

<b>E 1</b>	<b>Gutachten</b> Avis Pareri
------------	------------------------------------

## **Clause d'exemption et loi sur le marché intérieur (LMI)**

### **I. Les fondements**

#### **a) La clause d'exemption prévue par l'accord bilatéral**

1. L'article 3 chiffre 5 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (ci-après: accord bilatéral) institue une clause d'exemption.

2. Cette disposition prévoit en effet que l'accord bilatéral ne s'applique pas aux marchés passés par des OT (opérateurs de télécommunications) pour leurs achats destinés exclusivement à leur permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunication lorsque 1) d'autres entités sont libres d'offrir 2) les mêmes services 3) dans la même aire géographique 4) à des conditions substantiellement identiques. [...]. Cette disposition s'applique sous lesdites conditions également aux marchés passés par les OF (opérateurs ferroviaires), les entités opérant dans le domaine de l'énergie autre que l'électricité et les entreprises privées assurant un service au public dès que ces secteurs seront libéralisés (FF 1999 VI 5805).

3. Dans son essence, la clause d'exemption tient compte de la libéralisation qui se fait jour dans certains domaines. Selon les négociateurs de l'accord bilatéral, cette clause permet de soustraire de l'application dudit accord les entités actives sur des marchés concurrentiels. Ainsi, "lorsque le libre jeu de la concurrence est garanti, les parties considèrent en effet que les marchés seront adjugés selon des critères économiques, ce qui rend superflue l'intervention de l'Etat" (Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 VI 5440, 5515).

4. La clause d'exemption touche les entités nouvellement assujetties aux règles sur les marchés publics en vertu de l'accord bilatéral. Au niveau suisse, la procédure d'exemption choisie est identique pour la Confédération et les cantons. Les requêtes sont déposées auprès du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Le DETEC prend sa décision sur la base d'une expertise de la Comco. Il entend au préalable l'Autorité intercantonale et les cercles intéressés. L'expertise de la Comco détermine si les entreprises adjudicatrices demandant l'exemption sont en situation de concurrence sur le marché.

## **b) Les marchés publics dans la LMI**

5. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est une loi-cadre qui indique aux cantons, communes et autres organes assumant des tâches publiques, la voie à suivre pour supprimer les barrières de droit public qui entravent l'accès au marché en posant des principes de base.

6. L'article 5 LMI prévoit que 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'article 3 LMI. Ainsi, toutes ces dispositions et leurs décisions d'application doivent respecter les exigences minimales de la LMI, indépendamment de la valeur des marchés publics concernés, à savoir:

?? l'accès au marché doit être non discriminatoire (art. 5 et 3 LMI);

?? les marchés publics de grande importance ainsi que les critères de participation et d'attribution doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI);

?? les limitations d'accès au marché doivent se prendre sous la forme de décisions (art. 9 al. 1 LMI) et

?? le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours auprès d'une instance indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

7. En outre, la LMI prévoit que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales doivent tenir compte des engagements internationaux pris par la Confédération (art. 5 al. 2 i.f. LMI).

8. En matière de marchés publics, la Commission de la concurrence a régulièrement souligné l'importance des règles sur les marchés publics lorsque les entités adjudicatrices ne sont pas en situation de concurrence sur le marché. Ainsi a-t-elle encouragé à plusieurs reprises les collectivités publiques à procéder à des appels d'offres, notamment lors de l'attribution de concessions (DPC 1999/2, p. 267 ss. et DPC 2000/1, p. 95).

## **c) La clause d'exemption et la LMI**

9. La clause d'exemption concerne les marchés publics situés en-dessus des seuils prévus par l'accord bilatéral. Quid des marchés publics cantonaux ou communaux en-dessous de ces seuils? Est-ce que les entités adjudicatrices exemptées le sont aussi en-dessous des seuils ou sont-elles soumises aux règles sur les marchés publics dans la mesure où la LMI leur est applicable?

10. La Comco est d'avis que la LMI ne s'oppose pas à une extension de la portée de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral. En effet, les règles sur les marchés publics s'appli-

quent aux entités adjudicatrices qui interviennent sur le marché au titre de la puissance publique. Lorsqu'elles entrent en concurrence avec d'autres entreprises, leurs achats devraient alors être dictés par les règles du marché. Les règles sur les marchés publics perdent alors de leur valeur lorsque les entités adjudicatrices sont en situation de concurrence. Dans ce cas, on part de l'idée que les marchés [publics] seront "adjudés" selon des critères économiques, ce qui rend superflue l'intervention de l'Etat. A cela s'ajoute le fait que l'existence de la concurrence sur le marché ne dépend pas de la valeur des marchés publics à adjudger.

11. De plus, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches publiques sont régis par le droit cantonal et intercantonal (art. 5 al. 1 LMI). Il incombe donc aux cantons et aux communes de définir, tout en respectant le droit fédéral, le champ d'application personnel de leur droit des marchés publics. Par conséquent, les autorités cantonales seraient en droit d'étendre la clause d'exemption aux marchés publics situés en-dessous des seuils de l'accord bilatéral. La LMI ne s'y oppose pas dans la mesure où les engagements internationaux pris par la Confédération peuvent être pris en compte par les cantons en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral (art. 5 al.2 i.f. LMI). Même si cette disposition touche en priorité les règles relatives à la publication des appels d'offres, elle a aussi une portée plus générale en vertu du principe de la primauté du droit international sur le droit national.

12. Enfin, l'extension de la portée de la clause d'exemption sous les seuils de l'accord bilatéral se justifie aussi du point de vue économique. En effet, si la LMI s'opposait à cette extension, les entités adjudicatrices exemptées seraient tentées de gonfler le volume et la valeur de leurs marchés publics pour dépasser les seuils de l'accord bilatéral et bénéficier ainsi de l'exemption prévue par cet accord. Cette pratique irait à l'encontre de la tendance actuelle qui vise plutôt à diminuer la valeur des marchés publics pour pouvoir choisir des procédures plus souples (procédure de gré à gré ou sur invitation), voire pour ne plus être soumis au droit sur les marchés publics.

13. Relevons enfin que la LMI n'a pas empêché l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP-rév) d'introduire une sorte de clause d'exemption. En effet, l'article 8 alinéa 2 lettre a AIMP-rév prévoit que "les activités de caractère commercial ou industriel des collectivités assumant des tâches cantonales ou communales" sont exclues du droit intercantonal pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux. Cette disposition - contraire au champ d'application de la LMI - correspond à une clause d'exemption car elle libère certaines entités (p.ex. banques cantonales) de l'assujettissement au droit des marchés publics en raison de la concurrence qui règne sur leur secteur. Par souci d'harmonisation, la Comco invite la Conférence suisse DTAP à

---

instituer dans l'AIMP une procédure d'exemption calquée sur celle de l'accord bilatéral (cf. critères d'exemption) et à demander l'avis de la Comco pour toutes les questions relatives à l'appréciation de la concurrence sur le marché.

## **II. Réponses aux questions posées par la Conférence suisse DTAP**

a) *Steht das Binnenmarktgesetz der Ausklinkung im oben genannten Sinne entgegen? Wir erinnern daran, dass alle Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein müssen.*

14. Non, même si la LMI ne contient formellement aucune clause d'exemption. Le fait que tous les organes assumant des tâches cantonales ou communales tombent en principe dans le champ d'application de la LMI ne s'oppose pas à une extension de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral (cf. raisons évoquées ci-dessus, ch. 9ss). L'article 5 LMI n'a, du reste, pas empêché les cantons d'adopter l'article 8 alinéa 2 lettre a AIMP-rév.

b) *Wenn nein, gilt eine entsprechende Feststellungsverfügung der Nichtunterstellung automatisch auch für den Binnenmarkt?*

15. En principe, oui. La décision d'exemption accordée par le DETEC devrait aussi valoir pour les marchés publics soumis à la LMI (en-dessous des seuils de l'accord bilatéral). D'ailleurs, les marchés publics qui tombent sous l'accord bilatéral sont théoriquement aussi des marchés publics LMI dans la mesure où cette loi ne prévoit pas de seuils. Pour régler proprement la situation, la Confédération et les cantons devraient préciser la portée de la clause d'exemption en-dessous des seuils de l'accord bilatéral dans leur droit des marchés publics.

c) *Denkbar ist, dass eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber keine internationale relevante Aufträge zu vergeben hat (Schwellenwert). Steht dann das Binnenmarktgesetz einem Gesuch um Ausklinkung entgegen?*

16. La valeur des achats publics n'est pas une condition pour déposer une demande d'exemption. D'ailleurs, lors du dépôt de la requête d'exemption, l'entité adjudicatrice ne sait pas encore quelle sera la valeur des appels d'offres à venir. Par conséquent, la LMI ne saurait empêcher une entité assujettie à l'accord bilatéral de déposer une requête d'exemption.

d) *Auf welchen gesetzlichen Grundlagen stützen Sie Ihre Folgerung? Speziell: Gibt Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 BGBM die entsprechende Kompetenz für eine Ausklinkung?*

17. A notre avis, les cantons peuvent en effet se prévaloir de l'article 5 alinéas 1 et 2, 2ème phrase LMI pour étendre le champ d'application de la clause d'exemption en-dessous des seuils de l'accord bilatéral (cf.

aussi les raisons évoquées ci-dessus). En l'état actuel, seul le Tribunal fédéral serait à même d'apporter une réponse définitive à cette question.

e) *Falls das BGBM geändert werden muss: Werden Sie eine entsprechende Revision einleiten?*

18. A notre avis, l'extension de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral se déduit du fondement de cette clause. La LMI ne saurait s'y opposer (cf. supra ch. 9 ss.). Une révision de cette loi pourrait certes clarifier la situation pour les entités adjudicatrices soumises au droit (inter)cantonal sur les marchés publics. Elle ne réglerait toutefois pas le problème au niveau fédéral puisque la LMI n'est pas applicable aux marchés publics de la Confédération.

19. Autre est la question de la généralisation du concept de la clause d'exemption pour l'ensemble du droit des marchés publics. A notre avis, une telle généralisation nécessiterait une décision politique. Il est encore trop tôt pour dire si les résultats de l'enquête menée actuellement par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OP-CA) sur les marchés publics conduiront le Parlement à proposer des changements législatifs dans ce domaine.

---