



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Berne, le 18 octobre 2023

Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 19.4379 CER-E du
18 octobre 2019

Table des matières

Résumé.....	3
1 Introduction.....	4
2 Marchés fermés	6
2.1 Classification juridique des marchés fermés	6
2.1.1 Remarques liminaires.....	6
2.1.2 Concessions de monopole	6
2.1.3 Droits d'utilisation de biens publics	7
2.1.4 Autorisations contingentées	8
2.1.5 Mandats de prestations	8
2.1.6 Autorisations relevant du droit des assurances sociales.....	8
2.2 Classification économique des marchés fermés	9
2.3 Bien-fondé économique et social des marchés fermés	9
2.4 La restriction étatique de l'accès au marché d'un point de vue économique.....	11
2.5 Le point de vue économique en résumé	12
3 Ouverture des marchés fermés en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI.....	13
3.1 But	13
3.2 Applicabilité	13
3.2.1 Champ d'application subjectif.....	13
3.2.2 Champ d'application objectif	14
3.3 Conditions d'application	15
3.3.1 Monopole cantonal ou communal	15
3.3.2 Transfert à des particuliers.....	15
3.4 Relation entre l'art. 2, al. 7, LMI et d'autres lois, notamment le droit des marchés publics	16
3.5 Conséquences juridiques.....	17
3.6 Assujettissement des différents instruments	17
3.6.1 Concessions de monopole	17
3.6.2 Concessions d'usage privatif.....	18
3.6.3 Autorisations d'usage accru du domaine public	20
3.6.4 Autorisations contingentées	21
3.6.5 Mandats de prestations	21
3.6.6 Autorisations relevant du droit des assurances sociales.....	22
3.6.7 Bilan sur l'assujettissement des différents instruments.....	22
3.7 Approche du Tribunal fédéral	22
4 Nécessité d'adapter l'art. 2, al. 7, LMI ?.....	23
Annexe.....	26

Résumé

L'État peut réserver l'accès aux marchés à un nombre limité de prestataires, par exemple par l'octroi de concessions légales ou d'autorisations contingentées. L'objectif du postulat 19.4379 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E), sur lequel se fonde le présent rapport, est d'examiner la nécessité d'adapter l'art. 2, al. 7, de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) en vue de l'ouverture de ces « marchés fermés » résultant de son application. Le législateur disposera ainsi d'une base de décision pour répondre à la motion 15.3399 du conseiller aux États Andrea Caroni – adoptée par le Conseil national puis suspendue – laquelle charge le Conseil fédéral de soumettre un projet visant à renforcer cette norme légale.

Le présent rapport analyse plusieurs instruments étatiques d'octroi de droits d'accès aux marchés fermés sous l'angle de l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI et de l'art. 9 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Ces droits d'accès peuvent revêtir différentes formes juridiques, telles que la concession de monopole, la concession d'usage privatif, l'autorisation d'usage accru du domaine public, l'autorisation contingentée et, sous certaines conditions, le mandat de prestations et l'autorisation relevant du droit des assurances sociales. L'analyse montre que hormis l'octroi de concessions, il existe certaines incertitudes juridiques quant à l'obligation des autorités cantonales et communales de procéder à un appel d'offres public découlant de l'art. 2, al. 7, LMI ou de l'art. 9 AIMP. L'analyse montre également que ces deux dispositions laissent aux autorités chargées d'appliquer le droit une marge d'interprétation suffisante pour soumettre à l'obligation d'appel d'offres l'octroi des droits donnant accès à des marchés fermés. La jurisprudence relative à l'art. 2, al. 7, LMI, qui tend à une application aux marchés fermés plutôt large, a évolué positivement ces dernières années et a contribué cas par cas à la sécurité juridique. La jurisprudence du Tribunal fédéral a considérablement réduit les incertitudes liées à l'art. 2, al. 7, LMI au cours des dernières années. L'application de cette norme a donc contribué à l'ouverture des marchés fermés, et l'on peut s'attendre à ce que cette dynamique se poursuive. La pratique juridique concernant la norme de l'AIMP, lequel n'a été révisé que récemment, évoluera au cours des prochaines années. Le Conseil fédéral estime dès lors qu'il faut attendre l'évolution de cette pratique, avant d'en déduire une éventuelle nécessité de légiférer. C'est pourquoi il est d'avis qu'une adaptation des bases légales n'est pour l'heure pas indiquée.

1 Introduction

Le présent rapport répond au postulat 19.4379 « Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable » déposé par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) le 18 octobre 2019 et qui a été adopté par le Conseil des États le 19 décembre 2019. Dans le cadre de ce postulat, le Conseil fédéral est chargé d'analyser l'art. 2, al. 7, de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)¹ et de présenter différentes possibilités d'amélioration (cf. le texte du postulat en annexe). Cette disposition fixe le principe selon lequel « la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ».

Ce postulat est étroitement lié à la motion 15.3399 « Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable » déposée le 5 mai 2015 par le conseiller aux États Caroni. Cette motion demande au Conseil fédéral de renforcer la procédure d'appel d'offres qui régit l'accès aux marchés fermés selon l'art. 2, al. 7, LMI. Les travaux parlementaires sur cette motion ont été suspendus dans l'attente des conclusions du rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 19.4379.

Le présent rapport a pour objectif d'évaluer si l'art. 2, al. 7, LMI devrait être révisé en se basant sur la jurisprudence actuelle ainsi que sur l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP) révisé en 2019. Le rapport doit également indiquer si des difficultés existent dans l'application de l'art. 2, al. 7, LMI et s'il est nécessaire de procéder à des adaptations afin de réduire ces difficultés. Cela doit également être fait en vue de la motion en suspens 15.3399, qui demande une obligation d'appel d'offres également pour l'attribution de droits d'utilisation de biens publics disponibles de manière limitée et de mandats de prestations.

Le présent rapport permet au Conseil fédéral de compléter ses analyses des marchés fermés sur le plan fédéral donnant suite aux postulats Caroni 15.3398 « Accès aux marchés fermés de la Confédération. Procédure équitable » et Caroni 19.3701 « Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération »². Ces travaux ont montré que dans l'ensemble, sur les marchés examinés, les procédures fonctionnent au niveau fédéral, même si des améliorations s'imposent encore ponctuellement. Le Parlement n'a toutefois pas suivi les propositions concrètes d'adaptation du Conseil fédéral (notamment en ce qui concerne les concessions de droits d'eau et les concessions de distribution d'électricité)³.

Le présent rapport aborde la thématique des marchés fermés sur le plan cantonal selon une approche différente, plus générale, qui s'imposait au vu du nombre et de la

¹ RS 943.02

² Rapport du Conseil fédéral du 7 juin 2019 donnant suite au postulat Caroni 15.3398 du 5 mai 2015 « Accès aux marchés fermés de la Confédération. Procédure équitable », et rapport du Conseil fédéral du 10 décembre 2021 donnant suite au postulat Caroni 19.3701 du 19 juin 2019 « Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération ».

³ Les deux rapports donnant suite à des postulats sont fondés sur une étude des procédures d'accès aux marchés fermés sur le plan fédéral. Celle-ci a mis l'accent sur le domaine des concessions, des mandats de prestations et des indemnisations dans seize marchés dont l'accès est régi par le droit fédéral. La majorité des marchés examinés sont exclus de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), révisée et entrée en vigueur en janvier 2021. Cf. Abegg A., Hefti A., Seferovic G. et al., 2019, *Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes; Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 15. Februar 2019* (étude réalisée en allemand, résumé disponible en français, italien et anglais); accessible sous www.seco.admin.ch > Services et publications > Concurrence et Service Public > Etat et concurrence.

diversité de ces marchés dans les cantons. Il commence par catégoriser et présenter les marchés fermés sous l'angle juridique et économique (ch. 2). Il analyse ensuite la mesure dans laquelle ces catégories de marchés fermés entrent dans le champ d'application de l'art. 2, al. 7, LMI ou de l'AIMP, en prenant appui pour cela sur la jurisprudence en la matière (ch. 3). Enfin, sur la base de cette analyse, le Conseil fédéral évalue la nécessité d'adapter la législation (ch. 4).

Les analyses se fondent pour l'essentiel sur l'avis de droit du Prof. Bernhard Rütsche « Examen de l'obligation de procéder à un appel d'offres résultant de la loi sur le marché intérieur (art. 2, al. 7, LMI) » (« *Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2, Abs. 7 BGBM)* », en allemand seulement), réalisée en vue de l'élaboration du présent rapport et publiée simultanément. Le rapport renvoie à plusieurs reprises aux chiffres marginaux de cet avis de droit, en particulier aux propositions de lectures complémentaires et à la jurisprudence pertinente qui y figurent.

Marché fermé

Dans un « marché fermé », à la différence d'un « marché ouvert », le nombre de soumissionnaires est limité par des dispositions de droit administratif. L'État dispose pour ce faire de différents instruments. Le monopole de droit d'un marché, par exemple par l'octroi d'une concession, en est un, bien connu et souvent utilisé. Mais il existe également d'autres instruments susceptibles d'entraîner une restriction quantitative de l'accès au marché. Il s'agit par exemple des emplacements de taxis, des stands de marché ou des représentations de cirque sur le domaine public. Les marchés peuvent également être fermés par des contingents, par exemple dans les importations (contingents tarifaires dans l'agriculture) ou dans le domaine de la santé. L'État peut également limiter l'accès aux marchés par le biais de mandats de prestations, par exemple dans le domaine du service public.

2 Marchés fermés

L'art. 2, al. 7, LMI énonce que le transfert de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. En outre, l'art. 9 AIMP prévoit quant à lui que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Le postulat CER-E 19.4379 du 18 octobre 2019 et la motion Caroni 15.3399 du 5 mai 2015 sont formulés en termes plus généraux. Ils demandent une procédure équitable pour « l'accès aux marchés fermés des cantons ». Il n'y a pas de définition générale de la notion de « marché fermé ». Le présent rapport établit donc pour commencer une classification juridique des « marchés fermés ». Étant donné que ces marchés constituent surtout une notion économique et que leur accessibilité peut être évaluée selon des critères économiques, il les différencie ensuite d'un point de vue économique. Après cela, il s'agit de déterminer si et dans quelle mesure les catégories identifiées entrent dans le champ d'application de l'art. 2, al. 7, LMI et de l'art. 9 AIMP.

2.1 Classification juridique des marchés fermés⁴

2.1.1 Remarques liminaires

L'art. 2, al. 7, LMI a pour objet les restrictions d'accès au marché résultant de la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées⁵. Dans les cas où l'accès au marché est restreint du fait de mesures prises par une collectivité publique, on utilise ici le terme de « marché fermé ».

Dans un « marché fermé », à la différence d'un « marché ouvert », le nombre de soumissionnaires est limité par des dispositions de droit administratif. L'État dispose pour ce faire de différents instruments. Le monopole de droit d'un marché, par exemple par l'octroi d'une concession, en est un, bien connu et souvent utilisé. Mais il existe également d'autres instruments susceptibles d'entraîner une restriction quantitative de l'accès au marché. Les entreprises ne disposent pas d'un droit absolu d'accès à un marché fermé. Les possibilités de fermeture d'un marché sont présentées ci-après.

2.1.2 Concessions de monopole

Un monopole confère à l'État le droit d'exercer lui-même une activité économique déterminée, à l'exclusion des entreprises privées, ou de la faire exercer par des tiers. Dans ce contexte, on parle donc aussi de monopole de droit. Il résulte de ce droit de l'État que le domaine soumis à un monopole de droit échappe au champ d'application du principe de droit individuel que constitue la liberté économique au sens de l'art. 27

⁴ Les explications suivantes se fondent pour l'essentiel sur l'avis de droit « Examen de l'obligation de procéder à un appel d'offres résultant de la loi sur le marché intérieur (art. 2, al. 7, LMI) » (en allemand seulement, titre allemand : « Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2, Abs. 7 BGBM) »), rendu en 2023 par le Prof. Bernhard Rüttsche (citation : avis de droit RÜTSCHÉ).

⁵ Des restrictions d'accès au marché peuvent également résulter du comportement des entreprises privées. Une entreprise peut par exemple abuser de sa position dominante et refuser l'accès à une installation essentielle (p. ex. le réseau électrique).

de la Constitution fédérale (Cst.)^{6, 7}. En vertu de l'art. 94, al. 4, Cst., les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (p. ex. la régle du sel⁸)⁹. En tant qu'entrave à la liberté économique, un monopole doit dans tous les cas répondre à un intérêt public et être proportionné au but visé, ainsi qu'il ressort expressément de l'art. 5, al. 2, et de l'art. 36, al. 2 et 3, Cst.¹⁰.

Sur le fond, on établit une distinction entre le monopole d'État et l'utilisation des droits de monopole par une entreprise au bénéfice d'une concession de monopole. Dans le cas du monopole d'État, l'activité monopolisée est exercée par l'État lui-même, que ce soit par l'intermédiaire d'une unité administrative ou d'une entreprise publique. Ici, la question d'un appel d'offres ne se pose *a priori* pas, puisque le législateur a lui-même attribué l'exercice des droits de monopole¹¹.

Mais le législateur peut aussi prévoir que le droit spécial d'exercer l'activité monopolisée soit confié à des entreprises (privées ou publiques) sous la forme d'une concession de monopole attribuée par l'autorité administrative compétente. Si cette concession est attribuée à plusieurs entreprises, mais peu nombreuses, il s'agit d'un oligopole au sens économique du terme, pour autant que les entreprises soient actives sur le même marché géographique (p. ex. concessions de maisons de jeu¹²). Si elle est attribuée à une entreprise unique, on est en présence d'un monopole économique. Les concessions pour le trafic longues distances octroyées à certaines entreprises de transport ferroviaire sur certaines lignes (comme les CFF) en sont un exemple¹³.

2.1.3 Droits d'utilisation de biens publics

L'octroi de droits d'utilisation de biens publics est étroitement lié à la problématique des « biens communs » (cf. ch. 2.3). De nombreuses activités économiques dépendent de l'utilisation de biens publics tels que les routes ou les cours d'eau. Si cette utilisation atteint une intensité telle qu'elle fait obstacle à une utilisation simultanée par toutes les personnes souhaitant utiliser ces biens, il en résulte une situation dans laquelle les utilisateurs potentiels sont en concurrence et où, en fin de compte, tous ne peuvent plus recourir aux biens communs dans la mesure souhaitée. Dans une telle situation, l'État peut, en vertu de sa souveraineté sur les biens publics, décider qui est autorisé à les utiliser. La souveraineté de l'État sur les biens publics (comme les espaces publics, les forêts, les lacs et les cours d'eau ou l'espace aérien) constitue donc un monopole de fait¹⁴. Dans ce contexte, le droit administratif distingue deux intensités d'utilisation : l'usage accru du domaine public et l'usage privatif. Dans le cas de l'usage d'un bien public incompatible avec l'usage commun ou non conforme à sa destination, on parle d'usage accru du domaine public. C'est le cas des emplacements de taxis,

⁶ RS 101

⁷ Cf. ATF 143 I 388 consid. 2.2.2

⁸ Cf. ATF 143 I 288 consid. 2.1

⁹ On parle ici de liberté économique en tant que principe fondamental d'un ordre économique reposant sur les principes de l'économie de marché ; art. 94, al.4, Cst.

¹⁰ Cf. à ce sujet ATF 138 I 378 consid. 8.2

¹¹ Le notariat d'État est un exemple de monopole exercé au sein de l'administration (concernant le notariat, cf. aussi ch. 3.2.2). Dans certains cantons, l'assurances immobilière est un exemple de monopole exercé par des entreprises contrôlées par l'État, auxquelles cette activité est réservée par le législateur cantonal.

¹² Art. 6 Loi fédérale sur les jeux d'argent (LJA; RS 935.51).

¹³ Art. 6 Loi sur le transport de voyageurs (LTV; RS 745.1).

¹⁴ Cf. aussi ATF 128 I 3 consid. 3. Contrairement aux monopoles de droit, ce n'est pas l'activité économique en elle-même qui est monopolisée, mais la chose publique en tant que ressource nécessaire à l'exercice d'une activité économique.

des stands de marché ou des représentations de cirque sur le domaine public¹⁵. Dans le cas d'un usage privatif, un bien public est utilisé durablement de manière exclusive, par exemple lors de la construction et de l'exploitation d'infrastructures ou lors de l'extraction ou de l'exploitation de ressources naturelles. L'État délivre une autorisation pour l'usage accru et une concession pour l'usage privatif.

2.1.4 Autorisations contingentées

Les marchés peuvent également être fermés du fait d'autorisations contingentées. L'autorisation contingentée est une restriction quantitative de l'accès au marché imposée par l'État. On trouve des contingents dans différents domaines, par exemple dans les importations (contingents tarifaires dans l'agriculture) ou dans le domaine de la santé¹⁶. Le contingent a un effet similaire à celui de la concession. Mais le contingentement consiste pour l'État à accorder des autorisations individuelles limitées en quantité pour des activités qui sont en principe interdites par la loi¹⁷, tandis que les concessions confèrent des droits spéciaux pour des activités autorisées, comme le droit exclusif d'exercer une activité monopolisée (cf. plus haut ch. 2.1.2).

2.1.5 Mandats de prestations

L'État peut également limiter l'accès aux marchés par le biais de mandats de prestations, en confiant à une ou plusieurs entreprises l'exécution de tâches publiques. Les mandats de prestations interviennent surtout dans les domaines liés à des services de base et sont associés à la notion de service public¹⁸ (p. ex. transports publics, télécommunications ou approvisionnement énergétique). Ils sont ainsi souvent octroyés pour des activités pour lesquelles il existe déjà un marché avec des offres proposées en dehors d'un mandat de prestations. Ils peuvent conduire à des restrictions d'accès au marché lorsque leur nombre est limité et que les indemnités auxquelles ils donnent droit procurent des avantages concurrentiels, en particulier lorsque d'autres offres ne sont plus compétitives sans ces indemnités. Les listes d'hôpitaux en sont un exemple souvent cité dans ce contexte : seuls les hôpitaux qui figurent sur une liste cantonale des hôpitaux établie en fonction de la planification des besoins et bénéficient à ce titre d'un mandat de prestations sont autorisés à facturer leurs prestations à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Cette pratique peut conduire à la fermeture de fait du marché, en particulier lorsque les patients évitent les hôpitaux dans lesquels les frais de traitement ne sont pas (au moins partiellement) pris en charge par l'assurance de base¹⁹.

2.1.6 Autorisations relevant du droit des assurances sociales

L'exemple des listes d'hôpitaux est étroitement lié au droit accordé par l'État de facturer des prestations à la charge d'une assurance sociale. Pour illustrer le propos, penchons-nous encore une fois sur le domaine de la santé. Les cantons ont la possibilité

¹⁵ NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHÉ, Anciens et nouveaux monopoles cantonaux – Comment les cantons maintiennent des monopoles lucratifs au lieu d'ouvrir les marchés, Avenir Suisse, 2014 (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, éd. ; citation : DIEBOLD/RÜTSCHÉ, 2014), p. 86.

¹⁶ DIEBOLD/RÜTSCHÉ, 2014, p. 87.

¹⁷ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 79 s.

¹⁸ Il n'existe pas de définition pertinente de la notion de *service public*. Le Conseil fédéral entend par cette notion un service universel défini selon des critères politiques, comprenant certains biens et prestations d'infrastructure, accessibles à toutes les catégories de la population et offerts dans toutes les régions du pays, selon les mêmes principes, dans une bonne qualité et à des prix abordables. Cf. Rapport du Conseil fédéral du 23 juin 2004 « Le service public dans le domaine des infrastructures », FF 2004 4309.

¹⁹ ATF 132 V 6 consid. 2.5.3

de limiter le nombre de médecins qui fournissent des prestations ambulatoires à la charge de l'assurance obligatoire des soins dans une ou plusieurs spécialités médicales ou dans certaines régions²⁰. Cette possibilité leur est offerte par l'art. 55a, al. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)²¹. Lorsqu'un canton introduit une telle limitation, il prévoit notamment que les médecins ne sont admis que jusqu'à concurrence du nombre maximal déterminé (art. 55a, al. 1, let. a, LAMal). Cela équivaut à une restriction d'accès au marché par l'État et donc à un marché fermé.

2.2 Classification économique des marchés fermés

Examiner les marchés fermés sous l'angle économique s'impose, car les marchés sont avant tout une notion économique ; ils font l'objet d'une concurrence relativement intense associée à certains effets d'efficience. La concurrence et les effets d'efficience jouent un rôle important, dans la mesure où des marchés fonctionnels ou efficaces conduisent généralement à une utilisation plus efficiente des biens et services rares (p. ex. travail, matières premières, etc.) et donc à une maximisation du bien-être social.

Les restrictions d'accès au marché imposées par l'État entravent le bon fonctionnement et l'efficacité de la concurrence. Elles peuvent avoir pour effet de limiter de manière excessive – du point de vue économique – le nombre de prestataires et donc de contrarier le libre jeu de l'offre et de la demande et les échanges fructueux qu'il permet. C'est le cas lorsque tous ceux qui souhaiteraient entrer sur un marché en l'absence de ces restrictions d'accès et des prix qui en résultent sont empêchés de le faire. Briter les échanges générateurs de bien-être a généralement un coût économique. D'un point de vue économique, la vision et la classification juridiques des restrictions étatiques de l'accès au marché présentent donc moins d'intérêt que les effets de ces restrictions d'accès sur la concurrence et, finalement, sur l'efficience. De ce point de vue, les questions qui se posent sont les suivantes : une limitation du nombre de prestataires par l'État est-elle indiquée d'un point de vue économique et, si oui, sous quelle forme la mettre en œuvre ?

Il convient de faire la distinction entre une vision purement axée sur l'efficience économique et une vision complémentaire tenant compte des effets de répartition sociaux. Ce n'est effectivement pas parce qu'une utilisation efficiente des ressources est souhaitable sur le plan économique qu'elle l'est aussi sur le plan social. Ainsi, la libéralisation de la consommation de drogues dures peut aboutir à un résultat économique efficient, mais aller à l'encontre d'un objectif de santé publique socialement souhaitable et démocratiquement légitimé. Il importe de garder cette distinction à l'esprit au moment de peser le bien-fondé des marchés fermés. C'est ce qui sera fait ci-après, avec la brièveté requise.

2.3 Bien-fondé économique et social des marchés fermés²²

Limiter le nombre de soumissionnaires au moyen d'une intervention de l'État peut se justifier d'un point de vue économique ou social pour différentes raisons²³ : l'exploitation de biens communs (p. ex. eau potable ou forêts) peut aboutir à leur surexploita-

²⁰ Contrairement aux contingents, qui concernent une activité dans son ensemble, cette restriction relative à la facturation concerne une partie seulement de l'activité.

²¹ RS 832.10

²² Cf. l'étude « Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes » (en allemand), p. 51 ss.

²³ Cf. l'étude « Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes » (en allemand), p. 53 s.

tion, dans la mesure où comme ces biens ne font objet d'aucun droit de propriété, chacun a le droit d'en tirer avantage. Il en résulte souvent ce que l'on appelle des externalités négatives : celui qui utilise le bien ne tient pas compte des effets négatifs (p. ex. une pollution supplémentaire de l'eau potable) de son utilisation sur les autres utilisateurs, car il n'existe pas de prix pour cela. Il s'agit d'une défaillance classique du marché et la correction apportée par l'État se justifie d'un point de vue économique. Les biens dits « non méritoires », dont la consommation n'est pas souhaitable socialement (p. ex. les drogues), sont apparentés aux biens communs, avec certaines différences. Limiter l'offre de tels biens et restreindre en conséquence l'accès au marché peut se justifier socialement.

Il peut également être justifié d'un point de vue économique et social que l'État crée une offre de certains biens ou services, lorsque ceux-ci ne sont pas disponibles sur le marché libre ou pas dans la mesure souhaitée. Les biens publics, comme les services de la police et de l'armée ou le bon fonctionnement de l'État de droit, en offrent un bon exemple. Personne ne peut être exclu de leur consommation, et personne n'est en concurrence avec d'autres pour leur consommation. Les entreprises privées ne sont donc pas incitées à fournir de tels biens²⁴. Dans cette situation, l'attribution d'un monopole de droit peut être judicieuse et nécessaire d'un point de vue économique.

Les marchés des services de base sont également associés à un intérêt public. Une situation de concurrence caractéristique de l'économie de marché en vue de satisfaire cet intérêt public n'est alors pas exclue *a priori*. Les services de base sont liés à la mise à disposition d'infrastructures et de services publics importants (p. ex. santé, électricité, eau, éducation, transports publics, etc.). La société détermine politiquement les domaines relevant des services de base. Ces services sont fréquemment organisés par mandats de prestations²⁵. Le mandat de prestation impose au mandataire de mettre à disposition une offre donnée, souvent à un prix déterminé. Selon la structure du mandat et le nombre de mandataires, les marchés des services de base peuvent constituer *de facto* des marchés fermés, bien que des soumissionnaires tiers ne soient pas exclus *de jure* de la fourniture de prestations (cf. ch. 2.1.5). C'est notamment le cas lorsqu'en raison des indemnités versées pour les mandats de prestations et des prix bas imposés, l'entrée sur le marché n'est économiquement pas rentable pour des tiers. Il en résulte une distorsion de la concurrence. D'un point de vue économique, il convient donc de se demander, s'agissant de la création de marchés de services de base assortis de mandats de prestations, si les services de base souhaités sur le plan politique ne seraient pas déjà fournis dans un marché ouvert. Si tel est le cas, la fermeture de fait des marchés des services de base entraîne des inefficiences et des coûts inutilement élevés pour l'État et, en fin de compte, pour les contribuables.

Ces brèves explications montrent que les raisons qui justifient les restrictions d'accès au marché sont multiples et peuvent être d'ordre économique ou politique. D'un point de vue économique, la question des effets d'efficience est essentielle : le marché est-il

²⁴ Il existe également des situations dans lesquelles un marché est « naturellement » fermé, c'est-à-dire sans intervention de l'État. Cela peut être le cas pour des biens ou des services associés à des coûts fixes très élevés et des coûts variables modérés. Les infrastructures de réseau, comme les réseaux électriques ou ferroviaires, présentent souvent ce genre de configuration. Étant donné qu'il n'est économiquement pas rentable de mettre à disposition plusieurs fois de telles infrastructures, il se crée un « monopole naturel ».

²⁵ Le service de base peut également être assuré par des unités administratives centralisées ou décentralisées, ou par l'obligation faite aux particuliers d'offrir certaines prestations (p. ex. les notaires ; cf. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, *Geschlossene Märkte* (chapitre 5) in : *Anciens et nouveaux monopoles cantonaux – Comment les cantons maintiennent des monopoles lucratifs au lieu d'ouvrir les marchés*, Avenir Suisse, 2014 (en allemand) (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, éd. ; citation : DIEBOLD/RÜTSCHKE *Geschlossene Märkte*, 2014), p. 90).

tenu par les soumissionnaires les plus efficaces et comment peut-on les inciter à l'efficacité ? Bien qu'en restreignant l'accès au marché, l'État limite la concurrence, il peut influencer sur le niveau d'intensité de la concurrence par le choix de la procédure d'accès et par l'aménagement des conditions dans lesquelles une activité doit être exercée (p. ex. durée et montant de l'indemnité, exigences de qualité, etc.). Dans le présent contexte, la procédure d'adjudication – et donc la manière dont l'État limite l'accès au marché – joue un rôle crucial²⁶.

2.4 La restriction étatique de l'accès au marché d'un point de vue économique

Pour tous les types de restrictions d'accès au marché présentés au ch. 2.1, le problème pour l'État lors de la procédure de sélection de soumissionnaires est qu'il n'est pas en mesure d'évaluer parfaitement leur efficacité, ceux-ci ayant une meilleure connaissance de leurs spécificités (coûts, processus, qualité de leur offre, etc.). Si l'État était pleinement informé de ces éléments, il pourrait sélectionner les prestataires les plus efficaces, autrement dit ceux qui répondent le mieux à ses exigences à un prix donné. Or, les prestataires ne sont pas incités à révéler ces spécificités de manière crédible et transparente. Cette réticence s'explique par le risque accru de s'en sortir moins bien en comparaison avec les autres et donc de ne pas obtenir le mandat ou la concession, par exemple. On parle dans ce cas d'« asymétrie d'information » entre le mandant (ici : l'État) et les mandataires potentiels (ici : les soumissionnaires). L'État doit ainsi consacrer des ressources à l'examen des soumissionnaires, puis à la sélection des plus qualifiés et des plus efficaces parmi eux. Plus il investit dans cet examen, plus les soumissionnaires sélectionnés devraient être qualifiés. Il faut donc rechercher le juste équilibre entre le coût de l'examen et l'efficacité des soumissionnaires sélectionnés (ce que l'on appelle le « *trade-off* »), ces deux paramètres agissant par ailleurs l'un sur l'autre. Ce *trade-off* peut être influencé par la procédure de sélection. Cette dernière devrait être conçue de manière à inciter les soumissionnaires à dévoiler leurs spécificités aussi spontanément que possible, ce qui permettrait de réduire le coût de l'examen tout en sélectionnant les soumissionnaires les plus efficaces et les plus qualifiés. La mise en balance devrait également prendre en compte la charge qu'implique pour les soumissionnaires leur participation à la procédure de sélection. Cette charge peut par exemple résulter de la compilation et de la remise des informations demandées.

L'enchère est une procédure compatible avec une visée incitative, conduisant à la divulgation la plus large possible des spécificités des participants²⁷. Dans le cadre de la procédure d'adjudication d'un marché public, par exemple, l'enchère consisterait pour

²⁶ L'aménagement des conditions d'exercice de l'activité n'est pas examiné plus avant ici, bien qu'il ait également une influence sur le choix final du soumissionnaire. Par exemple, des indemnités peu élevées pour un mandat de prestations peuvent réduire l'incitation à participer à une enchère. De même, un suivi relativement « laxiste » de l'exécution du mandat peut inciter des soumissionnaires peu efficaces à participer à l'enchère. Pour des explications détaillées à ce sujet, on peut se référer ici à l'étude « Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes » (en allemand), p. 53 ss.

²⁷ Cf. l'étude « Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes » (en allemand), p. 57 ss. Les enchères sur des plateformes en ligne en sont un exemple. Ces plateformes optent souvent pour une procédure dans laquelle l'enchérisseur qui a offert le prix le plus élevé remporte l'enchère. Il ne doit toutefois payer que le deuxième prix le plus élevé qui a été offert. Dans ces conditions, il n'est pas souhaitable pour un enchérisseur rationnel de proposer un prix inférieur à ce qu'il est prêt à payer, car il se priverait inutilement de chances de remporter l'enchère. Il ne serait cependant pas rationnel de sa part de proposer davantage que ce qu'il est prêt à payer, car il risquerait alors, en dépit de la règle du deuxième prix le plus élevé, de devoir payer plus que ce qu'il souhaite. Il est donc optimal pour chaque enchérisseur de proposer exactement ce qu'il est prêt à payer.

l'État à choisir le soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse²⁸. Lors d'une adjudication pour laquelle plusieurs critères doivent être pris en compte – et pas uniquement le prix – il est recommandé, au regard de l'efficacité, de procéder comme pour une enchère avec un appel d'offres reposant sur certains critères. En règle générale, l'État dispose dans ce cas d'une plus grande latitude pour ce qui est de la sélection des soumissionnaires que dans le cas d'une adjudication ayant le prix pour seul critère.

Les procédures favorisant moins la concurrence, telles que l'attribution directe à un soumissionnaire défini ou la procédure sur invitation, conduisent généralement à une sélection moins efficace et ne doivent en principe être utilisées que lorsque le choix de soumissionnaires potentiels est très restreint ou que les asymétries d'information sont négligeables.

Pour que le choix se porte sur les prestataires les plus qualifiés et les plus efficaces, il est donc souhaitable de recourir à une procédure qui favorise le plus possible la concurrence et qui limite en même temps aussi bien le coût de l'examen pour l'État que la charge pour les soumissionnaires. En règle générale, une telle procédure est en outre plus transparente quant aux critères retenus et moins discriminante pour ce qui est de l'accès que d'autres procédures moins concurrentielles²⁹. C'est pourquoi il est en principe indiqué d'un point de vue économique de soumettre à un appel d'offres, ainsi que le demande l'art. 2, al. 7, LMI, aussi bien la transmission de monopoles à des entreprises privées que d'autres restrictions d'accès au marché imposées par l'État.

2.5 Conclusion du point de vue économique

Les explications ci-dessus le montrent : les marchés devraient être aussi ouverts que possible de manière à garantir la concurrence la plus efficace et opérante possible. Une restriction d'accès peut se justifier en cas de défaillance du marché, comme dans le cas des externalités ou des biens publics. Elle devrait toutefois être mise en place dans le cadre d'une procédure aussi concurrentielle que possible telle qu'une enchère, par exemple, ou un appel d'offres. L'art. 2, al. 7, LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres, et ainsi que cela sera exposé plus loin, cela s'applique aussi à d'autres marchés fermés. L'appel d'offres doit donc être considéré comme fondamentalement positif d'un point de vue économique.

3 Ouverture des marchés fermés en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI

La notion de marchés fermés ayant été expliquée et ces marchés catégorisés sous l'angle juridique d'abord, et économique ensuite, il est maintenant possible de chercher à savoir sur cette base si et dans quelle mesure les marchés fermés entrent dans le

²⁸ Dans l'exemple de la note de bas de page 27, il recevrait toutefois la rémunération (la plus élevée) correspondant à la deuxième meilleure offre.

²⁹ Pour un aperçu des procédures d'adjudication, cf. p. ex. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Zugang zu geschlossenen Märkten (chap. 6) in : Anciens et nouveaux monopoles cantonaux – Comment les cantons maintiennent des monopoles lucratifs au lieu d'ouvrir les marchés, Avenir Suisse, 2014 (en allemand) (SAMUEL RUTZ/LUKAS SCHMID, éd. ; citation : DIEBOLD/RÜTSCHKE Zugang zu geschlossenen Märkten, 2014), p. 90.

champ d'application de l'art. 2, al. 7, LMI et peuvent être ouverts aux plans cantonal et communal. L'analyse qui suit porte notamment sur la question de savoir si les instruments de fermeture des marchés présentés au ch. 2.1 relèvent de la notion de monopole cantonal ou communal au sens de l'art. 2, al. 7, LMI (cf. à ce sujet le ch. 3.6).

3.1 But

L'art. 2., al. 7, LMI précise que « la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ». Cette disposition a été introduite lors de la révision de la LMI en 2005 et est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006. Dans son message, le Conseil fédéral précisait que l'obligation de procéder à un appel d'offres pour la transmission d'un monopole devait faciliter l'accès mutuel au marché, sans pour autant remettre en cause la compétence des cantons et communes³⁰. La procédure d'appel d'offres permet ainsi aux entreprises d'avoir connaissance de ces marchés et de présenter leurs offres face à leurs concurrents.

3.2 Applicabilité

3.2.1 Champ d'application subjectif

Pour que l'art. 2, al. 7, LMI s'applique, la loi sur le marché intérieur elle-même doit préalablement être applicable. L'art. 1, al. 1, LMI précise qu'il doit s'agir de personnes physiques ayant un établissement en Suisse ou de personnes morales ayant leur siège en Suisse. Les personnes étrangères sont couvertes par la loi si elles ont un droit d'établissement ou de siège en Suisse en vertu de la législation déterminante ou d'un traité international (comme l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)³¹)³².

La LMI vise principalement les situations intercantionales, puisqu'elle a pour but de faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques à l'intérieur de la Suisse (art. 1, al. 2, let. a, LMI). Toutefois, le Tribunal fédéral a établi que les fournisseurs potentiels ayant leur siège dans le canton ou la commune où l'exploitation d'un monopole est attribuée, peuvent également se fonder sur l'art. 2, al. 7, LMI³³.

3.2.2 Champ d'application objectif

L'art. 1, al. 1, LMI, qui définit le champ d'application objectif, prévoit qu'il faut tout d'abord que l'activité ait un caractère lucratif. Une activité « lucrative » se définit à l'art. 1, al. 3, LMI comme « toute activité non régalienne ayant pour but un gain ».

Sont considérées comme des activités lucratives au sens de l'art. 1, al. 3, LMI aussi bien les activités purement privées que l'exercice de tâches publiques (notamment dans les domaines de la santé, de l'éducation ou des transports publics), pour autant

³⁰ Cf. message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004 (FF 2005 421), p. 441.

³¹ RS 0.142.112.681

³² FF 1995 I 1193, p. 1239

³³ Arrêt du TF 2C_351/2017 du 12 avril 2018 consid. 3.4

qu'elles soient proposées sur le marché libre, c'est-à-dire qu'elles soient commercialisables³⁴.

Selon une interprétation historique et systématique, toutes les activités lucratives qui ne relèvent pas de la souveraineté, c'est-à-dire qui ne sont pas liées à l'exercice de la puissance publique, sont soumises à la LMI. Il en résulte par conséquent que les activités d'exécution de la police (surveillance de personnes privées, application du droit au moyen de mesures et de sanctions) et la perception de taxes publiques ne sont pas soumises à la LMI³⁵. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a également exclu de la LMI les activités des défenseurs d'office³⁶, des experts judiciaires³⁷ et des notaires³⁸.

À noter cependant – et en particulier pour ce qui est de la non-soumission des notaires à la LMI – que les décisions du Tribunal fédéral citées en introduction datent d'avant la révision partielle de la LMI de 2005. Le Tribunal fédéral l'a expressément indiqué dans un arrêt de 2011 non publié officiellement, dans lequel il ne s'est toutefois pas prononcé sur l'applicabilité de la LMI révisée à l'activité notariale³⁹. De plus, ces arrêts ne tiennent pas compte de la jurisprudence récente de la CJUE sur la libre circulation des notaires. La CJUE a retenu que les activités liées à l'établissement d'actes authentiques exercées par les notaires n'impliquent pas l'exercice de l'autorité publique ni aucune prérogative régalienn⁴⁰. Ce point est particulièrement important sachant que l'un des objectifs majeurs de la révision de la LMI de 2005 était précisément d'éviter la discrimination de ressortissants suisses⁴¹. Le message relatif à cette révision précisait ainsi expressément que la nouvelle teneur de l'art. 1, al. 3, LMI visait à garantir la conformité du texte avec l'ALCP⁴². La notion d'activité lucrative doit donc être interprétée conformément au champ d'application de l'ALCP, ce qui résulte également d'une interprétation systématique de l'art. 1, al. 3, en relation avec l'art. 4, al. 3^{bis} et l'art. 6, al. 1, LMI, selon laquelle les personnes auxquelles la LMI s'applique peuvent invoquer directement l'ALCP dans les relations intercantionales⁴³.

3.3 Conditions d'application

3.3.1 Monopole cantonal ou communal

Le texte de la loi opère une distinction entre les monopoles cantonaux et communaux, qui sont soumis à cette disposition, et les monopoles fédéraux, qui ne le sont pas. Il suggère de fonder cette distinction sur la base légale dont relève le monopole. Une interprétation (téléologique) – axée sur le but de la loi – plaide toutefois en faveur de l'application de l'art. 2, al. 7, LMI à chaque fois qu'une autorité cantonale ou commu-

³⁴ FF 2005 421, p. 439 s

³⁵ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 30 s.

³⁶ Arrêt du TF 5A_175/2008 du 8 juillet 2008 consid. 5.2

³⁷ Arrêt du TF 2C_121/2011 du 9 août 2011 consid. 3.3

³⁸ ATF 128 I 280 consid. 3, p. 281 s ; 131 II 639 consid. 6.1, p. 645 ; 133 I 259 consid. 2.2, p. 260 s

³⁹ Arrêt du TF du 11 mai 2015, 2C_335/2013 consid. 3.3

⁴⁰ Arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-54/08, Commission/Allemagne, ECLI:EU:C:2011:339, pt 110 et s. ; cf. également l'arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-61/08, Commission/Grèce, ECLI:EU:C:2011:340, l'arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-53/08, Commission/Autriche, ECLI:EU:C:2011:338, l'arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-51/08, Commission/Luxembourg, ECLI:EU:C:2011:336, l'arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-50/08, Commission/France, ECLI:EU:C:2011:338 et l'arrêt de la CJUE du 24 mai 2011, affaire C-47/08, Commission/Belgique, ECLI:EU:C:2011:334.

⁴¹ C'est expressément ce qui ressort du message relatif à la révision de la LMI, p. 422.

⁴² Cf. message LMI 2004, p. 440.

⁴³ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 29.

nale est chargée de l'administration du monopole, indépendamment du fait que le monopole relève du droit cantonal ou communal, ou du droit fédéral⁴⁴.

La LMI ne définit pas la notion de monopole. Il ressort toutefois clairement du texte que tous les monopoles de droit entrent dans le champ d'application de la loi, ce qui inclut les droits régaliens cantonaux tels que les régales dans les domaines de la chasse, de la pêche, de l'exploitation du sel ou des mines⁴⁵. Quant aux monopoles de fait, le Tribunal fédéral a décidé, dans un arrêt de 2017⁴⁶ – et confirmé depuis⁴⁷ –, que le transfert de l'exploitation d'un monopole de fait relevait également de l'obligation d'appel d'offres de l'art. 2, al. 7, LMI.

3.3.2 Transfert à des particuliers

Le transfert doit se faire à des « particuliers ». Par « particuliers », on entend des personnes qui exercent une activité lucrative au sens de l'art. 1, al. 1, LMI. Ainsi, le transfert de l'exploitation d'un monopole à une personne de droit public (p. ex. établissement de droit public, collectivité territoriale ou association intercommunale à but déterminé) ou à une entreprise contrôlée par l'État (p. ex. société anonyme de droit spécial détenue par un canton) est en principe exclu de l'obligation d'appel d'offres prévue à l'art. 2, al. 7, LMI⁴⁸.

Cependant, compte tenu du but de la LMI, la doctrine et la pratique de la Commission de la concurrence préconisent une application par analogie des principes du droit des marchés publics concernant les marchés in-house et in-state. Ainsi, l'art. 2, al. 7, LMI ne s'applique pas lorsque le droit d'exploiter un monopole est exercé au sein de la même entité de droit public (opérations in-house ; cf. art. 10, al. 2, let. c, AIMP), car dans un tel cas il n'y a pas de « transfert » de droit. Est également exclu du champ d'application de droit des marchés publics l'achat d'une prestation auprès d'un fournisseur juridiquement indépendant de l'État ou contrôlé par l'État, lorsque ce dernier est contrôlé par le pouvoir adjudicateur comme un service propre et qu'il travaille exclusivement (opérations in-state) ou essentiellement (opérations quasi-in-house) pour le pouvoir adjudicateur (cf. art. 10, al. 2, let. d, AIMP). En revanche, lorsque des particuliers sont directement ou indirectement impliqués dans une organisation étatique juridiquement indépendante à laquelle un monopole est attribué, cette attribution doit faire l'objet d'un appel d'offres conformément à l'art. 2, al. 7, LMI. Ceci vaut également lorsque l'organisation étatique qui obtient le droit d'utilisation est présente dans une mesure non négligeable sur des marchés privés et participe ainsi au processus économique⁴⁹.

⁴⁴ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 29.

⁴⁵ Cf. avis de droit RÜTSCHÉ, n° 37 et les références citées.

⁴⁶ ATF 143 II 598 consid. 4.1.1, concernant un système intercommunal d'attribution d'autorisations à des sociétés et à des chauffeurs de taxis sur des emplacements ; cf. aussi ATF 143 II 120 consid. 6.3.1, concernant l'attribution d'une concession d'affichage.

⁴⁷ ATF 145 II 303 consid. 6.1.1, concernant la nomination des directions responsables de la gestion de deux théâtres municipaux pendant plusieurs saisons théâtrales ; 145 II 252 consid. 5.1 ; arrêt du TF 2C_335/2019 du 17 août 2020 consid. 6.2.1, concernant le transfert de l'exploitation d'un réseau communal de lignes électriques.

⁴⁸ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 35.

⁴⁹ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 36.

3.4 Relation entre l'art. 2, al. 7, LMI et d'autres lois, notamment le droit des marchés publics

Pour ce qui est de la relation entre l'art. 2, al. 7, LMI et d'autres lois, il convient tout d'abord de noter que la Confédération peut, compte tenu d'intérêts publics prépondérants, prévoir dans ses lois spéciales un régime d'accès au marché plus strict que celui de la LMI. De telles dérogations doivent alors résulter clairement de la volonté du législateur. Le législateur fédéral a ainsi prévu des exceptions à l'obligation de procéder à un appel d'offres visée à l'art. 2, al. 7, LMI, notamment pour les concessions relatives au réseau de transport et de distribution électrique et les concessions d'utilisation de la force hydraulique⁵⁰. En revanche, la force dérogatoire du droit fédéral interdit au législateur cantonal ou communal de réglementer l'attribution de droits d'accès au marché en dérogation de l'art. 2, al. 7, LMI⁵¹.

Le postulat 19.4379 propose également au Conseil fédéral de prendre en compte le droit des marchés publics, et en particulier l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) révisé en 2019. À ce sujet, la relation entre l'art. 2, al. 7, LMI et l'art. 9 AIMP concernant en particulier la « délégation de tâches publiques ou l'octroi de concessions » revêt une pertinence certaine, ce dernier prévoyant que « [...] la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exercer dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal. »⁵².

Afin de clarifier la question de savoir quelle disposition, de l'art. 2, al. 7, LMI ou de l'art. 9 AIMP, s'applique en priorité et dans quelles circonstances, le législateur a ajouté, à l'occasion de la révision complète du droit des marchés publics, la troisième phrase suivante à l'art. 5, al. 1, LMI : « Lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'accord intercantonal sur les marchés publics conclu sur la base du Protocole du 30 mars 2014 portant amendement de l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de la présente loi sont présumées respectées. ». Cette disposition est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021.

Selon l'avis de droit, la présomption établie par cette disposition signifie que l'obligation d'appel d'offres découlant de l'art. 9 AIMP prime sur celle de l'art. 2, al. 7, LMI. Cette appréciation est logique dans la mesure où l'obligation d'appel d'offres prévue par le droit des marchés publics impose des exigences plus strictes pour ce qui est de la procédure et des critères d'adjudication. Un appel d'offres conforme au droit des marchés publics au titre de l'art. 9 AIMP tient compte des exigences de l'art. 2, al. 7, LMI.

53

Si toutefois l'obligation d'appel d'offres de l'art. 9 AIMP ne s'appliquait pas en raison d'une exception ou que l'AIMP ne permettait pas de trancher un point de procédure, l'obligation d'appel d'offres prévue à l'art. 2, al. 7, LMI resterait déterminante⁵⁴. Il en

⁵⁰ Art. 3a Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7) et art. 60, al. 3^{bis}, Loi sur les forces hydrauliques (LFH; RS 721.80).

⁵¹ Cf. avis de droit RÜTSCHÉ, n° 39 et les références citées.

⁵² L'octroi d'une concession ou la délégation d'une tâche publique peuvent donc être considérés comme des « marchés publics » lorsque les conditions prévues à l'art. 9 AIMP sont réunies (octroi de droits exclusifs ou spéciaux exercés dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité).

⁵³ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 42.

⁵⁴ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 42.

irait de même si les valeurs seuil définies par le droit des marchés publics n'étaient pas atteintes, pour autant que l'attribution d'un droit remplisse simultanément les conditions de l'art. 2, al. 7, LMI et de l'art. 9 de l'AIMP. Enfin, l'application de l'art. 2, al. 7, LMI résulte également de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal.

3.5 Conséquences juridiques

Lorsque les conditions de l'art. 2, al. 7, LMI sont remplies et qu'il n'existe pas d'autres dispositions du droit fédéral (loi spéciale) ou du droit (inter)cantonal des marchés publics (art. 9 AIMP), l'autorité adjudicatrice doit procéder à un appel d'offres qui ne doit pas discriminer les personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse⁵⁵. Cette interdiction de discrimination ressort directement du but de la loi ainsi que du libellé de l'art. 2, al. 7, LMI, qui consiste à garantir à toutes les personnes actives et à toutes les entreprises un accès égal au marché sur l'ensemble du territoire suisse⁵⁶. Cela se fait notamment par la mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres reposant sur des conditions de sélection transparentes et objectives⁵⁷.

Lorsqu'elle procède à un appel d'offres, l'autorité compétente invite d'office, par le biais d'un avis public, les candidats potentiels à déposer une offre dans un délai déterminé. Renoncer à soumettre l'octroi d'une concession de monopole à un appel d'offres ne peut se justifier qu'aux conditions strictes de l'art. 3 LMI⁵⁸. Une procédure sur invitation ou une publication d'une demande ne satisfont pas aux exigences d'un appel d'offres au sens de l'art. 2, al. 7, LMI. Selon la jurisprudence, les exigences du droit des marchés publics selon l'art. 5 LMI et du droit cantonal ou intercantonal ne sont pas applicables à l'appel d'offres prévu par l'art. 2, al. 7, LMI. La procédure d'appel d'offres au sens de la LMI peut être plus souple que celle des marchés publics. Elle ne doit notamment pas nécessairement être axée sur la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse au sens du meilleur rapport qualité/prix. D'autres critères, tels que l'intérêt public à un certain degré de protection de l'environnement, peuvent également être pris en compte dans la décision d'adjudication⁵⁹.

3.6 Assujettissement des différents instruments

Ce chapitre examine dans quelle mesure les différents instruments de fermeture des marchés esquissés au chapitre 2.1 relèvent soit de la notion de monopole cantonal ou communal selon l'art. 2, al. 7, LMI, soit du droit des marchés publics (notamment de l'art. 9 AIMP). Il aborde également dans sa dernière partie l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 2, al. 7, LMI et l'approche adoptée par cette instance à ce sujet.

3.6.1 Concessions de monopole

L'attribution de concessions de monopole cantonales et communales à des privés est explicitement mentionnée à l'art. 2, al. 7, LMI. Elle est donc soumise à l'obligation d'appel d'offres en vertu de cette disposition.

⁵⁵ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 43.

⁵⁶ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 46.

⁵⁷ ATF 143 II 598 consid. 4.1.2

⁵⁸ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 48.

⁵⁹ Cf. avis de droit RÜTSCHÉ, n° 44 s, et les références citées.

Les concessions de monopoles qui transfèrent en même temps une tâche publique au concessionnaire doivent faire l'objet d'un appel d'offres selon les règles du droit des marchés publics, notamment de l'art. 9 AIMP. Selon l'interprétation de la lettre et de la systématique de cet article, on peut considérer qu'il s'applique également à l'octroi de concessions lorsque celles-ci confèrent des droits spéciaux en vue de la réalisation d'un intérêt public, sans qu'une tâche publique y soit associée. La portée de l'art. 9 AIMP, autrement dit la question de savoir si son application à l'attribution d'une concession ne dépend « que » de la réalisation d'un intérêt public ou si elle exige également une tâche publique, n'a pas encore été clarifiée par la jurisprudence. Si l'attribution d'une concession de monopole ou d'une concession de service public relève à la fois de l'obligation d'appel d'offres prévue par la LMI (art. 2, al. 7, LMI) et de l'obligation d'appel d'offres prévue par le droit des marchés publics (art. 9 AIMP), cette dernière prévaut en principe (cf. art. 5 LMI ; cf. aussi à ce sujet le ch. 3.4)⁶⁰. De manière générale, si les conditions de l'art. 2, al. 7, LMI comme celles de l'art. 9 AIMP sont réunies, mais que les valeurs seuils prévues par le droit des marchés publics pour un appel d'offres public ne sont pas atteintes, il convient d'appliquer l'art. 2, al. 7, LMI, qui ne prévoit pas de valeurs seuils⁶¹.

En résumé, il n'est pour l'heure pas encore certain que l'art. 9 AIMP s'applique à l'octroi d'une concession de monopole ou de service public que le soumissionnaire exerce dans l'intérêt public, sans qu'une tâche publique lui soit également confiée. Sur le fond, toutefois, l'octroi de droits exclusifs entre dans le champ d'application de l'art. 2, al. 7, LMI⁶². Au demeurant, quelle que soit la disposition applicable, l'autorité publique reste tenue d'organiser un appel d'offres public.

3.6.2 Concessions d'usage privatif

En accordant aux différents prestataires une concession d'usage privatif pour l'utilisation du domaine public, l'État crée donc un monopole de fait (p. ex. pour la construction d'un ponton sur un cours d'eau). Étant donné que l'art. 2, al. 7, LMI concerne, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à la fois les monopoles de droit et les monopoles de fait, l'attribution de concessions pour l'usage privatif de biens du domaine public doit donc faire l'objet d'un appel d'offres au sens dudit article⁶³. L'art. 2, al. 7, LMI régit aussi l'octroi d'un usage privatif pour des biens administratifs, soit des biens publics destinés à remplir des tâches spécifiques de l'État (p. ex. bâtiments administratifs, écoles publiques, hôpitaux, etc.), lorsque l'usage privatif est conforme à la destination de ces biens. L'attribution de droits d'usage sur le patrimoine financier de l'État ne servant pas directement à l'exécution de tâches publiques ne constitue pas en revanche une adjudication au sens de l'art. 2, al. 7, LMI, dans la mesure où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le patrimoine financier ne peut pas fonder un monopole de fait⁶⁴. Selon l'auteur de l'avis de droit, le pouvoir de disposer d'un bien du patrimoine financier de l'État peut néanmoins, dans certains cas, conférer un monopole de fait. Si, en raison de son utilisation, des entreprises obtiennent un avantage concurrentiel tel que d'autres prestataires ne sont pas compétitifs sur le marché consi-

⁶⁰ Cf. avis de droit RÜTSCHKE, n° 48 ss, et les références citées. On peut raisonner de manière analogue en ce qui concerne l'octroi de concessions d'usage privatif (cf. ch. 3.6.2). La jurisprudence n'a toutefois pas encore déterminé si et dans quelle mesure l'art. 9 AIMP s'applique à ce type de concession (cf. avis de droit RÜTSCHKE, n° 53).

⁶¹ Avis de droit RÜTSCHKE, n° 40.

⁶² Avis de droit RÜTSCHKE, n° 81.

⁶³ Avis de droit RÜTSCHKE, n° 41, et les références citées.

⁶⁴ Il peut s'agir d'un hôtel ou d'un restaurant faisant partie du patrimoine financier des pouvoirs publics. Il n'y a pas d'appel d'offres au sens de l'art. 2, al. 7, LMI pour son exploitation ; avis de droit RÜTSCHKE, n° 55.

déré, l'art. 2, al. 7, LMI s'applique également, même si le patrimoine financier ne sert pas directement à l'accomplissement d'une tâche publique⁶⁵.

Le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas eu à déterminer si l'obligation prévue à l'art. 2, al. 7, LMI de procéder à un appel d'offres s'appliquait dans le cas où l'usage de biens administratifs n'est pas conforme à leur destination. Un tel usage privatif consiste pour des autorités ou des entreprises contrôlées par l'État à mettre leurs biens administratifs à la disposition de personnes privées contre rémunération en dehors de l'exécution de tâches publiques (p. ex. location de l'auditoire d'une université aux organisateurs d'un événement privé). Pour autant qu'il n'en résulte pas d'effets d'éviction et que les personnes privées en question ne dépendent pas de l'accès à ces biens administratifs, on peut considérer que l'attribution du droit à l'usage privatif n'est pas soumise à l'obligation de procéder à un appel d'offres consacrée à l'art. 2, al. 7, LMI, à l'instar du patrimoine financier. Cela dit, là aussi, l'octroi d'un usage privatif sur des biens administratifs non conforme à leur destination peut générer des effets d'éviction du fait des avantages concurrentiels qu'il engendre. Selon l'auteur de l'avis de droit, il faut dans ce cas postuler un monopole de fait et appliquer l'art. 2, al. 7, LMI⁶⁶.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la désignation de l'instrument par lequel sont attribués des droits d'usage privatif de biens publics (p. ex. concession, autorisation, contrat de droit administratif) n'est pas déterminante⁶⁷.

L'incertitude règne sur la question de l'application de l'art. 2, al. 7, LMI à des projets à l'initiative d'entreprises. L'auteur de l'avis de droit interprète un arrêt du Tribunal fédéral comme un ralliement à la décision de l'instance précédente selon laquelle l'art. 2, al. 7, LMI n'était en ce cas pas applicable. Lui-même considère que la disposition est applicable, mais qu'il est possible de renoncer à l'appel d'offres en s'appuyant sur les motifs justificatifs énoncés à l'art. 3 LMI⁶⁸.

Il importe toutefois de signaler que des restrictions de la concurrence voire des structures monopolistiques peuvent résulter de l'absence d'appel d'offres pour l'usage de biens publics lorsque des personnes privées sont à l'origine de la demande d'usage. Économiquement parlant, peu importe que l'attribution de l'usage d'un bien public se fasse à l'initiative de l'État ou d'une personne privée. La question décisive est celle de l'avantage unilatéral qu'un acteur du marché pourrait retirer de ladite attribution.

En ce qui concerne l'AIMP, l'applicabilité de l'art. 9 dudit accord à l'octroi de concessions d'usage privatif est discutable. Selon son interprétation théorique, il apparaît que son application n'était pas prévue dans ce cas. Il est toutefois envisageable que des tâches publiques soient octroyées en même temps que des concessions d'usage privatif ou que ces dernières relèvent de l'intérêt public⁶⁹.

En résumé, l'octroi de concessions d'usage privatif est en tous les cas subordonné à l'art. 2, al. 7, LMI. En l'absence de jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 9 AIMP, il n'est pas certain que cette disposition s'applique⁷⁰. Indépendamment de la

⁶⁵ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 54 s., et les références citées.

⁶⁶ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 56, et les références citées.

⁶⁷ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 57, et les références citées.

⁶⁸ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 59, et les références citées.

⁶⁹ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 53, et les références citées.

⁷⁰ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 81.

question de l'application de l'art. 9 AIMP, il apparaît que, dans ce cas également, l'autorité a l'obligation de procéder à un appel d'offres public.

3.6.3 Autorisations d'usage accru du domaine public

Bien que l'application de l'art. 2, al. 7, LMI aux autorisations d'usage accru du domaine public soit controversée dans la doctrine, l'assujettissement de telles autorisations à l'obligation d'appel d'offres au sens de l'art. 2, al. 7, LMI a été confirmée par la jurisprudence des tribunaux cantonaux et la pratique administrative de la Commission de la concurrence⁷¹. Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché explicitement cette question⁷². Le doute persiste notamment sur le point suivant : la soumission des monopoles de fait à l'art. 2, al. 7, LMI signifie-t-elle que les autorisations d'usage accru relèvent elles aussi de cette disposition ? Vu le nombre restreint de prestataires en cas d'usage accru du domaine public, il est permis d'avancer que la situation en termes de concurrence peut être la même qu'en cas d'usage privatif de biens publics et qu'en cas de monopoles de droit. Suivant cette argumentation et une interprétation téléologique de la LMI tenant compte des principes constitutionnels de liberté économique (art. 27 Cst.), d'égalité de traitement⁷³ et d'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), l'art. 2, al. 7, LMI devrait s'appliquer dans de tels cas. L'absence d'arrêt de principe du Tribunal fédéral est toutefois source d'incertitude en la matière⁷⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la collectivité publique doit concevoir sa procédure d'autorisation de manière à créer des conditions de concurrence aussi équitables que possible. Il en résulte selon l'auteur de l'avis de droit que l'État doit attribuer les droits d'usage accru du domaine public à des fins économiques dans le cadre d'une procédure ouverte⁷⁵. Économiquement parlant, il serait donc indiqué de procéder à un appel d'offres dans tous les cas où l'utilisateur des droits d'usage peut en retirer des avantages importants, et pas seulement si l'attribution de ces droits crée un quasi-monopole. À ce titre, la jurisprudence cantonale est jugée satisfaisante.

Le projet de message relatif à l'AIMP souligne, à l'instar du message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)⁷⁶, que les concessions sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique. L'attribution d'une concession signifie dans ce cas qu'un soumissionnaire privé obtient des droits dont il ne jouissait pas auparavant. Selon le projet de message, les concessions sans rapport avec des tâches publiques, par exemple les concessions d'usage privatif (cf. ch. 3.6.2), ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP (avec toutes les réserves exprimées au ch. 3.6.2). Les cantons et les communes ont en la matière l'obligation de procéder à un appel d'offres en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI.

En résumé, une jurisprudence du Tribunal fédéral visant à clarifier l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI à l'octroi d'autorisations d'usage accru du domaine public fait jusqu'ici défaut. Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu que pour garantir les principes d'égalité de traitement entre concurrents et de neutralité de l'État en matière de concurrence

⁷¹ Arrêt du tribunal cantonal lucernois du 21 juillet 2014, RPW 2014/3 650 consid. 3.5, relatif à l'attribution d'autorisations pour la tenue de stands de vente de marrons ; recommandation de la COMCO relative à l'usage du sous-sol, n° 4 ; recommandation de la COMCO relative aux taxis genevois, n° 31.

⁷² Avis de droit RÜTSCHÉ, n°s 60 s., et les références citées.

⁷³ ATF 128 I 136 consid. 4.1

⁷⁴ Avis de droit RÜTSCHÉ, n°s 63 ss et les références citées, avec notamment des avis doctrinaux divergents.

⁷⁵ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 64, et les références citées.

⁷⁶ RS 172.056.1 ; FF 2017 1695 1744

(art. 27 et 94 Cst.), la collectivité publique devait attribuer les droits d'usage accru du domaine public à des fins économiques dans une procédure ouverte⁷⁷.

3.6.4 Autorisations contingentées

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur l'application de l'art. 2, al. 7, LMI à l'octroi d'autorisations contingentées. Au niveau cantonal, il n'existe pas non plus – à la connaissance du Conseil fédéral – de jurisprudence sur le sujet. Il y a donc là aussi une certaine incertitude quant à la soumission des autorisations contingentées à l'art. 2, al. 7, LMI⁷⁸. Le but de la LMI est de garantir à toute personne exerçant une activité lucrative un accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire suisse (art. 1, al. 1, LMI). On peut dès lors en conclure que l'octroi d'autorisations contingentées par des autorités cantonales et communales doit également se faire par appel d'offres en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI⁷⁹.

En résumé, le Tribunal fédéral n'a jusqu'à présent pas tranché la question de l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI aux autorisations contingentées, autrement dit aux autorisations découlant de la politique économique⁸⁰.

3.6.5 Mandats de prestations

L'attribution d'un mandat de prestations peut être liée au transfert d'un droit de monopole, notamment à l'octroi d'une concession de monopole ou d'une concession d'usage privatif du domaine public (p. ex. mandats de prestations dans le domaine des transports publics régionaux, ou de la fourniture de services de sauvetage monopolisés). Si le transfert du monopole est lui-même soumis à l'art. 2, al. 7, LMI, cette disposition – soit l'obligation d'appel d'offres public – est également applicable à l'attribution du mandat de prestations liée à l'exercice du droit de monopole⁸¹.

En dehors de la combinaison de mandats de prestations avec la cession de droits de monopole, la question de savoir si l'art. 2, al. 7, LMI s'applique à l'attribution de mandats de prestations reste ouverte. Bien que la jurisprudence ne l'ait pas encore reconnu, on pourrait considérer que l'obligation d'appel d'offres de l'art. 2, al. 7, LMI devrait également s'appliquer à l'attribution de mandats de prestations (sans cette combinaison), du moins dans les cas où elle conduit à une fermeture du marché⁸².

De même, la question de l'application de l'art. 9 AIMP à l'attribution par les autorités publiques de mandats de prestations sans transfert de monopole de droit ou de fait reste encore à trancher, du moins depuis la dernière révision totale du droit des marchés publics au niveau fédéral et cantonal en 2019⁸³.

En résumé, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur l'applicabilité des art. 2, al. 7, LMI et 9 AIMP à l'attribution de mandats de prestations sans transfert de monopole de droit ou de fait. Si l'attribution s'accompagne d'un tel transfert, elle est soumise à ces deux dispositions⁸⁴.

⁷⁷ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 81.

⁷⁸ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 69.

⁷⁹ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 68.

⁸⁰ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 81.

⁸¹ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 71.

⁸² Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 72.

⁸³ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 73 ss.

⁸⁴ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 81.

3.6.6 Autorisations relevant du droit des assurances sociales

Les marchés fermés peuvent également être dus à des autorisations relevant du droit des assurances sociales, si celles-ci sont limitées en quantité et que les fournisseurs en dépendent pour être compétitifs. Celles-ci peuvent être liées à un mandat de prestations, comme c'est par exemple le cas dans le domaine hospitalier.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore penché sur la question de l'application de l'art. 2, al. 7, LMI à des marchés fermés qui résultent d'autorisations relevant du droit des assurances sociales. Ce nonobstant, il convient de relever que de telles conditions d'accès au marché peuvent provoquer des effets d'éviction. L'application de l'art. 2, al. 7, LMI serait de ce fait souhaitable⁸⁵.

En résumé, le Tribunal fédéral n'a jusqu'à présent pas tranché la question de l'application de l'art. 2, al. 7, LMI à l'octroi d'autorisations relevant du droit des assurances sociales⁸⁶.

3.6.7 Bilan sur l'assujettissement des différents instruments

Les chapitres précédents montrent que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur l'applicabilité des art. 2, al. 7, LMI et 9 AIMP pour toutes les catégories de marchés fermés. Une clarification s'impose encore en ce qui concerne les autorisations relevant du droit des assurances sociales, les mandats de prestations et les autorisations contingentées. Les analyses effectuées montrent toutefois que la jurisprudence évolue en direction d'une application plus large de ces dispositions, ce qui paraît judicieux tant sous l'angle de l'état de droit que pour des motifs économiques. Cette tendance est d'ailleurs soutenue de manière générale par la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les marchés publics, et notamment par ses arrêts concernant le recours à des procédures ouvertes pour l'attribution de droits d'usage afin de garantir l'égalité de traitement des concurrents et la neutralité de l'État en matière de concurrence (art. 27 et 94 Cst.).

3.7 Approche du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral ne s'appuie pas sur les catégories du droit administratif économique pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer l'art. 2, al. 7, LMI. Il n'opère pas de distinction par exemple entre une concession d'usage privatif et un mandat de prestations. Il examine directement en l'espèce si les conditions d'application de la disposition sont réunies, sans avoir à déterminer de quelle catégorie le cas relève.

Au cours des dernières années, le Tribunal fédéral a concrétisé et affiné sa jurisprudence relative à l'art. 2, al. 7, LMI. Il a soumis à l'obligation de procéder à un appel d'offres en application de cette disposition tant les campagnes d'affichage que l'autorisation d'exploiter un taxi, l'exploitation commerciale d'une aire d'autoroute, ou encore la gestion d'un théâtre municipal⁸⁷. Il a en cela précisé progressivement et étendu la

⁸⁵ Avis de droit RÜTSCHÉ, n^{os} 79 s.

⁸⁶ Avis de droit RÜTSCHÉ, n^o 8.

⁸⁷ ATF 143 II 598 consid. 4.1.1; arrêt du TF 2C_351/2017 du 12.04.2018. Le Tribunal fédéral a confirmé implicitement l'obligation de procéder à un appel d'offres pour les sauvetages par hélicoptère (arrêt du TF 2C_697/2019 du 21.08.2020, consid. 2.2).

notion de monopole, autrefois sujette à diverses interprétations. Dans le cas du théâtre municipal, en particulier, il s'est éloigné de l'acception traditionnelle de la notion de monopole pour se rapprocher de la conception relayée par la doctrine, à savoir qu'il y a monopole à chaque fois qu'une collectivité publique octroie des droits dont la disponibilité est limitée. Cette jurisprudence n'est pas sans importance en droit administratif économique et contribue à la sécurité du droit. Les autres éléments de la disposition présentés ci-dessus dans le rapport posent rarement des problèmes d'application.

4 Nécessité d'adapter l'art. 2, al. 7, LMI ?

Les analyses effectuées, en particulier sur le fondement de l'avis de droit réalisé par le Prof. Bernhard Rütsche, ont montré que l'art. 2, al. 7, LMI, en relation avec l'art. 9 AIMP, offrait la marge d'appréciation nécessaire pour soumettre l'attribution de tous les types de droits d'accès à des marchés fermés à l'obligation de procéder à un appel d'offres. La jurisprudence du Tribunal fédéral a permis, au cours des dernières années, de clarifier nombre de questions d'interprétation ayant trait à l'art. 2, al. 7, LMI. Elle a notamment rendu plus concrètes les conditions d'application de cette disposition et la notion de monopole qu'elle contient. De nouveaux arrêts du Tribunal fédéral viendront vraisemblablement réduire encore l'incertitude. Ce pourrait être le cas à propos du nouvel art. 9 AIMP, étant à noter que cet accord n'a pas encore été ratifié par tous les cantons. Les conclusions sont les suivantes pour chacune des catégories du droit administratif économique considérées⁸⁸ :

- *Concessions de monopole* : En l'absence de jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'art. 9 AIMP, il n'est pour l'heure pas encore certain que cet article s'applique à l'octroi de concessions de monopole ou de service public que le soumissionnaire exerce dans l'intérêt public, sans qu'une tâche publique lui soit également confiée. Sur le fond, toutefois, l'octroi de droits exclusifs entre dans le champ d'application de l'art. 2, al. 7, LMI.
- *Concessions d'usage privatif* : L'octroi de concessions d'usage privatif est en tous les cas subordonné à l'art. 2, al. 7, LMI. Toutefois, en l'absence de jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 9 AIMP, il n'est pas certain que cette disposition s'applique à l'octroi de concessions d'usage privatif.
- *Autorisations d'usage accru du domaine public* : Contrairement à certains tribunaux cantonaux et à la pratique de la Commission de la concurrence, le Tribunal fédéral n'a pas encore clarifié l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI à l'octroi d'autorisations d'usage accru du domaine public. Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu que pour garantir les principes d'égalité de traitement entre concurrents et de neutralité de l'État en matière de concurrence (art. 27 et 94 Cst.), la collectivité publique devait délivrer de telles autorisations à des fins économiques dans le cadre d'une procédure ouverte.
- *Autorisations contingentées* : Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI aux autorisations contingentées, autrement dit aux autorisations découlant de la politique économique, mais pourrait appliquer les critères développés dans sa pratique.

⁸⁸ Avis de droit RÜTSCHÉ, n° 81.

- *Mandats de prestations* : Si l'attribution d'un mandat de prestations est liée au transfert d'un monopole de droit ou de fait, elle est soumise aussi bien à l'art. 2, al. 7, LMI qu'à l'art. 9 AIMP. Dans les autres cas, en l'absence de jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'art. 9 AIMP, il existe encore certaines incertitudes quant à savoir si l'adjudication de marchés de prestations doit faire l'objet d'un appel d'offres public.
- *Autorisations relevant du droit des assurances sociales* : Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de l'applicabilité de l'art. 2, al. 7, LMI à l'octroi d'autorisations relevant du droit des assurances sociales.

Pour certains droits (autorisations d'usage accru, autorisations contingentées, mandats de prestations sans droits de monopole et autorisations relevant du droit des assurances sociales), le Tribunal fédéral n'a pas confirmé expressément l'obligation de procéder à un appel d'offres en vertu de l'art. 2, al. 7, LMI, mais il ne l'a pas non plus infirmée. Sa jurisprudence porte en général directement sur l'application de l'art. 2, al. 7, LMI. Il ne s'est pas encore prononcé sur l'art. 9 AIMP, dans la mesure où les cantons n'ont mis en œuvre cet accord qu'il y a peu de temps, voire ne l'ont pas encore ratifié pour certains. Il en résulte qu'une certaine incertitude règne quant à la réalisation de l'objectif visé par la motion Caroni 15.3399 à l'origine du postulat, à savoir l'établissement d'une procédure équitable pour l'accès aux marchés fermés.

Le Conseil fédéral se rallie toutefois à l'opinion de l'expert, selon laquelle une révision des art. 2, al. 7, LMI et 9 AIMP n'est pas indiquée à l'heure actuelle. Jusqu'à présent, la jurisprudence du Tribunal fédéral a également soumis l'attribution de droits d'usage dans le cadre d'un monopole de fait (et pas seulement de droit) à l'art. 2, al. 7, LMI.

Le Conseil fédéral estime qu'il est préférable d'observer l'évolution de la jurisprudence relative à l'attribution de droits d'accès aux marchés fermés. L'incertitude juridique qui demeure sur certains points est acceptable à moyen terme, compte tenu des questions déjà résolues. Le Conseil fédéral considère par ailleurs qu'il faut attendre de voir dans quel sens va se développer la pratique relative à l'AIMP récemment révisée avant de pouvoir déterminer s'il existe un éventuel besoin de légiférer. Comme le montrent les analyses effectuées, la jurisprudence va dans le sens d'une application toujours plus étendue des deux dispositions considérées.

Ce développement paraît opportun et souhaitable sous l'angle économique. Du point de vue du Conseil fédéral, toutes les activités économiques devraient tomber sous le coup des deux dispositions. Le critère à prendre en compte pourrait être la possibilité qu'il existe un marché comptant plusieurs offreurs et demandeurs. Il apparaîtrait alors clairement que les tâches publiques pour lesquelles un tel marché existe (p. ex. dans le domaine de la formation ou de la santé) devraient relever du champ d'application desdites dispositions. Celles-ci devraient d'ailleurs s'appliquer également aux activités qui ne sont pas indubitablement liées à l'exercice de la puissance publique et ne peuvent pas être qualifiées sans conteste de tâches souveraines (cf. ch. 3.2.2), par exemple les activités des notaires, avocats commis d'office et experts judiciaires indépendants. Cela permettrait de tenir compte plus efficacement du principe de la liberté économique et de l'ordre économique libéral qui prévaut en Suisse.

Annexe

19.4379

Postulat Commission de l'économie et des redevances CE Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable

Texte du postulat du 18.10.2019

Le Conseil fédéral est chargé d'analyser l'art. 2, al. 7, de la loi fédérale sur le marché intérieur et de présenter différentes possibilités d'amélioration.

Développement

Dans sa réponse à la motion Caroni 15.3399 « Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable », le Conseil fédéral a émis l'avis suivant :

« Le bon fonctionnement du marché intérieur et le caractère non discriminatoire de l'accès au marché revêtent une grande importance pour le Conseil fédéral également. L'art. 2, al. 7, loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) joue un rôle indispensable dans ce contexte, car il oblige les cantons et communes à procéder à un appel d'offres pour transmettre l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées.

Le Conseil fédéral est cependant d'avis, d'après les informations de base actuellement disponibles, qu'il est trop tôt pour qu'une adaptation de la disposition en question fasse l'objet d'un mandat contraignant. Il conviendrait d'abord de dresser un état des lieux détaillé s'agissant de l'art. 2, al. 7, LMI afin de déceler d'éventuels problèmes dans son application. Ce n'est qu'une fois cette analyse effectuée qu'il sera possible d'évaluer de façon sérieuse la nécessité d'améliorer cette disposition. Le Conseil fédéral est disposé à approfondir cette question dans le cadre de la mise en œuvre du postulat Caroni 15.3398, 'Accès aux marchés fermés de la Confédération. Procédure équitable'. »

Dans son rapport relatif au postulat susmentionné, le Conseil fédéral ne s'est toutefois prononcé que sur la situation au niveau fédéral, omettant d'analyser la situation au niveau cantonal et celle du marché intérieur (art. 2, al. 7 LMI).

Le Conseil fédéral a désormais la possibilité de combler cette lacune en répondant au présent postulat. Ce faisant, il peut prendre en considération la jurisprudence qui s'est développée depuis le dépôt de la motion 15.3399 ainsi que la révision en cours de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics. Cela permettra à la CER-E de disposer d'une base de décision concernant la motion 15.3399, déjà adoptée par le Conseil national.