



Berne, le 7 juin 2019

Accès aux marchés fermés de la Confédération

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au
postulat 15.3398 Caroni du 5 mai 2015

1 Introduction

Le postulat Caroni « Accès aux marchés fermés de la Confédération. Procédure équitable » (15.3398) a été adopté par le Conseil national le 16 mars 2017 par 118 voix contre 76. Il demande un rapport qui indique si le droit fédéral garantit une procédure de sélection équitable, transparente et non discriminatoire concernant l'accès aux marchés fermés de la Confédération¹.

Le postulat définit les marchés fermés comme étant des marchés où le nombre d'opérateurs autorisés est limité pour des raisons de fait ou de régulation. La procédure de sélection pour accéder à ces marchés devrait être réglementée afin de garantir les dispositions constitutionnelles en matière d'égalité de traitement (art. 27 et 94 Constitution [Cst.]²), de droit d'être entendu (art. 29 Cst.) et d'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.). Le postulat part du principe qu'une procédure d'appel d'offres transparente et non discriminatoire est la solution garantissant ces principes.

L'auteur du postulat demande au Conseil fédéral de procéder à une analyse des exceptions à l'obligation de procéder à un appel d'offres afin de déterminer lesquelles sont objectivement justifiées et, le cas échéant, de voir si une procédure d'appel d'offres pourrait être explicitement prévue.

Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) a mandaté une étude externe afin d'analyser de manière indépendante les marchés fermés de la Confédération et leur procédure de sélection³. Le présent rapport donne un aperçu des principaux points de discussion et des conclusions de l'étude mandatée. Il reflète également l'avis du Conseil fédéral sur les procédures d'accès aux marchés étudiés.

2 Contenu de l'étude mandatée

L'étude indépendante donne une vue d'ensemble détaillée des marchés fermés, leur définition et leur origine (chap. 2). Elle propose une analyse des procédures d'accès à ces marchés sur la base de critères juridiques (chap. 3) et économiques (chap. 4). Les auteurs procèdent ensuite à une évaluation des procédures d'accès pour des marchés fermés spécifiques de la Confédération, selon qu'il s'agit de concessions d'usage privatif ou de monopole, de concessions de service public ou de mandats de prestations prévoyant une indemnisation (chap. 5). Pour ce faire, ils se basent principalement sur les dispositions légales et ne prennent que ponctuellement en compte la pratique des autorités. Après la conclusion (chap. 6), l'étude se termine par des recommandations et relève les clarifications qui seraient encore nécessaires (chap. 7).

Concrètement, les procédures d'accès aux marchés suivants ont été analysées dans le cadre de cette étude (en partie mentionnées dans le postulat) :

- 1) Concessions de distilleries
- 2) Concessions d'infrastructure ferroviaire
- 3) Concessions de transport de voyageurs

¹ Déposée en même temps que le postulat 15.3398, la motion Caroni « Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable » (15.3399) exige une modification de la loi sur le marché intérieur (LMI ; RS **943.02**) afin de renforcer la procédure d'appel d'offres qui régit l'accès aux marchés fermés cantonaux. Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 16 mars 2017 par 104 voix contre 87 (2 abstentions). Elle n'a pas encore été traitée au Conseil des États.

² RS **101**

³ Abegg A., Hefti A., Seferovic G. et al., 2019, *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossene Märkten des Bundes ; Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft*, 15 février 2019 (étude en allemand, résumé disponible en français, italien et anglais) ; disponible sous www.seco.admin.ch > Publications > Concurrence et Service public > État et concurrence.

- 4) Concessions d'exploitation d'aérodromes
- 5) Concessions de routes pour les lignes aériennes
- 6) Concessions de radiocommunication
- 7) Concession de service universel dans les télécommunications
- 8) Concessions de maisons de jeu
- 9) Concessions de réseaux de distribution d'électricité
- 10) Concessions hydrauliques
- 11) Concessions de programmes radio et télévision avec mandat de prestations
- 12) Autorisation d'installation de transport par conduites
- 13) Mandats de prestations pour le chargement de voitures
- 14) Mandat pour la promotion de la place économique suisse
- 15) Mandats de prestations liées aux mesures de marché du travail (MMT)
- 16) Mandats de prestations de l'Institut fédéral de métrologie (METAS) à des instituts désignés.

Du point de vue juridique, l'étude définit les marchés fermés comme étant une concession ou un mandat de prestations : les activités économiques y sont réservées à un nombre limité d'offres et leurs accès sont réglementés par l'État. Les exigences juridiques relatives aux procédures d'accès découlent en particulier de la Cst. (en particulier son art. 27 relatif à la liberté économique), de la loi sur les marchés publics (LMP)⁴ et de la loi sur cartels (LCart)⁵.

Sur le plan économique, il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre la concession et le mandat de prestation. La forme légale a moins d'importance que le processus d'attribution. On parle de marchés fermés, car l'entrée sur le marché d'un autre fournisseur ne peut se faire que par l'octroi d'une nouvelle concession ou l'attribution d'un nouveau mandat de prestation. Du point de vue économique, les marchés fermés peuvent être justifiés pour deux raisons : (1) limitation de l'offre d'un bien par rapport à la situation qui serait atteinte dans un marché libre ou (2) création d'une offre qui n'existerait sinon pas ou en quantité insuffisante.

La théorie économique montre que l'utilisation d'appels d'offres et d'autres procédures concurrentielles permettrait une allocation efficiente, en garantissant un processus de sélection des fournisseurs transparent, équitable et non discriminatoire. Une attribution directe pourrait conduire à une allocation efficiente si l'État disposait de toutes les informations nécessaires, en d'autres termes si aucune asymétrie de l'information entre l'État et le fournisseur n'existait. Une telle situation est cependant exclue dans la pratique. Le fournisseur potentiel connaît par exemple mieux que l'État ses capacités réelles en termes de coûts, de possibilités ou de qualité, ce qui peut l'inciter à se comporter de manière stratégique et à ne pas jouer cartes sur table. Du point de vue économique, une attribution directe serait judicieuse du moment que l'attribution est inférieure à un certain seuil (cas bagatelle) ou que la charge liée à la procédure d'adjudication est disproportionnée par rapport aux gains d'efficacité escomptés. Parmi les trois types principaux en matière de procédures d'adjudication, à savoir l'appel d'offres, l'attribution directe et la sélection par critères, le premier permet de réduire le déficit d'informations entre l'État et le fournisseur intéressé. Par ailleurs, un tel système respecte le principe de concurrence⁶, du caractère contraignant⁷ et de l'égalité de traitement⁸.

⁴ RS 172.056.1

⁵ RS 251

⁶ Les offres des fournisseurs sont concurrentielles entre elles, ce qui force les offreurs à prendre en considération ce que feront leurs concurrents.

⁷ Les offres sont fermes, elles ne peuvent pas être modifiées ou retirées ultérieurement.

⁸ Les règles de l'appel d'offres sont les mêmes pour tous les offreurs, ce qui garantit des chances égales aux concurrents.

3 Analyse des cas concrets au niveau fédéral et avis du Conseil fédéral

3.1 Remarques générales sur l'étude

L'étude mandatée analyse plusieurs marchés dont l'accès est réglé par le droit fédéral. Elle juge si, en tenant compte des objectifs juridique et des principes économiques, les procédures prévues par la législation fédérale garantissent un accès équitable, transparent et non discriminatoire. L'étude distingue trois types de marchés fermés :

- a) Concessions d'usage privatif et concessions de monopole,
- b) Concessions de service public, et
- c) Mandats de prestations avec indemnisation.

L'étude montre que, pour certaines procédures d'accès aux marchés, le droit fédéral et la pratique de l'administration s'éloignent des dispositions fixées dans la Cst., la LMP et la LCart. L'étude ne critique pas ces divergences, qui peuvent être motivées par des raisons légales, historiques ou politiques, mais constate qu'elles ne se justifient pas sur le plan économique. Ainsi, le Tribunal fédéral a rejeté l'applicabilité de la liberté économique aux concessions, position critiquée par la doctrine dominante. Il a également refusé de qualifier les concessions de monopole et d'usage privatif comme étant des marchés publics au sens du droit des marchés publics, dans la mesure où l'État concède les droits correspondants et reçoit en échange une prestation. La révision totale de la LMP est actuellement en discussion au Parlement (phase d'élimination des divergences)⁹ : selon la définition des marchés publics proposée par le Conseil fédéral, seules les concessions pour lesquelles le législateur prévoirait des exceptions ou celles ne servant pas à remplir une tâche publique et donc pour lesquelles aucune indemnisation ne serait versée devraient désormais être exemptées de l'application du droit des marchés publics et de la mise aux enchères y relative (cf. art.9 P-LMP¹⁰).

Concernant les concessions, la libéralisation de certains marchés a conduit à ce que plusieurs accès aux marchés ont été ouverts et que les systèmes de concessions ont été remplacés par des obligations d'annoncer (p. ex. dans le cadre de la loi sur la radio et la télévision, LRTV¹¹) ou des procédures d'autorisation (p. ex. transport par conduites). Parmi les concessions, seule une petite partie doit être soumise à appel d'offres (p. ex. concessions de radiocommunication). La plupart du temps, une procédure de demande est prévue (p. ex. concessions de maisons de jeu, de distilleries ou de routes dans le transport aérien). Pour une telle procédure, le choix du fournisseur se fait en général seulement sur des critères de qualification¹², mais pas sur des critères d'adjudication¹³.

Concernant les mandats de prestation, l'étude montre que les bases légales ne règlent leur accès que de manière rudimentaire la plupart du temps : parfois des critères de qualification sont prévus, mais rarement des règles concrètes pour la procédure de sélection.

En conclusion, les auteurs de l'étude mandatée estiment que, de manière générale, le droit fédéral devrait réglementer de manière plus détaillée les procédures d'accès aux marchés

⁹ Cf. www.parlement.ch > 17.019

¹⁰ FF 2017 1744 et FF 2017 1855

¹¹ RS 784.40

¹² Selon l'art. 9, al. 1, LMP, « l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification. ».

¹³ Conformément à l'art. 21, al. 1, LMP, « le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique, la valeur technique et la formation de personnes en formation professionnelle initiale. ». Ces critères sont appelés critères d'adjudication.

fermés de la Confédération. Concernant les procédures sur demande, ils estiment que l'octroi des concessions de routes dans l'aviation, qui se rapproche d'une procédure sur invitation au sens du droit des marchés publics, devrait servir d'exemple pour toutes les autres concessions de ce type. De plus, afin de garantir la transparence et l'égalité de traitement, l'attribution de concessions et de mandats de prestation ne devrait pas seulement prévoir des critères de qualification, mais également des critères d'adjudication, lesquels font souvent défaut dans les procédures. Concernant les attributions directes, elles devraient être analysées du point de vue de leur justification économique (asymétrie de l'information, autre offreur potentiel, charge d'organiser un appel d'offres, etc.).

3.2 Marchés fermés étudiés et avis du Conseil fédéral

Le présent chapitre donne, pour chaque procédure d'accès analysée dans le cadre de l'étude externe, la conclusion principale des auteurs ainsi que la position du Conseil fédéral pour ce marché en particulier.

3.2.1 Concessions d'usage privatif et concessions de monopole

Selon la pratique du Tribunal fédéral, le droit fondamental de la liberté économique (art. 27 Cst.) et le droit des marchés publics ne s'appliquent en principe pas aux concessions d'usage privatif et de monopole.

1) Concessions hydrauliques

Conclusion de l'étude

Les concessions hydrauliques sont octroyées sur demande (art. 60, al. 2, loi sur les forces hydrauliques [LFH]¹⁴). La loi prévoit la publication de la demande ainsi que des critères d'adjudication s'il devait y avoir plusieurs entreprises intéressées. Il y a donc une certaine transparence. Par ailleurs, la transparence et la non-discrimination des procédures sont ancrées au niveau légal (art. 62, al. 2^{bis}, LFH). Cependant, une mise aux enchères serait, sur le plan économique, la forme de procédure la plus efficiente et la plus équitable.

Avis du Conseil fédéral

Le droit fédéral en matière de concessions hydrauliques prévoit expressément que les concessions peuvent être octroyées sans appel d'offres, mais que la procédure d'octroi doit être transparente et non discriminatoire (art. 62, al. 2^{bis}, LFH pour les concessions fédérales). Cette formulation n'exclut toutefois pas que l'autorité concédante procède à un appel d'offres si elle le juge opportun. La LFH prévoit en outre des critères de préférence en cas de compétition entre plusieurs intéressés à une concession : intérêt public et meilleure utilisation du cours d'eau (art. 41 LFH).

Le fait que les dates d'échéance des concessions existantes soient publiques et que les demandes de concessions soient publiées permet aux éventuels intéressés de se manifester auprès de l'autorité concédante. Les conditions de base pour qu'une certaine concurrence puisse s'exercer sont dès lors déjà données dans la législation actuelle. On constate néanmoins que, dans les faits, il n'y a que peu de cas dans lesquels cette concurrence s'exerce effectivement.

Le Parlement a déjà débattu de la question de savoir si plus de concurrence est souhaitable et s'il y a lieu, à cet effet, d'introduire l'obligation de procéder à un appel d'offres comme le suggère l'étude. Les discussions avaient alors abouti à l'introduction des art. 60, al. 3^{bis} (concessions cantonales) et 62, al. 2^{bis} (concessions fédérales) LFH.

¹⁴ RS 721.80

2) Concessions de radiocommunication

Conclusion de l'étude

L'octroi des concessions fait, « en règle générale », l'objet d'un appel d'offres public (art. 24, al. 1, loi sur les télécommunications [LTC]¹⁵). L'étude mentionne que, lors des dernières procédures, la Commission de la communication (ComCom) a opté pour une mise aux enchères. Cette procédure telle qu'elle est prévue dans la loi et l'ordonnance correspond aux exigences de l'égalité de traitement, du caractère contraignant et de l'équité.

Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage les conclusions formulées dans l'étude. Selon le droit des télécommunications, il incombe à la ComCom d'attribuer les fréquences, dont le nombre est limité, pour les services de télécommunication et donc de garantir l'accès au marché, en organisant des appels d'offres public au plus offrant ou des adjudications selon certains critères. Pour participer à la procédure, les candidats doivent uniquement satisfaire aux conditions générales énoncées pour la concession. La procédure d'adjudication se déroule selon les principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence ; elle garantit donc l'égalité de traitement.

Les autres concessions de radiocommunication sont octroyées, sur demande, par l'Office fédéral de la communication (OFCOM).

3) Concessions de distilleries

Conclusion de l'étude

La législation ne prévoit pas d'appel d'offres public pour l'attribution des concessions de distilleries. Elles sont octroyées sur demande et « dans la mesure où les nécessités économiques du pays la justifient » (art. 5, al. 1, et art. 6, al. 1, loi fédérale sur l'alcool [LAlc]¹⁶). Selon l'étude, les bases légales ne garantiraient pas une procédure transparente, non discriminatoire et équitable. Les auteurs sont d'avis que, si pour des raisons politiques le système de concession devait être maintenu, le législateur devrait au moins prévoir une attribution avec appel d'offres public.

Avis du Conseil fédéral

L'étude analyse les bases légales de l'octroi de concessions de distillerie d'après leur finalité à l'époque à laquelle elles ont été conçues, dans les années 1930, sous l'influence de la consommation abusive de spiritueux qui a marqué ces années. De nos jours, la clause de nécessité ne joue plus aucun rôle dans l'exécution des dispositions, raison pour laquelle le Conseil fédéral avait supprimé cette disposition dans le cadre de la révision totale de la LAlc, qui a été rejetée¹⁷. Étant donné que les spiritueux indigènes n'occupent plus que 16 % du marché et que les distilleries ne tournent pas à pleine capacité, il est peu probable qu'une pratique restrictive en matière de concessions permettrait d'induire artificiellement une réduction de la quantité d'alcool produite en Suisse. Les concessions sont donc aujourd'hui traitées comme des autorisations ordinaires. L'octroi de concessions aux distilleries professionnelles ou aux distilleries à façon (art. 3 LAlc en relation avec art. 4 ordonnance sur l'alcool [OLalc]¹⁸) est soumis, outre à l'exercice des droits civils, à l'existence des aptitudes personnelles et professionnelles. Pour obtenir une concession professionnelle, il faut en outre produire au minimum 200 litres d'alcool pur par an (inféré de l'art. 14 OLalc), ceci afin d'exclure les distillateurs purement amateurs. Attendu qu'en pratique, l'État n'influe pas sur le nombre de distilleries, que ce soit dans l'optique de réduire artificiellement les quantités ou de garan-

¹⁵ RS 784.10

¹⁶ RS 680

¹⁷ FF 2012 1111

¹⁸ RS 680.11

tir un approvisionnement de base, il ne semble pas nécessaire de mettre en place une obligation de procéder à un appel d'offres qui, de plus, constituerait une entrave administrative supplémentaire.

4) Concessions de maison de jeu

Conclusion de l'étude

Elles sont attribuées sur demande (art. 10, al. 1, loi sur les jeux d'argent [LJAr]¹⁹). L'administration dispose d'une importante marge de manœuvre, pour des raisons de politique économique, sociale et régionale. La procédure ne garantirait pas les principes de transparence et d'égalité de traitement. Du point de vue économique, l'introduction d'un appel d'offres public au moyen d'enchères ou au moins d'un catalogue de critères devrait être étudiée.

Avis du Conseil fédéral

L'octroi des concessions ne vise pas à générer le plus de revenus possible. Il faut avant tout que la population soit protégée de manière appropriée contre les dangers inhérents aux jeux d'argent, sachant qu'une partie du produit brut des jeux doit être affectée à l'AVS/AI (art. 2 LJAr). La législation en vigueur en matière de casinos permet d'affecter durablement des revenus à des buts d'utilité publique. Dans le système des enchères, obtenir un prix élevé est prioritaire. Il est peu probable que sur toute la durée de la concession, il soit possible d'engranger autant de recettes fiscales qu'aujourd'hui. S'agissant des voies de droit, le Parlement a décidé que la décision d'octroi de la concession n'est pas sujette à recours (art. 11, al. 1, LJAr).

Les auteurs de l'étude ont en outre expliqué que les marchés fermés se justifiaient lorsque l'offre doit être limitée en vue de prévenir la surconsommation de certains produits (jugée dangereuse pour la santé), ce qui correspond exactement au cas des casinos. Attendu que la LJAr révisée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, le Conseil fédéral souhaite d'abord en observer les effets avant d'examiner les bases d'une nouvelle révision.

5) Concessions de routes pour les transporteurs aériens

Conclusion de l'étude

Ces concessions sont octroyées sur demande (art. 28 loi sur l'aviation [LA]²⁰ et art. 114 et 119 ordonnance sur l'aviation [OSAv]²¹), sur la base de critères transparents et proches d'une vente aux enchères. Le système de la demande est dû à des intérêts de politique aéronautique. Un système d'enchères pourrait permettre une attribution plus efficiente.

Avis du Conseil fédéral

En l'état, le Conseil fédéral ne juge pas utile de légiférer. Les marchés sont, dans leur grande majorité, ouverts et les concessions de routes ne constituent donc pas, en pratique, un bien limité. S'agissant des routes avec des droits limités, la demande n'est pas suffisante pour justifier une adjudication par enchère.

6) Autorisation pour les installations de transport par conduites

Conclusion de l'étude

Pour les installations de transport par conduites, une approbation des plans du projet par l'autorité de surveillance est nécessaire (art. 2, al. 1, loi sur les installations de transport par

¹⁹ RS 935.51

²⁰ RS 748.0

²¹ RS 748.01

conduites [LITC]²²). Ces installations sont soumises à une procédure d'autorisation (art. 2, al. 3, LITC) qui se rapprocherait cependant beaucoup, selon les auteurs, de la concession du fait que les autorités disposent d'une grande marge de manœuvre. Leur attribution ne garantirait pas la transparence, l'équité et la concurrence. Les auteurs de l'étude sont d'avis que la procédure serait à revoir.

Avis du Conseil fédéral

Les installations de transport par conduites servant à transporter des combustibles ou des carburants liquides ou gazeux (en particulier du gaz liquide ou du pétrole) sont soumises à la LITC²³. Tandis que les conduites haute pression sont exclusivement soumises à la surveillance de la Confédération, les conduites basse pression sont principalement soumises à la surveillance des cantons (art. 16, al. 1, et 43 LITC).

Pour mettre en place ou modifier une conduite haute pression, les plans du projet doivent avoir été approuvés par la Confédération (art. 2, al. 1, et art. 17, al. 1, LITC) ; pour les conduites basse pression, il faut l'autorisation des cantons (art. 42, al. 1, LITC). Leur autorisation n'entraînant pas de monopole légal²⁴, il ne s'agit pas d'un « marché fermé » proprement dit. Cela étant, la mise en place d'installations de transport par conduites parallèles (en principe autorisée) n'est souvent pas rentable et, du point de vue économique, elle n'est pas non plus judicieuse. L'exploitant d'une installation de transport par conduites détient donc un solide monopole naturel qui lui permet de limiter la concurrence également en amont et en aval de l'exploitation du réseau. Le fait qu'en pratique, la construction et l'exploitation d'une conduite ne font pas l'objet d'une procédure d'appel d'offres répond à la même logique que pour les réseaux électriques²⁵ ; en 2012, il a été inscrit dans la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)²⁶ que les concessions liées au réseau pouvaient être octroyées sans procéder à un appel d'offres (art. 3a LApEI)²⁷. L'un des arguments centraux de la discussion était qu'ouvrir le réseau à la concurrence engendre des coûts supplémentaires sans nécessairement apporter des avantages.

La question de l'utilisation des installations de transport par conduites par des tiers n'est aujourd'hui réglée que de manière rudimentaire. Selon l'art. 13, al. 1, LITC, les tiers ont en principe le droit d'utiliser une installation de transport par conduite appartenant à une autre entreprise contre rémunération équitable²⁸. Les modalités précises à ce sujet manquant de clarté, le Conseil fédéral entend édicter une loi sur l'approvisionnement en gaz pour le marché du gaz²⁹. Cette dernière fixera clairement les règles régissant l'utilisation du réseau ga-

²² RS 746.1

²³ Les conduites dont la pression de service ne dépasse pas 5 bar sont uniquement soumises à certaines dispositions de la LITC (art. 1, al. 2, let. a, et art. 41 LITC en relation avec art. 2, al. 1, let. a, OITC ; RS 746.11).

²⁴ Sont réservées les prescriptions cantonales concernant l'exploitation du réseau et l'approvisionnement en énergie, cf. p. ex. la loi du 11.2.2009 du canton de Bâle-Ville sur les *Industrielle Werke Basel* (loi IWB, SG 772.300).

²⁵ Selon un avis de la Commission de la concurrence (COMCO) du 22.2.2010, le renouvellement d'une concession, qui est nécessaire pour l'exploitation du réseau électrique, est un état de faits devant faire l'objet d'un appel d'offres selon la LMI. Il n'est pas certain que la COMCO maintiendrait cet avis eu égard à l'approbation des plans et des autres autorisations nécessaires aux installations de transport par conduites.

²⁶ RS 734.7

²⁷ Cf. initiative parlementaire 10.480 CEATE-N « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques »

²⁸ Cf. message du 28.9.1962 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi concernant les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (FF 1962 II 788, 814).

²⁹ Cf. avis du Conseil fédéral concernant les interpellations 16.3354 Müller, 17.3981 Buttet et 18.5529 Jans et la motion 18.3336 Roduit.

zier, mais n'entraînera pas une concurrence pour le réseau gazier (au niveau de l'exploitation du réseau)³⁰.

3.2.2 Concessions de service public

Les concessions de service public représentent une sous-catégorie des concessions de monopoles. Leur accès est limité pour des raisons légales. Selon le Tribunal fédéral, le principe de la liberté économique ne s'y applique pas, tandis que le droit des marchés publics s'applique en principe, même si le législateur peut s'en écarter au travers de normes spéciales.

7) Réseaux de distribution d'électricité

Conclusion de l'étude

Le propriétaire du réseau peut décider s'il exploite le réseau lui-même ou s'il délègue l'exploitation à un tiers. Une éventuelle attribution peut avoir lieu sans appel d'offres (art. 3a LApEI). Une procédure transparente et non discriminatoire doit être garantie. Selon l'étude, du point de vue économique, la conception est à revoir et une séparation entre le réseau et l'exploitation ainsi qu'une organisation concurrentielle de l'attribution de l'exploitation du réseau par exemple via un appel d'offres est à examiner.

Avis du Conseil fédéral

Les réseaux électriques font l'objet d'une procédure d'approbation des plans prévue par le droit fédéral. Pour mettre en place un réseau électrique, il faut en outre une concession cantonale pour l'utilisation du domaine public, qui doit être régulièrement renouvelée. Les cantons et les communes octroient les concessions sans procéder à un appel d'offres, mais garantissent une procédure transparente et non discriminatoire (art. 3a LApEI). La LApEI, entrée en vigueur en 2008, visait à ouvrir la concurrence *sur* le réseau électrique (c.-à-d. en vue de la vente et de la distribution de l'énergie électrique), mais pas *pour* le réseau électrique. Les gestionnaires de réseaux sont en principe tenus de garantir l'accès au réseau à des tiers de manière non discriminatoire (art. 13, al. 1, et art. 6, al. 6, LApEI). L'utilisation du réseau est payante ; le tarif est réglementé.

La LApEI a transmis le réseau de transport (niveau de réseau 1) à la société nationale du réseau de transport (art. 18, al. 1 et 2, LApEI). Au niveau du réseau de distribution, la LApEI ne change rien aux rapports de propriété. Toutefois, avec l'attribution des zones de desserte, une règle a été mise en place qui fait tout sauf créer de la concurrence pour le réseau ou la gestion du réseau. L'attribution de zones de desserte permet surtout de prévenir l'existence de zones dites orphelines. Elle est la transposition dans la loi de la pratique existant de longue date en matière de gestion de réseau et non la condition permettant cette pratique. L'attribution d'une zone de desserte via une procédure d'appel d'offres à une personne autre que le propriétaire n'entrerait pas en ligne de compte du fait de la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)³¹.

Le Parlement et le Conseil fédéral ont débattu de l'obligation de procéder à un appel d'offres pour les réseaux électriques dans le cadre de l'initiative parlementaire 10.480 de la CEATE-N « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques » ; ils sont parvenus à la conclusion que de nombreux motifs s'opposaient à l'instauration d'une obligation de ce type, notamment le fait que la concurrence pour les réseaux ne correspond pas à la conception sous-tendant la LApEI et que l'obligation de procéder à un appel d'offres entraînerait des coûts supplémentaires, sans nécessairement être source d'avantages supplémentaires. L'art. 3a LApEI prévoit par conséquent expressément que les cantons et les communes peu-

³⁰ Cf. avis du Conseil fédéral du 20.4.2011 concernant l'initiative parlementaire 10.480, FF 2011 3659, 3660

³¹ Rechsteiner S. et Waldner M., 2007, « Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung. Aktuelle Fragen und kommende gesetzliche Vorgaben », Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 10/2007, pp. 1288-1299, N 13 et 30

vent octroyer les concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution, notamment le droit d'utiliser le domaine public, sans procéder à un appel d'offres, sachant qu'ils sont tenus de garantir une procédure transparente et non discriminatoire.

Les réflexions sur la concurrence *pour* le réseau peuvent aussi faire suite à des attentes accrues quant à l'efficacité de la gestion. Du point de vue du consommateur final, l'essentiel est probablement de poser des incitations pour que la gestion et le développement du réseau se fassent de manière efficace. La LApEI répond à ces attentes puisqu'avec la réglementation du réseau axée sur les coûts, le législateur a déjà pris des mesures pour répondre aux inefficiences liées à un monopole (à savoir les rentes de monopole, le manque d'efficacité en termes de coûts, le manque d'efficacité en termes de qualité). Le Conseil fédéral entend en outre améliorer la transparence et inciter à davantage d'efficacité en termes de coûts par la mise en œuvre d'une régulation dite Sunshine³². Si elle se révélait inefficace, il pourrait proposer une réglementation incitative.

8) Concession d'infrastructure ferroviaire

Conclusion de l'étude

Cette concession est indispensable pour construire et exploiter une infrastructure ferroviaire (art. 5, al. 1 et 2, loi sur les chemins de fer, LCdF³³). L'octroi d'une concession se fait sur demande (art. 8, al. 1, ordonnance sur les concessions, la planification et le financement de l'infrastructure ferroviaire [OCPF]³⁴). Les auteurs de l'étude remettent en question le fait que le Conseil fédéral puisse s'écarter du droit des marchés publics au moyen de règles fixées dans une ordonnance, d'autant plus que le législateur ne lui a pas octroyé de compétence indépendante pour le régler via une ordonnance. Selon l'étude, si on veut maintenir le système actuel, il faudrait des règles au niveau de la loi. Sur le plan économique, des clarifications seraient nécessaires pour déterminer si une attribution directe ou une procédure plus compétitive garantirait une allocation plus efficace.

Avis du Conseil fédéral

L'instrument de la concession d'infrastructure ferroviaire a fait ses preuves en Suisse. La Confédération pilote le développement de l'infrastructure ferroviaire dans le cadre du programme de développement stratégique et des projets d'agglomération. Il ne faut plus tabler sur d'autres développements du réseau ferroviaire. Procéder à des appels d'offres pour des concessions existantes serait une ingérence lourde dans le droit de la propriété, puisque les détenteurs des concessions sont propriétaires des installations existantes. Par contre, puisqu'elles bénéficient de fonds fédéraux, les entreprises ferroviaires sont tenues de respecter les règles relatives aux marchés publics.

La Confédération octroie des concessions d'infrastructure ferroviaire à des demandeurs individuels. Jamais deux demandes n'ont été déposées pour une même concession d'infrastructure ferroviaire, si bien qu'il n'y a pas encore eu de situation de concurrence. Le scénario reste également peu probable puisque, exception faite de certaines installations de remontées mécaniques financièrement autonomes et purement touristiques, la Confédération compense les coûts non couverts des exploitants d'infrastructures ferroviaires et exclut, de ce fait, la distribution de bénéfices.

³² C.-à-d. comparaison et publication des prestations et des coûts des gestionnaires de réseau, pour le moment disponible que de manière agrégée.

³³ RS 742.101

³⁴ RS 742.120

9) Concession de service universel dans le secteur des télécommunications

Conclusion de l'étude

L'octroi de la concession fait l'objet d'un appel d'offres public (art. 14, al. 3, LTC). Cette procédure garantirait la transparence, l'égalité de traitement et la concurrence. La ComCom peut s'en écarter si une étude de marché conclut qu'une procédure concurrentielle n'est pas possible (art. 14, al. 4, LTC), ce qui fut le cas lors de la dernière attribution. Les auteurs se demandent si l'absence d'intérêt des autres fournisseurs pour la concession serait due à la conception de l'appel d'offres.

Avis du Conseil fédéral

L'actuelle concession de service universel (concession 2018-2022) est la première à avoir été octroyée sans recourir à la procédure standard, à l'exception de la concession 1998-2002 qui avait été attribuée à Swisscom en vertu de dispositions légales transitoires³⁵. Lors de l'attribution de la concession actuellement en vigueur, la ComCom a préalablement procédé à un sondage d'intérêt auprès des fournisseurs de services de télécommunication qui auraient été en mesure de garantir la fourniture du service universel en Suisse. Cet examen ayant montré que nul n'était intéressé, à part Swisscom, la ComCom a décidé de ne pas organiser d'appel d'offres et d'octroyer directement la concession à Swisscom en vertu de l'art. 14, al. 4, LTC et de l'art. 12, al. 5, de l'ordonnance sur les services de télécommunications (OST)³⁶.

Pour comprendre exactement les raisons du désintérêt des principaux acteurs du marché suisse pour le service universel, il conviendrait de les interroger. Le Conseil fédéral est d'avis que la conception de la mise au concours n'explique pas le manque d'empressement des concurrents de Swisscom et que le processus d'attribution de la concession par la ComCom ne souffre d'aucune faille en termes de procédure équitable pour l'accès aux marchés fédéraux fermés.

10) Concessions locales pour les programmes de radio et télévision donnant droit à une quote-part de la redevance

Conclusion de l'étude

Ces concessions sont en principe octroyées selon une concurrence sur des critères (art. 44 et 45 LRTV). La procédure considère, sur le plan économique, le principe de l'égalité de traitement et met en œuvre le principe de concurrence de par un processus d'évaluation soigné. Cependant, la densité réglementaire est relativement fine au niveau de la loi et de l'ordonnance, ce qui peut être préjudiciable à une attribution transparente et non discriminatoire.

Avis du Conseil fédéral

Les conclusions de l'étude sont globalement justes. Avant toute chose, il faut rappeler que le secteur suisse de la radio et télévision n'est plus un « marché fermé » depuis l'introduction de l'obligation d'annoncer. Par ailleurs, il est vrai que les bases légales régissant l'octroi de concessions locales/régionales de radio et télévision dans le cadre d'une adjudication selon certains critères sont relativement peu denses (cf. art. 44 et 45, al. 3, LRTV). Cette situation a été prise en considération dans la mesure où, lors de l'appel d'offres public pour les concessions en 2007, des directives claires avec des critères de qualification et de sélection ont

³⁵ La concession 2008-2017 a été attribuée dans le cadre d'un appel d'offres public, au terme duquel seule l'entreprise Swisscom s'est portée candidate.

³⁶ RS 784.101.1

été publiées³⁷. Ce document a été une base d'évaluation cruciale pour l'autorité qui délivre les concessions. Les soumissionnaires ont par ailleurs eu plusieurs occasions de se prononcer en vertu du droit d'être entendu. Le risque soulevé, à savoir que l'octroi de la concession n'ait pas été équitable, transparent ou qu'il ait été discriminatoire, a ainsi pu être réduit à un minimum.

11) Concessions d'exploitation d'un aéroport

Conclusion de l'étude

Cette concession est octroyée sur demande (art. 11, al. 1, ordonnance sur l'infrastructure aéronautique [OSIA]³⁸). De par la publication des demandes (art. 4, al. 1, OSIA), on atteint un certain degré de transparence. Cependant, cela ne garantit pas une allocation efficiente de la concession d'exploitation avec égalité de traitement des concurrents. Une tâche publique est déléguée et les auteurs de l'étude sont d'avis que le droit des marchés publics devrait en principe être appliqué. Comme pour la concession d'infrastructure ferroviaire, les concessions d'exploitation d'aéroports ne s'écartent du droit des marchés publics qu'au niveau de l'ordonnance et ne sont donc probablement pas adaptées en tant que telles. Les auteurs recommandent de régler l'attribution au niveau de la loi si le maintien du système actuel est souhaité.

Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage dans une large mesure l'avis des auteurs de l'étude. Il estime toutefois que qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les conditions d'un transfert de l'attribution de l'OSIA à la loi fédérale sur l'aviation (LA) car les concessions ne sont attribuées que tous les 30 à 50 ans. Par ailleurs, ce type de concessions n'est pas intéressant pour les exploitants d'aéroports sur le plan économique, sauf pour les aéroports nationaux. Cette question pourra être examinée si les dispositions relatives aux concessions d'exploitation sont intégralement réexaminées dans le cadre d'une révision de la LA.

12) Concession de transport des voyageurs

Conclusion de l'étude

Selon les domaines de transport, la législation prévoit des règles de procédures différenciées et partiellement détaillées : attribution directe des concessions pour le trafic longues distances (art. 6, al. 1, loi sur le transport de voyageurs [LTV]³⁹), en passant par la possibilité d'appel d'offres pour les concessions de transport régional de voyageurs sur le rail (art. 32, al. 3, LTV), jusqu'à la procédure de mise au concours prévue légalement mais quasiment jamais mise en œuvre pour les concessions de transport régional de voyageurs sur la route (art. 32, al. 1, LTV). Ainsi souvent la transparence de la procédure n'est pas garantie. Du point de vue économique, les auteurs relèvent le problème de la concurrence, ce que les autorités expliquent par le petit nombre d'intéressés et la complexité des procédures.

Avis du Conseil fédéral

Lorsqu'une concession échoit dans le domaine du transport régional de voyageurs, il appartient aujourd'hui aux cantons de décider si une offre est intégrée dans la planification de la mise au concours. Les cantons soumettent ensuite une demande correspondante à la Confédération. L'obligation de publier dans le domaine des bus s'applique surtout aux nouvelles offres pour lesquelles il faut octroyer une concession. Le fait que les mises au concours sont rares en Suisse tient à plusieurs facteurs : d'une part, un grand nombre d'entreprises de

³⁷ Documentation et informations supplémentaires : www.ofcom.admin.ch > Médias électroniques > Infos sur les diffuseurs > Octroi de concessions > Mise au concours des concessions > Mises au concours des nouvelles concessions de radio OUC et de télévision régionale

³⁸ RS 748.131.1

³⁹ RS 754.1

transport sont actives sur les lignes de train et de bus ; la comparaison des chiffres-clés révèle qu'elles sont soumises à une certaine concurrence en termes d'efficience. D'autre part, la volonté politique de mettre au concours fait souvent défaut, puisque les objectifs en termes d'offre et de coûts souhaités peuvent généralement être atteints par le biais des conventions de prestations et d'objectifs conclues entre mandants et prestataires. Le projet mis en consultation et adopté par le Conseil fédéral le 17 avril 2019 a certes examiné des modèles de marché alternatifs, mais ils sont en fin de compte présentés comme des approches réglementaires ayant été rejetées⁴⁰.

3.2.3 Mandats de prestations avec indemnisation

La transmission de tâches publiques avec mandats de prestation n'est en général pas soumise au droit fondamental de la liberté économique et au droit cartellaire. Par contre, le droit des marchés publics s'y applique.

13) Mesures du marché du travail

Conclusion de l'étude

Le législateur a délégué aux cantons la mise à disposition d'une offre répondant aux besoins et suffisante en mesures du marché du travail (MMT) pour les personnes assurées. En raison de cette délégation et de l'attribution de subventions via le fonds de compensation de l'assurance-chômage aux cantons, les auteurs de l'étude constatent que les règles cantonales sont plus pertinentes que le droit fédéral concernant la pratique d'attribution.

Avis du Conseil fédéral

En vertu de l'art. 90, let. b, de la loi sur l'assurance-chômage (LACI)⁴¹, la Confédération participe aux coûts du service de l'emploi et des MMT. Elle assume ainsi une part des coûts des MMT par le biais de sa contribution au fonds de compensation de l'assurance-chômage, prévue par la loi, puisque ces mesures ne bénéficient pas seulement aux assurés, mais aussi aux autres personnes à la recherche d'un emploi.

Selon la LACI, il existe deux types de mesures relatives au marché du travail (art. 59c et 59c^{bis} LACI) : les « mesures nationales », dont l'organisation relève de la compétence du SECO et pour lesquelles sont mandatés des organisateurs, commerciaux ou non commerciaux, qui reçoivent des subventions versées par le fonds fédéral de l'assurance-chômage (et non pas celui de la Confédération), et les MMT proprement dites, dont l'organisation relève de la compétence des cantons. Ces derniers reçoivent de la part du SECO des subventions annuelles versées par le fonds fédéral de l'assurance-chômage et mandatent des organisateurs pour mettre en œuvre les MMT⁴². Des accords axés sur les résultats sont passés avec les cantons à cette fin. En sa qualité d'organe de surveillance, le SECO contrôle le respect des directives légales concernant l'exécution cantonale des MMT. Il vérifie notamment l'utilisation légale économique et efficace des subventions allouées. Les autorités cantonales garantissent au SECO la transparence nécessaire quant à leur manière d'accomplir leur devoir de contrôle. De plus, elles doivent adopter une procédure qui respecte au mieux les impératifs de la transparence et qui permet d'utiliser de manière économique et efficace les subventions versées par le fonds de l'assurance-chômage. En pratique et de manière générale, il est recommandé que plusieurs offres (au minimum trois) soient examinées et comparées avant d'attribuer un marché de MMT à un organisateur. Certains cantons effectuent des appels d'offres lors du choix d'organismes car ils y sont obligés de par leur loi cantonale ou

⁴⁰ Cf. www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation

⁴¹ RS 837.0

⁴² Les mesures cantonales représentent la majeure partie du marché. L'organisation de mesures nationales ne représente qu'une petite partie du marché. Les coûts de ces mesures nationales ne peuvent excéder 6 % des plafonds de crédit alloués à l'ensemble des cantons (art. 3 ordonnance du DEFR sur le financement des mesures relatives au marché du travail ; RS 837.022.531).

décident de le faire sans contrainte légale. Quant aux mesures nationales, le SECO a procédé en septembre 2018 à un appel d'offres portant sur l'attribution des cours de langue.

La garantie de procédure de sélection équitable, transparente et non discriminatoire lors du choix d'organisateur de MMT fait déjà l'objet de discussion au sein du Parlement dans le cadre de la révision de la LMP en cours.

14) Mandats de prestations pour le chargement de voitures

Conclusion de l'étude

Pour promouvoir le transport de véhicules à moteur accompagnés (chargement de voitures), une procédure sur demande est prévue ce qui ne garantit pas une procédure transparente et égalitaire. Les commanditaires concluent une convention d'offre avec une entreprise de transport (art. 21, al. 1, ordonnance sur l'indemnisation du trafic régional de voyageurs [OITRV]⁴³). Une concurrence effective ne peut être garantie que si l'on sépare l'infrastructure de l'exploitation.

Avis du Conseil fédéral

Les offres pour le chargement de voitures font l'objet d'une concession et, contrairement à ce qui figure dans l'étude, elles pourraient faire l'objet d'un appel d'offres, du moment qu'elles sont commandées et rétribuées. À ce jour, l'appel d'offres n'a toutefois jamais été utilisé, principalement en raison des impératifs techniques que présente l'infrastructure nécessaire.

15) Mandats de prestations de l'Institut fédéral de métrologie (METAS)

Conclusion de l'étude

Les bases légales pour attribuer les mandats via METAS à des instituts désignés ne prévoient pas que l'attribution de ces mandats publics doivent être soumis à appel d'offres ou que des enchères devraient être organisées. Des obligations correspondantes ressortent cependant du droit des marchés publics dès lors que l'institut désigné, la prestation de services ou la manière de déléguer la tâche est organisé de manière commerciale. Une attribution directe peut être justifiée si l'institut désigné est unique et offre une plus-value.

Avis du Conseil fédéral

METAS est un établissement de droit public de la Confédération doté de la personnalité juridique. La loi sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM)⁴⁴ lui confère diverses tâches publiques dans le domaine de la métrologie (prestations à caractère monopolistique). Dans les régions où METAS n'opère pas lui-même, il peut, en vertu de l'art. 4, al. 2, LIFM et de l'art. 4 de l'ordonnance sur l'Institut fédéral de métrologie (OIFM)⁴⁵, après consultation du Conseil de l'institut, confier certaines de ces tâches à des instituts désignés. Actuellement, METAS est sous contrat avec quatre instituts désignés pour des mesurandes déterminés⁴⁶. Les coûts de la prestation sont en principe intégralement à la charge de l'institut désigné. La délégation de tâches de METAS à des instituts désignés est en principe soumise à la législation sur les marchés publics. Il convient toutefois de contrôler, dans chaque cas, si l'application des dispositions de la législation sur les marchés publics est toujours appropriée à la délégation des

⁴³ RS 745.16

⁴⁴ RS 941.27

⁴⁵ RS 941.272

⁴⁶ Physikalische-Meteorologische Observatorium Davos et World Radiation Center, Davos Dorf (mesurande « force du rayonnement solaire ») ; Roth+Co.AG, Oberuzwil (mesurande « température ») ; Institut universitaire de radiophysique, Lausanne (mesurande « activité de radionucléides ») ; MBW Calibration AG, Wettingen (mesurande « humidité absolue »).

tâches. Par ailleurs, les dispositions relatives à la procédure de sélection de METAS pourront être précisées dans l'OIFM à la prochaine occasion.

16) Mandat pour la promotion de la place économique suisse

Conclusion de l'étude

Les bases légales pour la promotion de la place économique suisse ne prévoient pas d'appel d'offres public ni d'enchères. De telles obligations ressortent pourtant potentiellement du droit des marchés publics qui pourrait s'appliquer notamment pour une attribution motivée commercialement. Une attribution concurrentielle est souhaitée sur le plan économique.

Avis du Conseil fédéral

L'étude n'a pas examiné les conséquences juridiques, organisationnelles et financières ni les problématiques liées à une mise au concours du mandat de la Confédération pour le système complexe qu'est la promotion économique. Elle ne tient en outre pas compte du fait que la tâche couverte par la convention de prestations est une tâche exécutée en coordination avec les cantons et pour compléter l'offre du marché (cf. art. 2, al. 3, loi fédérale concernant la promotion des conditions d'implantation des entreprises en Suisse⁴⁷), puisque les efforts de promotion au niveau national concourent finalement à des projets d'implantation dans les cantons et que la tâche nationale consiste principalement à ajuster et à coordonner les mesures avec les activités des cantons et des régions. Les cantons assument également une participation financière ; il existe des contrats distincts à cet effet, qui sont en phase avec la convention de prestations. La promotion de la place économique suisse à l'étranger s'appuie en outre sur les structures du réseau extérieur de la Suisse (Swiss Business Hubs). Il n'est pas certain que d'autres fournisseurs soient en mesure d'assurer en toute neutralité cette fonction de coordination centrale ainsi que les autres prestations sans créer de points de recoupement supplémentaires.

Pour faire face à la concurrence toujours plus vive qui oppose les places économiques et se profiler avec succès, la promotion de la place économique doit pouvoir s'appuyer sur des structures bien rodées à l'échelle nationale. Il coule donc de source que, dans l'intérêt de la place économique Suisse et des cantons, les produits, le savoir et les structures dans lesquels la Confédération et les cantons ont investi depuis des années doivent être pérennisés. La promotion de la place économique nationale et ses organisations partenaires peuvent ainsi s'appuyer sur des bases solides et engager les ressources de manière ciblée et efficace au service de la place économique suisse. Cela semble aussi correspondre à la volonté du Parlement qui, dans le cadre de la révision de la LMP, a (sous réserve du vote final) approuvé une règle visant à exclure du champ d'application de la LMP le mandat de la promotion de la place économique suisse.

4 Conclusion du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a pris connaissance avec intérêt des résultats et des conclusions de l'étude mandatée. Il est conscient que certaines procédures d'accès mériteraient d'être améliorées pour garantir une plus grande transparence, une meilleure égalité de traitement et une non-discrimination des potentiels fournisseurs. Il n'existe cependant pas un modèle unique de procédure d'accès : pour chaque marché de la Confédération considéré comme fermé, l'organisation de la procédure d'accès trouve son origine dans des considérations politiques, économiques ou historiques.

Une amélioration des procédures peut être envisagée au cas par cas en fonction des révisions légales qui sont en cours ou seront lancées. Ainsi, des projets de réforme des procédures d'accès aux marchés fermés de la Confédération ont déjà été entrepris et la révision

⁴⁷ RS 194.2

de certaines procédures d'accès est déjà actuellement discutée au niveau du Parlement (p. ex. révision LMP, avec incidence sur le mandat pour la promotion de la place économique suisse).

Dans ce contexte, le Conseil fédéral ne propose pas d'action législative pour le moment, mais a donné pour mandat aux départements compétents d'examiner d'ici fin 2020 les procédures d'accès aux marchés fermés mentionnés dans le présent rapport. Suite à cet examen, le Conseil fédéral décidera s'il propose des révisions légales pour améliorer l'accès aux marchés.