla presente legge ed emanano le disposizioni d'organizzazione necessarie entro due anni a contare dall'entrata in vigore della presente legge.

[2] A tale scopo, possono richiedere raccomandazioni alla Commissione della concorrenza e ad altri servizi della Confederazione.

Bibliographie

M. Oesch/T. Zwald, in : Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, ad art. 11-12 BGBM ; P. Tercier, La procédure devant la Commission de la concurrence, in : Stoffel, Cartels, p. 35 ss ; Wagner, BGBM, p. 34 s. ; Zwald, BGBM, p. 459. ***Eg***. E. Clerc, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg, Fribourg 1997 *(Marchés)* ; T. Cottier/B. Merkt, Die Auswirkungen der WTO und des Binnenmarktgesetzes auf das öffentliche Beschaffungswesen, in : von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 35 ss *(Beschaffungswesen)* ; T. Cottier/M. Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Übersicht und kurzer Kommentar, PJA 1995, p. 1582 ss *(BGBM)* ; A. R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 1996, p. 967-979 *(Beschaffungswesen)* ; P. Galli/D. Lehmann/P. Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 *(Beschaffungswesen)* ; S. Rechsteiner, Zwei Entscheidungen zum Übergangsrecht – Gegensätzliche Bedeutung der Anpassungsfristen im Binnenmarkt- und im Steuerharmonisierungsgesetz, recht 1998, p. 130-136 *(Übergangsrecht)* ; K. Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, RSDA 1996, p. 164 ss *(Binnenmarktgesetz)* ; R. Zäch, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in : N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 59 ss *(Rolle)*.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1256-1257.

Plan

I. Généralités 1
II. L'adaptation des prescriptions matérielles 4

III. L'adoption de dispositions d'organisation 6
IV. Les autorités concernées 13
V. Les recommandations 14

I. Généralités

1 L'entrée en vigueur de la LMI a nécessité des modifications du droit et de la pratique des cantons et des communes dans les domaines visés par cette loi. Ces modifications ont non seulement trait au **droit matériel**, mais également à l'**organisation judiciaire** et à la **procédure**. Le législateur a ainsi prévu, à l'art. 11 LMI, une période d'adaptation afin de « garantir que les principes fixés par la loi seront mis en œuvre dans les droits cantonaux et communaux dans un délai convenable et que les éventuelles divergences disparaîtront » (Mess-LMI, p. 1256). Un délai de deux ans a été jugé suffisant du moment que « la grande majorité des mesures de discrimination aux plans cantonal et communal sont prises le plus souvent non pas au niveau du droit écrit, mais bien plus lors de l'application du droit et que, dès lors, seules quelques modifications des lois cantonales et communales doivent être entreprises » (Mess-LMI, p. 1256).

2 Le **délai de deux ans** est **écoulé** depuis une douzaine d'années, si bien que la réserve prévue à l'art. 11 LMI n'a plus de véritable portée (Zwald, BGBM, p. 459, N 198-200). La LMI est, dans sa version originale, intégralement en vigueur depuis le 1er juillet 1998 (voir l'arrêté du Conseil fédéral du 17 juin 1996, RO 1996 1742). Les cantons et les communes ainsi que les « organes » assumant des tâches publiques sont dès lors pleinement assujettis à la LMI. Tant leurs prescriptions matérielles que leurs normes organisationnelles et procédurales doivent donc entrer dans le cadre que définit cette loi. L'art. 11 LMI présente néanmoins un certain intérêt lorsqu'est examinée la question de savoir si les cantons se sont conformés aux exigences découlant de la LMI. A cet égard, dans un rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la LMI sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, la Commission de gestion du Conseil national a estimé, sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, que « les cantons ont manqué d'assiduité dans l'adaptation de leur droit à la LMI » (Rapport LMI, p. 5609). Elle a ainsi invité le Conseil fédéral à intervenir auprès des cantons, en se fondant sur l'art. 186 IV Cst, pour qu'ils adaptent dans les meilleurs délais leurs législations aux dispositions de la LMI (Rapport LMI, p. 5610). Sur ce point, il est toutefois permis de se demander si ce retard est uniquement d'ordre législatif et réglementaire, ou si le problème ne se situe pas aussi – et peut-être avant tout – au niveau de l'application du droit.

3 Lors de la révision du 16 décembre 2005, le législateur fédéral a renoncé à prévoir un délai d'adaptation. Les nouvelles dispositions, en particulier l'art. 2 IV et VII LMI, sont ainsi pleinement applicables dès l'entrée en vigueur de la révision, soit le 1er juillet 2006 (RO 2006 2366).

II. L'adaptation des prescriptions matérielles

4 La réserve prévue à l'art. 11 I LMI **ne concernait pas les dispositions matérielles de la LMI**, devenues effectives avec l'entrée en vigueur de celle-ci, le 1er juillet 1996. Ce point a été tranché par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 30 mai 1997 (ATF 123 I 313, c. 3d ; cf. également ATF 125 I 474, c. 2b ; ATF 125 II 86, c. 2a). Le Tribunal fédéral a pu s'appuyer, pour partie, sur le Message du Conseil fédéral, qui n'est toutefois pas très explicite sur ce point (Mess-LMI, p. 1256-1257). La doctrine était, pour sa part, partagée.

Certains auteurs estimaient en substance que seule la pratique des autorités concernées devait se conformer à la LMI avant l'échéance du délai de deux ans (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Beschaffungswesen, p. 20, N 60). D'autres auteurs limitaient la réserve prévue à l'art. 11 I LMI aux dispositions d'organisation et de procédure dont l'adoption était rendue nécessaire par l'entrée en vigueur de la LMI (COTTIER/WAGNER, BGBM, p. 1590 ; WEBER, Binnenmarktgesetz, p. 175 ; GADOLA, Beschaffungswesen, p. 977 ; COTTIER/MERKT, Beschaffungswesen, p. 55). Le Tribunal fédéral a donc suivi ces derniers auteurs, en se fondant sur le Message du Conseil fédéral et surtout sur l'argument décisif selon lequel l'entrée en vigueur de la LMI le 1er juillet 1996 n'aurait pas eu de sens si toutes les dispositions de cette loi étaient, en quelque sorte, suspendues pendant deux ans (ATF 123 I 313, c. 3d). Cette jurisprudence a ensuite été approuvée par la doctrine (RECHSTEINER, Übergangsrecht, p. 133 ; WAGNER, BGBM, p. 34-35, N 98).

5 Dès l'entrée en vigueur de la LMI, les cantons étaient tenus d'adapter leur législation et leur pratique aux exigences matérielles figurant dans la LMI. Ils devaient ainsi se conformer, dès le 1er juillet 1996, aux exigences relatives à la liberté d'accès au marché (art. 2-3 LMI) et à la reconnaissance des certificats de capacité (art. 4 LMI). En revanche, les exigences matérielles résultant de l'art. 5 LMI ont relevé de la déclaration d'intention jusqu'au 1er juillet 1998, jour de l'entrée en vigueur de l'art. 9 I à III LMI, en relation avec l'art. 5 LMI (voir CLERC, Marchés, p. 475-477). Le report de l'entrée en vigueur de l'art. 9 I à III LMI pour les **marchés publics**, décidé par le Conseil fédéral, n'a pas eu pour effet de reporter le délai de deux ans figurant à l'art. 11 LMI (voir spécialement CLERC, Marchés, p. 474-477). La date du 1er juillet 1998 est absolue, si bien qu'aucun sursis, tant pour les prescriptions matérielles que pour les dispositions organisationnelles, ne peut être déduit de l'art. 11 LMI après cette date (cf. LMI 9 N 8 [■■]).

III. L'adoption de dispositions d'organisation

6 La réserve figurant à l'art. 11 I LMI ne visait, selon le Tribunal fédéral et la doctrine précitée, que les **adaptations des dispositions cantonales** – voire communales – **d'organisation et de procédure**, rendues nécessaires par l'entrée en vigueur de la LMI. Il s'agit essentiellement de l'exigence figurant à l'art. 9 II LMI, à savoir l'instauration, par les cantons, d'une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (voir ATF 123 I 313, c. 3d ; ATF 125 II 86, c. 2a ; voir également RECHSTEINER, Übergangsrecht, p. 133). Même l'art. 4 II LMI, qui était une disposition procédurale, ne tombait, selon le Tribunal fédéral, pas dans le champ d'application de la réserve inscrite à l'art. 11 I LMI (voir ATF 123 I 313, c. 5), ce qui est plutôt discutable compte tenu de la teneur de cette dernière disposition. Il sera encore précisé qu'un acte normatif cantonal ou communal adopté avant l'échéance du délai de deux ans n'est, en aucun cas, immunisé pour une période postérieure au 1er juillet 1998. La date d'adoption d'un acte normatif n'est pas déterminante (voir pourtant ATF 125 I 474, c. 2b), au contraire de celle où cet acte est appliqué dans un cas concret. S'agissant d'une procédure d'adjudication d'un marché public par un canton ou une commune, la date décisive est celle à laquelle est rendue la décision d'adjudication (ATF 125 II 86, c. 2).

7 Le délai de deux ans figurant à l'art. 11 I LMI est échu depuis une douzaine d'années. Les cantons doivent dès lors s'être conformés à l'**intégralité de la LMI** et notamment à l'art. 9 II de cette loi. Il convient néanmoins d'examiner la situation des cantons qui n'auraient pas instauré une voie de recours conformément à l'art. 9 II LMI dans le délai de l'art. 11 I

LMI. Pour ce faire, il se justifie de tenir compte de l'art. 86 II LTF ainsi que, dans une optique plus générale, de l'art. 29*a* Cst.

8 En vertu de l'art. 86 II LTF (recours en matière de droit public), auquel renvoie d'ailleurs l'art. 114 LTF (recours constitutionnel subsidiaire), les cantons sont tenus d'instituer des **tribunaux supérieurs** qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Une telle autre loi fédérale fait défaut s'agissant de la LMI. Si l'on met en parallèle l'art. 86 II LTF avec l'art. 9 II LMI, on parvient à la conclusion que les cantons sont tenus de mettre au moins en place un tribunal supérieur susceptible d'être saisi de recours pour violation de la LMI. Il doit s'agir d'une autorité judiciaire supérieure (cf. notamment, à propos de la LTF, C. AUER, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone, ZBl 2006, p. 121-140, 123 ; R. HERZOG, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in : P. Tschannen [édit.], Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berne 2007, p. 43-111, 76). Une commission cantonale ou intercantonale de recours peut faire l'affaire (cf. ATF 136 II 470, c. 1.1). L'accès à un juge se déduit, au demeurant, également de l'art. 29*a* Cst et de l'art. 6 § 1 CEDH dans les domaines visés par cette dernière disposition. En fin de compte, le droit cantonal doit habiliter un tribunal supérieur en matière de contentieux relatifs à la LMI (pour le surplus, cf. LMI 9 N ■■■).

9 Lorsque le droit cantonal ne tient pas compte des exigences découlant de l'art. 86 II LTF, le tribunal cantonal supérieur qui est le plus susceptible d'être compétent devrait pouvoir être saisi d'un recours, sa compétence résultant directement de l'art. 86 II LTF (E. TOPHINKE in : Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, BGG, ad Art. 86 N 27 ; cf. aussi, par analogie, ATF 123 II 231, c. 7, à propos de l'ancien art. 98*a* I OJ).

10 Les principes qui précèdent peuvent, à notre sens, être utilisés *mutatis mutandis* pour interpréter le couple que forment les art. 9 II et 11 I LMI. La première de ces dispositions est suffisamment précise pour être directement applicable (plus nuancée, CLERC, Marchés, p. 476, n. 656). Dès lors, à défaut de disposition cantonale expresse mise en vigueur dans le délai prévu à l'art. 11 I LMI, la compétence d'une autorité respectant les conditions de l'art. 9 II LMI peut se fonder **directement** sur les deux dispositions précitées. En règle générale, il devrait s'agir du Tribunal administratif cantonal ou de la Cour de droit public ou administratif du Tribunal cantonal. Il est toutefois nullement exclu que l'interprétation du droit cantonal mène à une autre autorité.

11 En cas d'absence de norme cantonale mettant en œuvre l'art. 9 II LMI, il appartient aux **particuliers** eux-mêmes de saisir une autorité cantonale remplissant les conditions résultant de cette disposition et de l'art. 86 II LTF. Les autorités cantonales ne doivent cependant pas faire preuve de trop de sévérité sur ce point. L'inaction du législateur cantonal ne saurait entraîner des inconvénients pour les justiciables. Aussi une autorité cantonale qui s'estime incompétente est-elle tenue de transmettre le recours à l'autorité qu'elle juge compétente. Il convient éventuellement de réserver l'hypothèse de recours adressés à des autorités manifestement incompétentes.

12 Si un justiciable omet de saisir une autorité cantonale compétente, son recours sera déclaré irrecevable en raison du **défaut d'épuisement des instances cantonales** (cf. ATF 123 II 231, c. 9 par analogie, voir également c. 7 *in fine* à propos du recours de droit administratif prévu par la LF d'organisation judicaire, du 16 décembre 1943). Le Tribunal fédéral trans-

mettra le recours à l'autorité cantonale dont la compétence est la plus probable, si le justiciable peut se prévaloir du principe de la bonne foi, en vertu duquel il ne doit pas pâtir d'une réglementation légale peu claire ou contradictoire des voies de droit (cf. déjà ATF 123 II 231, c. 8 b et c).

IV. Les autorités concernées

13 En raison de sa portée restrictive (ATF 123 I 313, c. 3d), l'art. 11 I LMI ne concerne en réalité que les **autorités étatiques cantonales**. En effet, la réserve ancrée à cette disposition se rapporte essentiellement à l'exigence découlant de l'art. 9 II LMI. Ainsi, les législateurs cantonaux sont-ils tenus d'adopter des normes mettant en œuvre cette disposition. En cas d'inaction de leur part, les gouvernements cantonaux peuvent adopter une réglementation transitoire en la matière ou attribuer de cas en cas des litiges à une autorité remplissant les exigences de l'art. 9 II LMI. En cas d'absence de toute norme, le tribunal administratif ou une autre autorité de recours doivent s'estimer compétents en se fondant directement sur l'art. 11 I LMI. Pour le surplus, il va de soi que l'ensemble des collectivités publiques et des autres « organes » assumant des tâches publiques doivent rendre leurs prescriptions matérielles et leurs procédures conformes aux exigences figurant dans la LMI. Ce sont ces collectivités et ces organes qui peuvent solliciter des recommandations à la Commission en vertu de l'art. 11 I LMI.

V. Les recommandations

14 La nature des recommandations fondées sur l'art. 11 II LMI est largement **identique** à celle des recommandations fondées sur l'art. 8 II LMI (cf. LMI 8 N 8-22 [■■]). Pendant le délai de deux ans prévu à l'art. 11 I LMI, la Commission a été amenée à formuler des recommandations fondées sur l'art. 11 II LMI. Se basant sur cette disposition, la Commission a en particulier formulé des recommandations concernant un projet d'ordonnance uranaise sur les soumissions et des projets de lois de Bâle-Campagne et Bâle-Ville dans le même domaine (voir ZÄCH, Rolle, p. 70-73). La mention des « autres services de la Confédération » à l'art. 11 II LMI n'a pas eu de véritable importance en pratique. Il paraît d'ailleurs difficile de déterminer quels services précis étaient visés par le législateur. Il pouvait s'agir du Bureau de l'intégration, voire de l'ancien Office fédéral des affaires économiques extérieures.

15 Aujourd'hui, l'art. 11 II LMI n'a plus véritablement d'importance pratique (ZWALD, BGBM, p. 459, N 200). En effet, le délai de deux ans étant écoulé, les recommandations de la Commission concernant la LMI sont dorénavant fondées sur l'**art. 8 LMI**. C'est dans le cadre de cette disposition que les cantons, les communes et les autres « organes » assumant des tâches publiques peuvent demander des recommandations à la Commission. Enfin, il va de soi que les cantons conservent la possibilité de consulter, en tout temps, les « services de la Confédération » qui ont pour mission de les renseigner.

Art. 12

Référendum et entrée en vigueur

[1] La présente loi est sujette au référendum facultatif.

[2] Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Referendum und Inkrafttreten

[1] Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

[2] Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Referendum ed entrata in vigore

[1] La presente legge sottostà al referendum facoltativo.

[2] Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

Bibliographie

Cf. les références relatives à l'art. 11 LMI.

Travaux préparatoires

Mess-LMI, FF 1995 I 1257.

1 Le délai référendaire s'appliquant à la LMI a expiré le 15 janvier 1996 sans avoir été utilisé (RO 1996 1742). Par un arrêté du 17 juin 1996, le Conseil fédéral a retenu la date du 1er juillet 1996 pour l'entrée en vigueur de la LMI (RO 1996 1742). Il a toutefois reporté au 1er juillet 1998 l'entrée en vigueur de l'art. 9 I à III LMI, se rapportant à l'art. 5 LMI (à ce sujet, voir ATF 125 II 86, c. 2a). Ce report a été justifié par le fait que la plupart des **cantons**, voire des communes, avaient besoin de temps pour instaurer une voie de recours en matière de marchés publics (Weber, Binnenmarktgesetz, p. 175 ; Clerc, Marchés, p. 475).

2 Le choix fait par le Conseil fédéral était pour le moins **discutable** (Clerc, Marchés, p. 475-477 ; Cottier/Merkt, Beschaffungswesen, p. 55). En effet, les cantons disposaient déjà du délai de deux ans prévu à l'art. 11 I LMI pour adapter leurs règles d'organisation et en particulier mettre sur pied une voie de recours répondant aux exigences découlant de l'art. 9 II LMI. Par ailleurs, ils étaient tenus d'instituer une voie de recours en matière de marchés publics dès le 1er janvier 1996 en vertu de l'art. XX AMP, et dès leur adhésion à l'AIMP, en vertu de l'art. 15 I AIMP (Clerc, Marchés, p. 475). Le report a *de facto* retardé jusqu'au 1er juillet 1998 l'ouverture interne des marchés publics cantonaux et communaux tombant exclusivement dans le champ de l'art. 5 LMI (pour le surplus, cf. LMI 9 N 7-8 [■■]).

3 Aucun référendum n'a été demandé contre la révision de la LMI du 16 décembre 2005 (FF 2005 6981 ; RO 2006 2366 ; cf. Zwald, BGBM, p. 459, N 201). Cette révision est entrée en vigueur, dans son intégralité, le 1er juillet 2006 (RO 2006 2366). Le Conseil fédéral n'a décrété aucun report de l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la novelle du 16 décembre 2005. Les cantons sont dès lors tenus de respecter notamment l'art. 2 VII LMI dès le 1er juillet 2006.