

B 2.8	<b>3. Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi sur la restauration collective publique</b>
-------	--

*Publication d'une Recommandation de la Commission de la concurrence rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI)*

611-0020: Recommandation du 4 avril 2016 à l'attention du canton de Fribourg concernant le projet de loi sur la restauration collective publique

### 1 Contexte et recommandation

1. Le 15 juin 2015, La Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) du canton de Fribourg a lancé la procédure de consultation concernant le projet de loi sur la restauration collective publique (LRCP) ainsi que le rapport explicatif y relatif.<sup>13</sup> Cette loi a vise à ce que les restaurants de l'État ou subventionnés par l'État dans les écoles, hôpitaux, institutions, homes, etc. offrent régulièrement un choix substantiel de produits régionaux et respectueux du développement durable.

2. Le projet de loi prévoit à son art. 8 al. 1 LRCP que les restaurants du secteur public cantonal proposent régulièrement une offre adéquate en produits régionaux et durables. Selon son deuxième alinéa, le Conseil d'État fixe les objectifs et les critères que les offres des restaurants cantonaux doivent remplir.

3. Le motif à l'origine de la loi ressort de l'art. 1 LRCP de même que du rapport explicatif. Selon l'art. 1 let. b LRCP, la loi a pour but de promouvoir, dans la restauration collective publique, une alimentation de qualité, variée, équilibrée et durable, en particulier par une offre de produits de proximité. Ainsi, selon le rapport explicatif, il est donné suite à une motion parlementaire selon laquelle la promotion et la garantie d'une part substantielle de produits régionaux dans l'offre de restauration collective devrait être inscrit dans une loi.<sup>14</sup> Dans sa réponse à cette motion, le Conseil d'État a retenu qu'il partageait les objectifs de la motion et « [reconnaissait] l'intérêt légitime de l'agriculture, de la transformation [alimentaire] et du commerce locaux à se profiler dans ce domaine [...] ». De plus, l'approvisionnement local et le raccourcissement des transports contribuent à une restauration collective durable et correspondent à un besoin des consommateurs « à être informés sur la provenance, les modes de production voire l'empreinte écologique de l'offre alimentaire dans tous les canaux de distribution, soit aussi dans la restauration collective »<sup>15</sup>.

4. Le projet de LRCP a pour but de privilégier les produits régionaux pour la gastronomie collective dans le canton de Fribourg et de restreindre l'accès au marché pour les offreurs extra régionaux. La LRCP entre donc dans le champ d'application de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02; art. 1 al. 1 et 3).

5. La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI.

Cette loi garantit à toute personne – physique ou morale – 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 al. 1 LMI).

6. La COMCO n'a pas été invitée à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation ayant pris fin le 15 septembre 2015 et n'a été rendue attentive au projet de loi qu'au début du mois février 2016 par une question d'un citoyen. Après une analyse détaillée, la COMCO parvient à la conclusion que le projet de LRCP n'est pas conforme à la LMI. C'est pourquoi, sur la base de l'art. 8 al. 2 LMI, la COMCO

#### recommande

**de renoncer à l'adoption de l'article 8 al. 1 de la Loi cantonale sur la restauration collective publique, dans la mesure où cette disposition contraint les restaurants du secteur cantonal public de privilégier systématiquement les produits régionaux lors de leurs achats.**

### 2 L'obligation de privilégier les produits locaux dans le cadre des marchés publics

7. L'achat de produits par des restaurants de l'État au sens de l'art. 2 al. 2 LRCP est soumis au droit des marchés publics, à savoir en particulier à l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (Accord-OMC sur les marchés publics, « Gouvernement procurement agreement », GPA; AMP-OMC; RS 0.632.231.422), à l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord bilatéral; RS 0.172.052.68), à l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 (AIMP), à la LMI de même qu'à la Loi cantonale sur les marchés publics et son règlement (RSF 122.91.1 et 122.91.11).<sup>16</sup> Dans ce sens, le Tribunal administratif du canton de Lucerne a jugé que l'achat coordonné de denrées alimentaires par le canton pour les cantines des écoles et des hôpitaux cantonaux devait être qualifié de marché public.<sup>17</sup>

<sup>1</sup> Disponible à l'adresse: <http://www.fr.ch/cha/fr/pub/consultations/archives/2015.htm>.

<sup>2</sup> Rapport explicatif accompagnant un avant-projet de loi sur la restauration collective publique (LRCP), ci-après « le Rapport », p. 1.

<sup>3</sup> Cf. Réponse du Conseil d'État du 26 août 2014 à deux instruments parlementaires (2014-GC-15 et 2015-GC-31), p. 5, disponible à l'adresse: [http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/fr/ax-5703aaa2ba534/fr\\_RCE\\_Produits\\_de\\_proximit\\_Postulat\\_et\\_motion\\_Projet\\_de\\_rponse.pdf](http://www.parlinfo.fr.ch/dl.php/fr/ax-5703aaa2ba534/fr_RCE_Produits_de_proximit_Postulat_et_motion_Projet_de_rponse.pdf).

<sup>16</sup> En fonction de l'importance de leur subventionnement, les achats des « restaurants du secteur cantonal public » tombent dans le champ d'application du droit des marchés publics (cf. art. 8 al. 2 let. b AIMP); dans la mesure où cette disposition ne trouvait pas application, la LMI continuerait toutefois de s'appliquer (cf. à ce sujet, pt 3, ci-dessous).

<sup>17</sup> Tribunal administratif LU, arrêt du 11 janvier 2008 (V 07 297), consid. 3 et 4.

8. Les prescriptions de la LMI concernant les marchés publics se trouvent à son article 5. Il s'agit d'une disposition de droit fédéral qui est d'application directe aux procédures de marchés publics des cantons et des communes.<sup>18</sup> Cette disposition institue le principe de la non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) de même que celui de l'obligation de publier (art. 5 al. 2 LMI). Ces standards minimaux du droit des marchés publics doivent être respectés dans les procédures cantonales et communales.

9. L'art. 5 al. 2 LMI impose aux pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux de publier dans un organe officiel tous les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux (c'est-à-dire la description de l'objet de la procédure et ses spécifications techniques) de même que les critères d'aptitude et d'adjudication ainsi que leur importance relative (pondération). Cette disposition correspond donc au principe de la transparence du droit des marchés publics et implique pour l'adjudicateur le devoir de publier tous les critères qui seront déterminant pour octroyer un marché public à un soumissionnaire de manière précise et concrète.

10. L'art. 5 al. 1 LMI ancre le principe de l'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux. Ce principe concerne tous les offreurs ayant leur siège ou leur établissement en Suisse. Cette disposition constitue une clause d'égalité de traitement, respectivement une interdiction de discriminer dans le cadre des marchés publics cantonaux.<sup>19</sup>

### 2.1 Privilège en faveur des produits locaux lors de marchés publics importants

11. Selon l'art. 5 LMI, les cantons, les communes et les organes chargés de tâches cantonales sont tenus de publier leurs marchés publics d'importance et ne doivent pas discriminer des offreurs externes. Cette disposition vaut également pour l'achat de denrées alimentaires par les restaurants de l'État.<sup>20</sup> Le fait de savoir si un achat doit être qualifié d'« important » doit être tranché à la lumière des valeurs-seuils de l'AIMP. Selon la communication de l'Autorité intercantonale sur les marchés publics (AiMP) du 4 décembre 2015 les prestations de livraison d'une valeur de plus de 250'000 francs doivent faire l'objet d'un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective. Ainsi, les marchés publics de plus de 250'000 francs doivent être considérés comme « d'importance » au sens de l'article 5 LMI.

12. L'obligation légale faite aux restaurants d'acheter une part déterminée dans la région constitue une discrimination basée sur la provenance. Ainsi, dans la mesure où un restaurant de l'État privilégie l'achat de produits locaux pour un montant de 250'000 francs ou plus, il y a une restriction de l'accès au marché qui ne peut être justifiée qu'aux conditions de l'article 3 LMI. En ce qui concerne le calcul de la valeur du marché public, il convient d'observer que celui-ci ne peut être subdivisé afin d'éviter d'atteindre les valeurs-seuils déterminantes pour l'application de la procédure ouverte ou sélective.<sup>21</sup>

### 2.2 Privilège en faveur des produits locaux lors de marchés publics non-importants

13. L'achat par l'État de produits dont la valeur n'atteint pas la valeur-seuil de 250'000 francs ne constitue pas un

marché public « d'importance » au sens de la LMI et n'est pas soumis aux exigences de l'art. 5 al. 2 LMI. En conséquence, les marchés publics en deçà des seuils peuvent, en fonction de leur valeur, être attribués soit par une procédure sur invitation ou une procédure de gré à gré conformément à l'AIMP. Il faut toutefois remarquer que, conformément à l'art. 5 al. 1 LMI, les offreurs ayant leur siège ou leur établissement en Suisse ne doivent pas non plus être discriminés pour des marchés publics non-importants (en dessous des valeurs-seuils). À la différence de l'obligation de publier un appel d'offres, l'interdiction de discriminer de l'art. 5 al. 1 LMI n'est pas limitée aux marchés publics d'importance et vaut donc aussi pour les achats en dessous des seuils en procédure de gré à gré ou sur invitation.

14. L'ancrage dans le droit cantonal de l'obligation pour les restaurants de l'État de privilégier systématiquement les produits régionaux pour des achats dont la valeur se situe en dessous de la valeur-seuil de 250'000 francs viole clairement l'interdiction de discriminer au sens de l'art. 5 al. 1 LMI et n'est admissible qu'aux conditions de l'art. 3 LMI. Dans le même temps, il faut encore retenir qu'une obligation d'avantager ou privilégier l'économie locale ancrée dans le droit va diamétralement à l'opposé de la conception du marché intérieur et du principe de non-discrimination (art. 1 al.1 LMI). En lien avec ceci, il sied de tenir compte du fait qu'une inégalité de traitement de concurrents motivés par une politique structurelle viole tant la liberté économique (art. 27 de la Constitution suisse [Cst.; RS 101]) que les principes de l'ordre économique (art. 94 al. 1 et 4 Cst.).

### 3 Obligation de préférence des produits locaux pour des achats privés

15. L'obligation de proposer des produits régionaux vaut en plus tant pour les restaurants du secteur public cantonal (art. 2 al. 3 LRCP), c'est-à-dire en particulier pour les cantines des hôpitaux et établissements cantonaux que pour les restaurants subventionnés par l'État.

16. Selon le rapport explicatif et dans la mesure où la LRCP oblige aussi les restaurants qui ne sont pas soumis au droit des marchés publics, ni donc à l'art. 5 LMI, celle-ci concerne l'achat sur les « marchés privés »

<sup>18</sup> ATF 141 II 113, consid. 3.1.5; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, p. 177 ss, 184.

<sup>19</sup> ATF 125 I 406, p. 408, consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000, consid. 1c; dans la doctrine: MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *in*: OFK-Wettbewerbsrecht II, Matthias Oesch/Rolf Weber/Roger Zäch (Éds), 2011, n° 1 ad art. 5 LMI; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, n° 55; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, *in*: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), 2<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 104 ad art. 9 LMI; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013, p. 177 ss, 180; EVELYNE CLERC, *in*: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, nos 109 et 114 ad art. 5 LMI.

<sup>20</sup> Tribunal administratif LU, arrêt du 11 janvier 2008 (V 07 297), consid. 3 et 4; NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, p. 219 ss, 230.

<sup>21</sup> PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, no 308 ss, 326.

(p. 10). Il faut en outre prendre en compte que la LMI garantit la libre circulation économique en Suisse également hors du domaine des marchés publics (art. 2 LMI). Puisque les demandeurs privés – qui ne sont pas soumis au droit des marchés publics – seront obligés d'acheter des produits régionaux, l'accès au marché des offreurs externes sera restreint.<sup>22</sup> Il y a donc bien une restriction de l'accès au marché au sens du 1<sup>er</sup> alinéa de l'art. 3 LMI, qui n'est admissible qu'aux conditions de ce même article.

#### 4 La restriction de l'accès au marché ne peut être justifiée

17. Selon l'art. 3 al. 1 let. a à c LMI, les cantons peuvent restreindre l'accès au marché au moyen de conditions ou de charges, pour autant que celles-ci s'appliquent également aux personnes indigènes, soient indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants et respectent le principe de la proportionnalité.

18. Il ressort du projet de LRCP de même que de son rapport explicatif que l'obligation d'acheter des produits locaux doit être adoptée pour des motifs de politique sanitaire, environnementale et structurelle (cf. ch. 4, ci-dessus). Le rapport explicatif part du principe que les conditions de restrictions [de l'art. 3 LMI] sont remplies dans le cas présent, alors même que: le projet de LRCP «  *vise toutefois une certaine préférence régionale au niveau des produits proposés dans la restauration collective publique, en la plaçant au service d'objectifs supérieurs d'alimentation saine et équilibrée et de développement durable, ceci en conformité avec l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Il s'agira, au travers des dispositions d'exécution et de leur mise en œuvre pratique de veiller à traiter de la même façon les offreurs locaux et confédérés (art. 3 al. 1 let. a LMI) et de respecter le principe de proportionnalité, conformément à l'art. 3 al. 1 let.] c LMI. »<sup>[23]</sup> Il n'est toutefois pas possible de déduire du rapport explicatif par quel raisonnement et arguments la DIAF parvient à la conclusion que le projet de LRCP est conforme à l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Comme les considérations suivantes le montrent, les conditions de l'article 3 ne sont pas remplies dans le cas présent.*

19. La protection de la **santé publique** peut en principe être considérée comme un intérêt public à même de justifier une restriction de l'accès intercantonal ou intercommunal au marché. Dans le cas présent il faut néanmoins prêter attention au fait que l'obligation d'acheter des produits régionaux n'est pas apte à atteindre le but visé. Le fait déjà qu'un produit soit issu de l'agriculture régionale ne permet pas de garantir qu'il s'agisse de produit sain. Il n'y a aucun indice démontrant que des produits de la région du canton de Fribourg seraient plus sains que les produits d'autres régions. Il est sans autre possible de tenir compte de l'intérêt légitime à une alimentation saine en définissant des exigences à l'offre des restaurants cantonaux de manière neutre quant à la provenance. Il en va de même en ce qui concerne le besoin évoqué plus haut des consommateurs « à être informés sur la provenance, les modes de production voire l'empreinte écologique de l'offre alimentaire » qui ne nécessite aucune restriction de l'accès au marché, ni discrimination des produits extra régionaux.

20. La **protection de l'environnement** peut également constituer un intérêt public qui puisse justifier une restriction de l'accès au marché. À ce sujet, le rapport explicatif expose qu'un « approvisionnement local et des circuits courts peuvent contribuer [...] à la durabilité dans la restauration collective ». En lien avec cette thématique, le Tribunal fédéral a jugé que dans le cadre de l'accomplissement d'un marché public, les distances de transport ne peuvent être prises en compte que si elles ont des répercussions « sur une longue durée et un grand nombre de courses »<sup>24</sup>; en revanche elles ne doivent pas être prises en compte lorsque dans l'ensemble elles ne représentent qu'un rôle accessoire, respectivement unique.<sup>25</sup> La charge de la preuve du respect des conditions de l'art. 3 LMI repose sur le canton qui entend prononcer une restriction de l'accès au marché.<sup>26</sup> Dans le cas présent, la déclaration forfaitaire selon laquelle par des achats régionaux les distances de transport seraient raccourcies et qu'elles contribueraient à la « durabilité dans la restauration collective » ne justifie pas une restriction de l'accès au marché. Concrètement, la charge environnementale de la méthode de transport est marginale en regard de celle engendrée par les processus de production et de transformation. Il est facilement concevable qu'un produit extra régional livré ait une charge environnementale inférieure à celle d'un produit régional. Le rapport explicatif est muet sur la question des effets d'un transport en Suisse sur l'empreinte écologique pour des denrées alimentaires par rapport à leur production et leur transformation et en particulier si ceux-ci sont si impactant que la prise en compte de la distance de transport ou son usage s'impose comme critère d'adjudication. D'autres mesures alternatives, respectivement plus douces ne sont pas examinées. Il pourrait être tenu compte du légitime intérêt à la protection de l'environnement de manière plus efficiente en achetant par exemple une certaine proportion de produits certifiés ou équivalents ou en achetant des produits de saison – la provenance indigène suisse des produits ne jouant ici aucun rôle.

21. La justification des obligations faites aux restaurants d'acheter des produits régionaux pour des motifs sanitaire et environnementaux est en conséquence mise en échec dans le cas présent par les conditions de respect du principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LMI. Au surplus, le principe de non-discrimination de l'art. 3 al. 1 let. a LMI n'est pas rempli car le projet de loi poursuit précisément le but de privilégier l'agriculture, la transformation et le commerce locaux.

22. Finalement, il ressort clairement du rapport explicatif de même que de la motion parlementaire à la base du projet de loi que par l'achat de produits régionaux, principalement l'agriculture locale, la transformation locale et le commerce local doivent être renforcés. Il s'agit d'intérêts de politique structurelle visant à protéger

<sup>22</sup> Cf. NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem*, 2016, no 761, qui parle en lien avec cette problématique d'une restriction d'accès au marché par « une obligation d'approvisionnement indigène » (en all.: « Inlandbezugspflicht »).

<sup>[23]</sup> Rapport explicatif, p. 9.]

l'économie régionale, ce qui est contraire à la LMI et ne permet donc pas de justifier une restriction à l'accès au marché. Du point de vue de la COMCO, l'obligation d'acheter des produits locaux pourrait également constituer dans les faits une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux – illicite en soi – qui pourrait être cachée par des motifs environnementaux, sanitaire et de protection des consommateurs.

23. En outre, il sied de mentionner le fait que l'agriculture, l'industrie de transformation et le commerce fribourgeois profitent eux-mêmes d'un marché intérieur ouvert et d'un accès libre et non discriminatoire aux restaurants et cantines des autres cantons, sur la base de la LMI. Le droit du marché intérieur fondé sur la compétence de la Confédération à créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.) vise à mettre un terme aux politiques d'économie publique cantonales qui cherchent à exclure du marché intérieur cantonal les concurrents externes et dans le même temps à profiter des marchés ouverts des autres cantons.

24. En résumé, la COMCO aboutit à la conclusion que la disposition de l'art. 8 LRCP selon laquelle les restaurants du secteur public cantonal doivent régulièrement proposer un choix de produits régionaux ne peut pas être justifiée conformément aux conditions de l'art. 3 LMI.

Nous vous remercions de la prise en compte de notre recommandation et prions le canton de Fribourg, sur la base des art. 8a et 10a al. 2 LMI, de bien vouloir **informer spontanément** la COMCO de la **suite du processus** législatif relatif à la loi sur la restauration collective publique ainsi que de son **application**.

## COMMISSION DE LA CONCURRENCE

---

<sup>24</sup> Traduction libre du Secrétariat, de: « über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten ».

<sup>25</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2P.342/1999 du 31 Mai 2000, consid. 4a.

<sup>26</sup> ATF 135 II 12, consid. 2.4 (Psychothérapeute Zurich II); Arrêt du Tribunal fédéral 2C.57/2011 du 3 mai 2011, consid. 3.4 (Installateur sanitaire Thurgovie); Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 sur les services de taxis, DPC 2012/2 438, ch. 17 s.; NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBI 2010, p. 129 ss, 145 s.