

B 2.8

## 2. Recommandation du 19 octobre 2015 à l'attention du canton de Fribourg concernant son avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol

1. La Commission de la concurrence (COMCO) a été rendue attentive à une procédure de consultation concernant un avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol (AP-LUSS) que le canton de Fribourg a menée fin 2014. Les autorités de la concurrence n'ont pas été invitées à participer à la procédure de consultation.<sup>1</sup>

2. La COMCO et son Secrétariat sont chargés de veiller à ce que les cantons respectent la loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). Afin de garantir l'exécution de la LMI, la COMCO peut notamment émettre des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

### 1 Analyse juridique

#### 1.1 Application de la LMI

3. Aux termes du rapport explicatif<sup>2</sup> concernant l'article 15 AP-LUSS (p. 12), l'avant-projet de loi<sup>3</sup> part à juste

titre du principe que l'octroi de concessions pour l'usage de ressources naturelles du sous-sol tombe dans le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI et est par conséquent soumis à une obligation de publication.<sup>4</sup> L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI vaut en principe pour le transfert de l'exploitation tant de monopoles de droit et de régales que pour les monopoles de fait.<sup>5</sup> Cet avis est partagé par une majorité de la doctrine.<sup>6</sup> En conséquence, les concessions d'usage accru du domaine public sont, à certaines conditions, également soumises à l'obligation de publier un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.<sup>7</sup>

4. Du point de vue de la COMCO, la qualification juridique administrative d'une concession en tant que concession de monopole, de régale ou d'usage accru n'est pas déterminante, mais bien plutôt le fait que plusieurs acteurs du marché s'intéressent à des droits exclusifs,

<sup>1</sup> Cf. liste des destinataires: [http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/06\\_fr\\_DIV\\_Liste\\_instances\\_consultes.pdf](http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/06_fr_DIV_Liste_instances_consultes.pdf) (dernière consultation le 19 octobre 2015).

<sup>2</sup> Disponible sous: [http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/04\\_fr\\_RAP\\_projet\\_loi\\_sous-sol.pdf](http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/04_fr_RAP_projet_loi_sous-sol.pdf) (dernière consultation le 19 octobre 2015).

<sup>3</sup> Disponible sous: [http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/02\\_fr\\_ACT\\_projet\\_loi\\_sous-sol.pdf](http://www.fr.ch/cha/files/pdf67/02_fr_ACT_projet_loi_sous-sol.pdf) (dernière consultation le 19 octobre 2015).

<sup>4</sup> S'agissant de la confirmation de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI aux concessions cantonales de prospection d'hydrocarbures, cf. TA ZH, VB.2013.00439 du 3 octobre 2013 consid. 6.5 et TA GL, VG.2013.00061 du 6 novembre 2013 consid. 4b, tous deux publiés in: DPC 2013/4, 860 ss.

<sup>5</sup> Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schyz concernant le renouvellement de la concession hydraulique au bénéfice de Elektrizitätswerk des Bezirks Schyz AG, DPC 2011/2, 353, ch. 53; Expertise de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi non-locaux à l'exemple des prescriptions d'accès des cantons BE, BS, BL de même que des villes de Zurich et Winterthur, DPC 2012/2, 438, ch. 58; Rapport annuel 2012 de la COMCO, Thème spécial: le marché intérieur suisse, DPC 2013/1, 29, 32; Recommandation de la COMCO du 1<sup>er</sup> décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 42; Expertise de la COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession sur l'usage du domaine public, DPC 2011/2, 345.

<sup>6</sup> **Dans ce sens:** BELLANGER FRANÇOIS, Marchés publics et concessions ?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, Zurich 2012, 167, ch. 101 ss; BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, ch. 815 s.; DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, 219, 249; ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203, 203 s.; GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2013, ch. 211; KUNZ DANIEL, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Éds), Marchés publics 2012, Zurich 2012, 205, ch. 26 ff.; LE MÊME, Die Konzessionserteilung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Éds), Die Konzession, Zurich 2011, 27 ss, 36; MOSER ANDRÉ WERNER, Der öffentliche Grund und seine Benützung: im Lichte der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern, Bern 2011, 329 s.; POLTIER ETIENNE, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, 1879 ss, LMI 2 VII ch. 23; REY ALEXANDER/WITTWER BENJAMIN, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, 585, 590 s.; RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, Geschlossene Märkte (Chap. 5) und Zugang zu geschlossenen Märkten (Chap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern, 2014, 105 s. (disponible en allemand, sous: [http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/141723\\_avenir-suisse\\_br\\_de-internet.pdf](http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/141723_avenir-suisse_br_de-internet.pdf)); VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung: Grundzüge der Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4<sup>ème</sup> éd., Bern 2006, § 5 ch. 136; ZWALD THOMAS, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 2010/3, 28 ss, 30.

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

<sup>7</sup> Le Tribunal fédéral a jusqu'à présent explicitement laissé ouverte la question de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI aux concessions d'usage accru du domaine public (ATF 135 II 49, consid. 4.1, ville de Genève; arrêt du TF 2C\_198/2012 du 16 octobre 2012, consid. 6, Bâle-Ville; arrêt du TF 2C\_857/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.2, ville de Genève); à tout le moins le tribunal cantonal lucernois a admis l'application de l'art. 2 al. 7 LMI à l'octroi de droit d'usage du domaine public à des fins commerciales (TC LU, Jugement 7H 14 136 du 21 juillet 2014, consid. 3.5, in: DPC 2014/3, 650). Cf. dans ce sens également la Recommandation de la Commission de la concurrence du 20 août 2015 concernant la loi saint-galloise sur l'usage du sous-sol (en annexe, à paraître dans la DPC 2015/3).

disponibles uniquement en quantité limitée. Que l'État s'appuie sur une base légale (monopole de droit ou clause du besoin), la constitution cantonale (régale) ou son pouvoir de disposition sur le domaine public (monopole de fait) pour limiter le nombre d'acteurs présents sur le marché n'est pas pertinent en regard de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, il y a dans tous ces cas un « monopole » au sens de cette disposition; le nombre d'intéressés – un seul ou un nombre restreint – à qui l'on accorde l'accès au marché n'est pas important à cet égard. Si plusieurs acteurs économiques s'intéressent à un marché à l'accès limité, seule une procédure avec un appel d'offres sera en principe à même de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents, la neutralité économique de l'État, la transparence et l'unité du marché intérieur.<sup>8</sup> En conséquence, si sur la base d'un nombre limité de droits d'usage accru, seule une quantité restreinte d'offreurs peut se voir octroyer un accès à une activité économique dans un marché déterminé (« marché fermé »), alors l'attribution du droit d'accès au marché sous la forme d'une concession d'usage accru doit se dérouler conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.

## 1.2 L'avant-projet de loi sur l'usage du sous-sol

5. Selon l'avant-projet, celui qui désire obtenir une **concession** pour l'exploitation de ressources naturelles du sous-sol doit déposer une requête idoine et prouver, conformément à l'article 18 AP-LUSS:

- que la quantité et la nature des ressources naturelles disponibles permettent vraisemblablement une utilisation commerciale;
- que le sous-sol se prête à l'utilisation prévue;
- que la technique prévue permet d'utiliser les ressources du sous-sol sans provoquer un danger important;
- sa capacité à construire, exploiter et entretenir les installations prévues;
- que le financement de la mise en place, de l'utilisation, du démontage et du suivi ultérieur de l'installation est assuré.

6. Selon les termes du rapport explicatif, ces conditions ne peuvent être remplies que par un requérant qui « a procédé à des examens correspondant dans le cadre de mesures exploratoires autorisées ou s'il a acquis les résultats d'examens de tiers »<sup>10</sup>. En d'autres termes, dans les faits, seul le détenteur d'un permis de recherche sera à même d'obtenir une concession.

7. L'AP-LUSS prévoit à son art. 15 al. 1 que la demande de **permis de recherche** en sous-sol est publiée dans la Feuille officielle. D'autres intéressés peuvent, dans un délai de 30 jours, faire parvenir une demande pour le même périmètre. Si le requérant d'un permis de recherche en sous-sol est déjà au bénéfice d'un permis de recherche en surface, sa demande est dispensée de la publication (art. 15 al. 2 AP-LUSS). À première vue, il ne sera possible d'accorder qu'un seul permis de recherche par périmètre et par ressource à exploiter. Si pour le même périmètre et la même ressource plusieurs permis de recherche sont demandés, priorité sera accordée au requérant qui donne le plus de garanties de réaliser les

travaux de manière complète et rapide, en particulier en fonction de son expérience, de son mode d'organisation et de ses moyens (art. 15 al. 3 AP-LUSS).

8. Pour la procédure d'octroi d'une **concession**, l'AP-LUSS ne prévoit aucune mise en concurrence par voie de publication. Certes, la demande de concession est publiée (art. 17 al. 1 AP-LUSS), mais dans ce cas la publication ne vise pas à permettre d'autres demandes de concession, mais plutôt à permettre aux personnes touchées de faire opposition ou de faire valoir des griefs. Toutefois, si plusieurs demandes devaient être déposées, la concession sera octroyée au requérant qui est déjà en possession d'un permis de recherche (art. 18 al. 2 AP-LUSS). Ce droit préférentiel d'octroi d'une concession ne respecte pas les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI, en particulier l'obligation de publication d'un appel d'offres et le principe de non-discrimination.

9. L'AP-LUSS a fixé la durée maximale de la concession à 50 ans, voire **exceptionnellement plus**, au **motif avéré** d'une durée d'amortissement des investissements supérieure à 50 ans (cf. art. 16 al. 1 AP-LUSS). En outre, à teneur de l'art. 16 al. 2 AP-LUSS, la concession peut, à son échéance (et quelle que soit sa durée), être **prolongée pour « de nouvelles périodes de dix ans »**, si la ou le concessionnaire a satisfait à toutes ses obligations et en fait la demande un an avant ladite échéance. Il découle de cette disposition qu'une concession peut être prolongée au-delà de sa durée initiale sans motif et sans publication pour une durée indéterminée (cf. art. 16 al. 2 AP-LUSS: « [...] de nouvelles périodes de dix ans » [soulignement par la COMCO]).<sup>11</sup>

10. Ainsi, dans le système d'octroi de concession esquissé par l'AP-LUSS, la mise en concurrence a lieu déjà au moment de l'attribution d'un **permis de recherche**. Comme cette mise en concurrence précède la procédure d'octroi d'une concession et compte tenu des avantages offerts par la détention d'un permis de recherche, il apparaît que globalement les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI peuvent être considérées comme respectées.

## 2 Points faibles de l'avant-projet

### 2.1 Absence de mention de la loi sur le marché intérieur

11. En considérant tant l'AP-LUSS que le rapport explicatif, la COMCO a constaté qu'il n'est fait qu'une seule fois mention de la LMI, et ce dans une note de bas de

<sup>8</sup> Cf. Recommandation de la COMCO du 1<sup>er</sup> décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics concernant les effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la loi sur le marché intérieur, DPC 2014/4, 809, ch. 41 s.

<sup>9</sup> Cf. RÜTSCHÉ BERNHARD/DIEBOLD NICOLAS, *Geschlossene Märkte* (Chap. 5) und *Zugang zu geschlossenen Märkten* (Chap. 6), in: Samuel Rutz/Lukas Schmid (Éds), *Avenir Suisse Kantonsmonitoring 6: Von alten und neuen Pfründen. Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern*, 2014, 105 s. (disponible uniquement en allemand sous: [http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/14172\\_3\\_avenir-suisse\\_br\\_de-internet.pdf](http://www.avenir-suisse.ch/wp-content/uploads/2014/12/14172_3_avenir-suisse_br_de-internet.pdf)).

<sup>10</sup> Cf. Rapport explicatif ad art. 18, p. 13.

<sup>11</sup> La COMCO relève le silence du rapport explicatif à ce sujet.

page (n° 11, p. 12 du rapport explicatif). Compte tenu du champ d'application et de la portée de cette loi évoqués ci-dessus (cf. ch. 3 s.) ainsi que des liens en cascade établis entre l'octroi de la concession, qui est liée au permis de recherche en sous-sol (art 18 al. 2) lui-même lié au permis de recherche en surface (art. 15 al. 2), un nouvel article devrait poser les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence pour l'octroi de ces trois types d'autorisation (art. 2 al. 7 LMI). Le début de la Section 1 de l'AP-LUSS (p. ex. art. 5<sup>bis</sup>) constituerait un emplacement idoine. S'agissant du contenu de cette disposition, l'article 3 de la Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession<sup>12</sup> (ci-après: « la directive ») peut servir de modèle.

## 2.2 Procédure d'octroi des permis de recherche

12. Comme relevé ci-dessus (ch. 7 et 11) et répété plus bas (ch. 14), un permis de recherche donne en pratique le droit à une concession, mais la détention d'un permis de recherche en surface dispense de publication la requête d'un permis de recherche en sous-sol (art. 15 al. 2 AP-LUSS). Il apparaît ainsi que, dans le cadre de la procédure menant à l'octroi d'une concession, la mise en concurrence des intéressés n'intervient avec certitude que lors de la publication en vue de l'octroi du permis de recherche en surface. De plus, le contenu de la publication visant à la soumission d'offres concurrentes n'est pas fixé dans la loi et n'est pas non plus évoqué dans le rapport explicatif. Par ailleurs, le principe de la transparence concrétisé par l'obligation de publication de l'art. 2 al. 7 LMI, impose de procéder à un **appel d'offres** comprenant notamment l'objet ainsi que les critères d'aptitude et d'attribution.

### 2.2.1 Transparence dans la publication de la demande de permis de recherche

13. En conséquence, il est indispensable de fixer dans la loi le contenu de la publication. Celle-ci devra comprendre l'objet (du permis ou de la concession), la durée et le périmètre (lorsque ce n'est pas le canton dans son ensemble), les **critères d'aptitude et d'attribution** qui départageront les intéressés (sur la base de la première demande de permis de recherche) et **attirer l'attention** de ces derniers de manière appropriée sur l'importance de soumettre une offre concurrente en vue de l'obtention d'un permis de recherche compte tenu des **avantages** qui en découlent (absence de publication de la demande de permis de recherche en sous-sol et droit préférentiel à l'octroi d'une concession [pour les détenteurs des deux types de permis]).<sup>13</sup>

### 2.2.2 Délai après publication d'une demande de permis

14. À réception d'une demande de permis de recherche en surface ou en sous-sol, celle-ci est publiée conformément à l'art. 15 al. 1 AP-LUSS, à moins que le requérant – d'un permis de recherche en sous-sol – soit déjà en possession d'un permis de recherche en surface (cf. ch. 7). En conséquence, il y a tout lieu de considérer qu'un permis de recherche donne un droit préférentiel à l'octroi d'une concession, pour autant que les conditions de l'art. 18 al. 1 soient remplies (cf. rapport explicatif *ad* art. 16, p. 13) quand bien même l'art. 5 al. 3 AP-LUSS

statue le contraire.<sup>14</sup> Vu les facilités octroyées au détenteur d'un permis de recherche, il apparaît qu'un délai de 30 jours est insuffisant pour qu'un intéressé puisse constituer un projet pouvant faire concurrence à une demande de permis déjà déposée. En effet, même s'il aura éventuellement connaissance (d'une partie) du contenu de la demande (ni le rapport, ni la loi n'indique le contenu de la publication), cela ne dispensera pas le(s) requérant(s) suivant(s) d'un important travail de conception de projet et de recherche de financement.

15. À défaut d'un délai plus long, permettant le dépôt d'une requête valable, il y a un risque que la publication, dont le but est une mise en concurrence de différents intéressés, ne la réduise à un exercice alibi en termes de recherche d'offres concurrentes de qualité. La COMCO considère qu'un délai pour faire parvenir une demande concurrente de permis devrait être porté à **90 jours au moins**. En tout état de cause, il semble qu'un délai plus long puisse être nécessaire pour des projets de grande envergure ou complexes de sorte que, comme évoqué plus haut au sujet de la concession (ch. 9), la durée entre la publication de l'appel d'offres et les dépôts des offres devrait pouvoir être défini de manière **flexible** de cas en cas. Ainsi, il conviendrait d'adjoindre à l'art. 15 al. 1 AP-LUSS une formule plus générale permettant de fixer des délais de candidature plus longs, en fonction de la nature et de la complexité de la concession ainsi que du **temps nécessaire** pour élaborer une **offre concurrente**.

### 2.2.3 Garantie d'une voie de droit

16. Comme évoqué à plusieurs reprises ci-dessus (cf. ch. 7, 11 et 14), l'octroi d'un permis de recherche donne un privilège en vue de la délivrance d'une concession pour l'exploitation d'une ressource du sous-sol; ainsi, l'appel d'offres pour le permis comporte un **droit d'accès au marché au sens de l'art. 2 al. 7 LMI**. L'appel d'offres relatif au (premier) permis de recherche garantit que l'accès au marché satisfasse aux exigences de l'art. 2 al. 7 LMI. En outre, au sens de l'art. 9 al. 2 LMI, toute restriction de l'accès au marché, dans le cas présent une décision refusant un permis, doit faire l'objet d'une **décision sujette à recours**. En conséquence, la délivrance du permis doit avoir lieu par le biais d'une décision (art. 9 al. 1 LMI) sujette à recours (art. 9 al. 2 LMI).<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Disponible sous: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0023&from=FR> (dernière consultation le 19 octobre 2015).

<sup>13</sup> D'autres éléments peuvent revêtir une importance en fonction des cas, cf. annexe V (relative à l'article 31) de la directive.

<sup>14</sup> Cf. art. 5 al. 3 AP-LUSS: « Il n'existe pas de droit à un permis de recherche. Un permis de recherche ne donne pas droit à une concession ».

<sup>15</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 131 I 137 [arrêt Sigriswil]), une restriction de la garantie à une voie de droit au sens de l'art. 9 al. 2 LMI est admissible dans les marchés publics dont la valeur est de moindre importance. Toutefois, cette limitation de la voie de droit ne vaut que dans le domaine des marchés publics (art. 5 LMI), à l'exclusion des procédures d'octroi de concession (art. 2 al. 7 LMI). Même dans l'hypothèse où cette jurisprudence devait également valoir pour les concessions, cela n'aurait aucune conséquence, attendu qu'il ne saurait être question de limiter le calcul de la valeur du droit d'accès au marché à celle du seul permis demandé, mais plutôt de l'établir à l'aune des revenus potentiels futurs de la concession – si tant est que les recherches soient fructueuses.

17. En l'état, l'AP-LUSS prévoit à son article 30 un droit de recours contre les décisions prises en application de l'AP-LUSS. Selon la systématique de l'AP-LUSS, il semble que l'article 30 AP-LUSS s'applique à la procédure du permis de recherche. Néanmoins, ni le rapport explicatif, ni l'article 15 AP-LUSS ne sont explicites à ce sujet. Or, compte tenu des **liens étroits** qui lient les **permis** de recherche en surface puis en sous-sol avec la **concession**, il est important que les intéressés (et futurs concurrents) soient conscients des enjeux dès la première publication d'une demande de permis (cf. pt. 2.2.1, ch. 13), mais également qu'ils puissent faire usage d'une **voie de droit** pour obtenir une décision d'une autorité judiciaire indépendante de l'administration.

### 2.3 Durée et prolongation de la concession

18. La **durée** maximale d'une concession fixée à 50 ans est problématique. Compte tenu de la possibilité offerte par l'art. 6 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase AP-LUSS de se voir octroyer exceptionnellement une concession plus longue au motif de la rentabilisation de l'investissement, il apparaît plus judicieux de renoncer à fixer une durée maximale de concession *ab initio*, en privilégiant une fixation de la durée en fonction de la nature de la concession et d'un amortissement raisonnable de l'investissement, à l'instar de ce que prévoit l'article 18 de la directive.

19. Comme exposé ci-dessus (ch. 9), à l'échéance de la concession, le concessionnaire peut demander la **prolongation** de sa concession, sans motif, pour une durée de 10 ans; le nombre de ces prolongations n'est pas limité. La possibilité de pouvoir prolonger une concession sans motif paraît incongrue compte tenu de la possibilité d'obtenir une concession initiale dépassant 50 ans au motif d'une durée d'amortissement des investissements supérieure (cf. ch. 9). Or, comme exposé plus haut (ch. 3 s.), une concession ne peut être octroyée qu'après la publication d'un appel d'offres (art. 2 al. 7 LMI). En conséquence, la possibilité de prolonger la concession initiale constitue une violation du principe de la transparence et de non-discrimination, dans la mesure où le titulaire de la concession est avantagé de manière injustifiée (les investissements réalisés devraient avoir été recouverts de même qu'un retour sur les capitaux investis devrait avoir été réalisé). En conséquence, le **deuxième alinéa de l'article 16 AP-LUSS devrait être supprimé**.

### 3 Recommandations

20. Vu ce qui précède, la Commission de la concurrence recommande au canton de Fribourg de:

1. Introduire dans l'AP-LUSS une disposition relative aux **principes généraux** d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence dans l'octroi des permis de recherche en surface, des permis de recherche en sous-sol et des concessions.
2. Modifier la procédure de publication de l'art. 15 al. 1 AP-LUSS afin qu'elle soit conforme à un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI; à savoir:
  - a. définir le **contenu de l'appel d'offres**; à savoir que celui-ci:

- i. indique notamment l'objet, la durée, le périmètre concernés par la demande ainsi que les critères d'aptitude et d'attribution qui départageront les intéressés, et
  - ii. attire leur attention de manière appropriée sur l'importance de soumettre une offre concurrente en vue de l'obtention d'un permis de recherche en surface/en sous-sol compte tenu des avantages qui en découlent;
- b. introduire une clause générale permettant de fixer le **déla**i de dépôt d'offres concurrentes en fonction de la **complexité** de la concession ainsi que du **temps** nécessaire pour **l'élaboration** d'une **offre** et le fixer à **90 jours au moins**; et
  - c. introduire une clause prévoyant la délivrance du permis de recherche par le biais d'une **décision** dans tous les cas sujette à **recours** au sens des art. 30 AP-LUSS et 9 al. 2 LMI.
3. Modifier l'article 16 AP-LUSS, à savoir:
- a. **renoncer** à fixer une **durée maximale** de concession *ab initio*, en privilégiant une fixation de la durée en fonction de la **nature de la concession et d'un amortissement raisonnable** de l'investissement;
  - b. **supprimer** le deuxième alinéa.