
Le champ d'application du droit des marchés publics

Quelques aspects d'un problème décidément complexe

Jean-Baptiste Zufferey*, Professeur à l'Université de Fribourg,
Directeur de l'Institut du droit de la construction

I. Introduction

Depuis qu'il est en vigueur (plus ou moins 1996), le droit suisse des marchés publics a alimenté de multiples modifications législatives, jurisprudences et productions en doctrine. Le centre de leurs préoccupations semble désormais se déplacer : les questions initiales sur le choix de la procédure, le déroulement de cette dernière, les critères d'évaluation (et leur nécessaire transparence), la procédure de recours ou encore les dommages-intérêts ont largement été abordées, de sorte que les praticiens peuvent plus ou moins anticiper les problèmes d'une mise en soumission et donc gérer les risques juridiques qu'elle génère pour un projet.

Par contre, le droit des marchés publics reste particulièrement obscur sur les questions (pourtant fondamentales) qui ont trait à son champ d'application même : chaque réglementation est difficile à comprendre, leur superposition ajoute encore à l'incertitude, bon nombre d'organisations commerciales ne sont tout simplement pas mentionnées et si elles le sont, c'est en des termes qui ne correspondent pas aux concepts habituels en droit suisse. A cette « *confusio in adjecto* » vient s'ajouter désormais l'inventivité des gestionnaires du secteur public qui élaborent des systèmes afin – ce n'est certes pas leur but premier – d'échapper au droit des marchés publics : *outsourcing*, PPP (*Public Private Partnership*), concessions, administration décentralisée et toutes formes/ degrés de privatisation, poussés en cela qu'ils sont par les impératifs de la globalisation économique, de la concurrence accrue ou encore du *New Public Management*. Trois indices qui confirment ce changement progressif dans les préoccupations prioritaires du droit des marchés publics : l'Association suisse du droit des marchés publics a mis à l'ordre du jour de son assemblée du 23 avril 2008 le thème du « champ d'application personnel du droit des

* Cette contribution est aussi publiée sous une forme raccourcie dans les Mélanges en l'honneur du Prof. Pierre Tercier, 2008 (à paraître).

marchés publics»¹; le panorama de la jurisprudence durant ces deux dernières années que le Prof. Dubey présente dans sa contribution contient plusieurs arrêts qui traitent spécifiquement de ces questions²; à lire la jurisprudence étrangère (en particulier européenne)³, à consulter les publications en droit des marchés publics dans les pays qui nous entourent⁴, on constate que cette préoccupation n'est pas une spécialité suisse.

Les développements qui suivent montrent que le champ d'application du droit des marchés publics est une affaire tout sauf simple. Après quelques réflexions de systématique juridique et quelques rappels de problèmes désormais connus (II), nous aborderons dans un ordre plus ou moins arbitraire les divers raisonnements juridiques que la pratique et ses conseillers élaborent, en distinguant entre les exemptions de l'adjudicateur (III), les exemptions des marchés (IV) et les exemptions au sein des groupes d'entreprises (V). Ces développements appartiennent certes au domaine du droit public; il est cependant frappant de constater combien le droit privé (des contrats) lui est imbriqué.

Ces réflexions pourront avoir une double portée pratique: d'une part, lorsque les législateurs suisses (en particulier les cantons) adoptent ou modifient leur réglementation de transposition (exemple: un Conseil d'Etat entend exempter certaines entités de droit public ou un Grand Conseil adapte sa loi à la suite de l'adhésion du canton à l'Accord intercantonal); d'autre part, à l'occasion de la création d'une nouvelle entité au sein du secteur public (par exemple une centrale d'achat pour plusieurs collectivités ou une société anonyme de services spécialisés) ou encore lors du lancement d'un nouveau projet d'investissement (tel qu'un partenariat dans une société d'exploitation d'un parking collectif).

II. L'ordre juridique suisse en matière de marchés publics

A Les réglementations, leur système et leurs lacunes

Le droit suisse des marchés publics repose sur un faisceau de législation qui est désormais bien connu, mais qui n'en reste pas moins incohérent et d'une

¹ Conférence du Prof. Etienne Poltier.

² Cf. chap. II.A.1.

³ On peut ici recommander au praticien suisse la lecture de la revue mensuelle française « Contrats et marchés publics ».

⁴ Exemple récent en droit allemand: LÄMMERZAHL T., Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, 2007

lisibilité très réduite sur les points qui nous intéressent ici ; quelques illustrations concrètes de ce constat :

1. Le droit fédéral et le droit cantonal ont pour fonction de transposer les dispositions de l'**Accord OMC**⁵ pour tous les marchés qui sont soumis à ce dernier ; pourtant, les correspondances entre ces deux niveaux de réglementation ne sont pas faciles à établir. C'est ainsi que (1) l'on ne retrouve pas en droit cantonal (cf. art. 8 AIMP⁶) la définition ou même ne serait-ce que la notion de l'entreprise publique et du pouvoir public (Accord OMC, Annexe 3, notes de bas de page). (2) Il en va de même pour les clauses d'exemption de l'Annexe 4 relative aux marchés de services, telle que la clause intra-groupe (cf. ci-après chap.V.A). (3) Lorsqu'il s'agit de marchés non assujettis à l'Accord OMC, il n'est pas du tout évident de savoir si les exemptions qu'aménage le droit international (les trois annexes de la Suisse dans l'Appendice I de l'Accord OMC) sont à disposition : on peut encore admettre que non lorsqu'il s'agit de marchés non assujettis en raison de leur valeur réduite, car alors les collectivités suisses dans leur réglementation ont conservé leur liberté de définir le champ d'application du droit des marchés publics ; il est beaucoup plus difficile de dire non pour des marchés importants mais non assujettis à l'Accord OMC en raison du type de prestations sur lesquelles ils portent. En effet, les collectivités sous-centrales n'ont pas eu l'intention d'étendre la réglementation au-delà des engagements de la Suisse ; les exemptions internationales expriment d'ailleurs des principes généraux admis comme des standards en droit des marchés publics.
2. L'entrée en vigueur de l'**Accord bilatéral**⁷ a encore compliqué la situation, car sa portée n'est pas simplement d'étendre l'Accord OMC à d'autres marchés ou d'autres adjudicateurs. On peut l'illustrer avec le problème de la requête d'exemption auprès du Département fédéral compétent⁸ : l'Accord bilatéral ne s'applique pas aux entités privées qui assurent un service public lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services, dans la même aire géographique et à des conditions substantiellement identiques (art. 3 ch. 5). Or, il apparaît que seules les entités nouvellement assujetties à l'Accord bilatéral sont susceptibles d'être exemptées ; l'Accord ne peut ainsi profiter qu'aux entités privées qui assurent un service public

⁵ Accord du 12 avril 1979 relatif aux marchés publics (avec annexes) (Accord OMC ; RS 0.632.231.421).

⁶ Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP ; RO 2003 196).

⁷ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68).

⁸ Cf. l'Ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics (RS 172.056.111).

et non pas aux entités assujetties dès l'origine à l'Accord OMC, à savoir les pouvoirs publics et les entreprises publiques.

3. La concordance est également difficile entre la **Loi sur le marché intérieur**⁹ et le droit cantonal: (1) on a longtemps débattu de la question de savoir si la LMI appréhendait des services autres que ceux du droit des marchés publics; la situation est plus claire depuis la révision de l'Accord intercantonal en 2001, puisque ce dernier ne se réfère plus à la liste CPC qui sert de base aux annexes de l'Accord OMC. (2) De même est-on aujourd'hui d'accord pour dire que la LMI s'applique dès le premier franc de soumission et que ses principes d'ouverture et de non-discrimination ne sont pas réservés aux seuls marchés « de grande importance » (cf. art. 5 al. 1 LMI). (3) Cette formulation de l'art. 5 al. 2 LMI génère une double question: s'agit-il d'un renvoi aux seuils internationaux? et impose-t-il de respecter le formalisme des procédures de soumission? Ces interrogations n'ont plus de véritable portée pratique dès l'instant où le droit cantonal a désormais un champ d'application au moins égal à celui de la LMI. (4) A l'exception de l'octroi des concessions: l'art. 2 a été augmenté d'un al. 7 qui impose une procédure de mise en concurrence pour l'octroi des concessions d'usage exclusif¹⁰; une exigence similaire n'existe que de manière très ponctuelle en droit cantonal¹¹. Les concessions (en particulier de travaux) sont appelées à jouer un rôle accru en droit suisse des marchés publics, car elles sont un instrument utile pour supporter une partie des accords constitutifs des « PPP »; dans certains pays comme en France le droit des marchés publics ne se comprend qu'en commun avec le droit des concessions.
4. Lorsqu'une procédure de soumission est lancée en commun par **plusieurs adjudicateurs**, la question se pose de savoir quel est le droit applicable. Entre cantons, l'art. 8 al. 3 AIMP fournit des éléments de réponse. Il statue en particulier qu'en cas d'organisation commune, c'est le droit en vigueur au siège de cette dernière qui s'applique¹²; cet alinéa n'existait pas dans la version de 1994 de l'Accord intercantonal, ce qui explique sans doute

⁹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

¹⁰ Pour un commentaire, cf. ESSEIVA D., Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR/DC 4/2006 p. 203 ss. Plus généralement sur l'application du droit des marchés publics aux concessions, cf. BELLANGER F. La notion de « marché public », une définition sans concession?, in AUER / FLÜCKIGER / HOTTELIER, Les droits de l'homme et la constitution, Mélanges G. MALINVERNI, 2007, p. 399 ss.

¹¹ Pour un exemple, cf. art. 17 ss de la Loi fribourgeoise du 14 novembre 1996 sur la chasse et la protection des mammifères, des oiseaux sauvages et de leurs biotopes (RSF 922.1).

¹² Pour un commentaire, cf. BOVET C., Nouvelles règles sur les soumissions organisées par des pouvoirs adjudicateurs de cantons différents, BR/DC 4/2002 p. 158.

pourquoi encore récemment le Tribunal administratif genevois a estimé qu'une centrale d'achat n'était pas assujettie au droit des marchés publics¹³. Si la Confédération est partie prenante au projet et qu'elle y joue un rôle prépondérant, l'art. 2c de l'Ordonnance fédérale sur les marchés publics¹⁴ impose l'application du droit fédéral et il n'est pas possible d'y déroger par convention¹⁵.

Dans cet environnement juridiquement difficile pour ne pas dire frustrant, il est non seulement possible mais encore très nécessaire de se référer au **droit européen**; ce dernier a en effet très largement inspiré les concepteurs de l'Accord OMC¹⁶. Cet apport sera double: d'une part, le droit européen contient pratiquement les mêmes clauses d'exemption que les annexes de l'Accord OMC et il est donc possible d'exploiter à leur égard les nombreux travaux législatifs européens; ce sera le cas par exemple pour la clause intra-groupe (cf. ci-après chap.VA). D'autre part, la Cour de justice est souvent la seule qui fournisse des jurisprudences sur la façon d'interpréter et d'appliquer ces clauses d'exemption (ainsi à propos des marchés in-house; ci-après chap.VB).

B La méthode d'analyse d'un cas concret

En 2002, nous avons proposé une méthode d'analyse afin de ne manquer dans chaque cas concret aucun des éléments qui sont susceptibles d'influer sur le champ d'application du droit des marchés publics¹⁷.

Pro memoria, il s'agit d'abord de vérifier si la loi topique s'applique :

1. S'agit-il véritablement d'un **marché**? Vu la complexité des organisations commerciales modernes – en particulier lorsqu'il s'agit de partenariat – il n'est pas toujours évident de constater que l'entité susceptible d'être un pouvoir adjudicateur « acquiert » effectivement des fournitures, des services ou des travaux; en cas de concession en particulier, le concédant met à disposition des droits exclusifs ou le domaine public, à charge pour le concessionnaire de fournir des prestations à des tiers usager (cf. ci-dessus lit. A). On examinera également à ce stade la question de savoir si la prestation acquise l'est ou non gratuitement (ci-après chap. IV.B).

¹³ Arrêt du 24 avril 2007, affaire ATA 191/2007. Pour une critique convaincante de cet arrêt, cf. la note du Prof. François Bellanger, SJ 2008 I p. 42 ss.

¹⁴ Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11).

¹⁵ «Affaire de Cornavin»: décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 4 mars 2003, JAAC 67.66.

¹⁶ Dans ce sens expressément par exemple le TAVD (BR/DC 4/2001 p. 160 N° S48); ég. SCHERLER S., Prinzipien und Rechtsschutz in vergabenahen Bereichen, colloque Marchés publics 2006, supplément BR/DC 2006 p. 41.

¹⁷ Cf. ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 31 ss.

2. Quelle est la loi applicable au marché concerné «**ratione loci**»? C'est ici que viennent se placer en particulier les problèmes que posent les centrales d'achat (ci-dessus lit. A).
3. La loi est-elle en vigueur au **moment** de l'adjudication? La question se pose aujourd'hui encore puisqu'elle change régulièrement. Il faut suggérer d'anticiper ce problème dans la configuration des contrats (cf. ci-après chap. IV.B).
4. A rappeler enfin qu'un adjudicateur peut décider d'assujettir **spontanément** la procédure qu'il gère à une réglementation (par exemple aux dispositions de la procédure sur invitation alors qu'une procédure de gré à gré serait possible en vertu de la faible valeur du marché considéré). Il faut alors se demander si la voie de recours prévue par la loi est aussi ouverte et s'il y a saisine contraignante de la juridiction administrative concernée; en règle générale, le droit public affirme qu'on ne peut pas créer par contrat ou par décision administrative une compétence que le législateur n'a pas prévue¹⁸. On rejoint ici le problème du droit ou non à une protection juridique en dessous des seuils que la loi concernée mentionne pour son application; la jurisprudence allemande a très récemment mis fin à une longue controverse en répondant par la négative à cette question¹⁹.

Une fois que la loi est à coup sûr applicable et qu'elle déterminée, ce sont les quatre questions plus classiques qui se posent :

1. S'agit-il d'un **pouvoir adjudicateur** au sens de cette loi? C'est ce que l'on pourrait appeler le champ d'application personnelle de la loi. Plusieurs exemptions se rattachent spécifiquement à cet élément (ci-après chap. III).
2. Dite loi appréhende-t-elle le **type de marché** concerné *in casu*? Il existe des marchés non (encore) assujettis, et cela même sous l'égide de l'Accord intercantonal et de la Loi sur le marché intérieur qui ne font plus référence à la liste CPC. Ensuite, il faut parfois analyser très finement s'il s'agit d'un marché de fournitures, de services ou de travaux, compte tenu de l'impact de cette question sur le choix de la valeur seuil; la délimitation peut être compliquée en cas de prestation mixte.

¹⁸ Cf. p. ex. RFJ 2004 p. 121 ss: recours au TA FR irrecevable contre le refus d'entrer en matière de la Commission de conciliation pour l'égalité hommes femmes.

¹⁹ Cf. KROHN W., Ende des Rechtswegwirrwarra: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2007 p. 493 ss.

3. Les **seuils** à partir desquels une mise en concurrence sont-ils franchis? Un rappel essentiel pour la compréhension du système: les seuils des marchés fédéraux et des marchés soumis à l'Accord OMC se calculent sur l'ensemble des prestations (avec ensuite l'échappatoire de la clause de minimis), tandis que les seuils des marchés cantonaux ou communaux soumis uniquement à l'Accord intercantonal se calculent pour chaque « contrat » individuellement.
4. Au surplus, les législations citent des cas où très **exceptionnellement** les marchés qui pourtant remplissent toutes les conditions énumérées jusqu'ici, ne sont pas assujettis à la loi considérée. On citera ici les marchés des organisations internationales sur territoire suisse (ainsi à Genève); ils obéissent à leurs propres règles, qui ne sont pas moins contraignantes mais sur des points parfois surprenants.

Ce n'est qu'une fois ces étapes du raisonnement franchies que l'on pourra examiner si le projet en question pourra être mis au bénéfice d'un cas de gré à gré (au sens de l'art. XV Accord OMC). L'analyse confirmera que le juriste doit ici souvent décevoir les espoirs – pour ne pas dire les convictions – des promoteurs du projet (ci-après chap. IV.A).

III. Les exemptions de l'adjudicateur

A L'activité de l'adjudicateur

A parcourir l'Accord OMC, on constate qu'il fournit les possibilités d'exemptions suivantes, en fonction de l'activité que l'adjudicateur concerné déploie:

1. Les marchés passés à **des fins autres que la poursuite des activités à l'origine de l'assujettissement**. Cette exemption n'existe cependant que pour les marchés de services dans les « secteurs » EETT (eau, énergie, transport et télécommunication; cf. Accord OMC Annexe 3, ch. 1 des notes).
2. Le même chiffre de ces notes exempte les marchés qui portent sur des prestations **exécutées à l'étranger**. La question est débattue de savoir si cette exemption pourrait profiter également aux marchés de service en général.
3. Une requête d'exemption peut être déposée par l'adjudicateur lorsqu'il est une entité privée et se trouve **en situation de concurrence** (cf. ci-dessus chap. B à propos de l'Accord bilatéral). A ce jour, une telle requête n'est possible que pour les marchés des secteurs et le texte de l'Accord bilatéral est trop clair pour qu'une extension aux autres marchés de service ne soit

possible (principe de la légalité); la révision en cours du droit fédéral des marchés publics envisage cependant de l'étendre à toutes les situations où une concurrence suffisante prévaut dans le secteur concerné.

4. La satisfaction **des besoins propres de l'adjudicateur**. L'Accord OMC n'aménage cette exemption que pour les marchés des secteurs (Annexe 3, ch. 4 des notes). Ensuite, elle ne vaut que pour les marchés qui servent à couvrir la propre consommation de l'adjudicateur et à la condition qu'il ne livre pas plus de 30% de sa production à des tiers. En conséquence, cette exemption n'est pas à disposition de toutes les entités actionnaires d'un pouvoir adjudicateur qui voudraient lui passer des commandes de gré à gré.

B L'adjudication à un adjudicateur

1. Les notions

Le ch. 1 des notes à l'Annexe 4 de l'Accord OMC exempte les marchés de services – quels qu'ils soient – attribués à une entité qui peut être considérée elle-même comme adjudicatrice au sens des annexes de l'Accord sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées. Il n'est pas nécessaire que l'entité adjudicataire procède elle-même effectivement à des adjudications (marchés en aval) – ils seraient alors soumis au droit des marchés publics – ce qui intéresse les adjudicateurs, c'est de pouvoir procéder avec elle de gré à gré. La première condition pour que cette possibilité soit à disposition est que l'adjudicataire soit une entreprise publique ou un pouvoir public. En second lieu, la réglementation doit attribuer un **droit exclusif** à l'adjudicataire; cette condition est cumulative²⁰. Les cantons rechignent à attribuer de tels droits – c'est en principe là une compétence du Conseil d'Etat – car s'ils établissent des entités publiques indépendantes, c'est très souvent pour dynamiser tel ou tel service en le soumettant aux effets de la concurrence. Au niveau fédéral, on trouve des législations qui instaurent des organisations officielles et leur confient l'exclusivité sur un service donné; ainsi l'art. 9 de la Loi fédérale sur

²⁰ A cet égard, les jurisprudences qui se contentent d'examiner la présence d'un adjudicataire public sont incompréhensibles. Ainsi l'arrêt du TA VD du 2 août 2005, affaire GE.2004.0118; il rejoint en cela des jurisprudences plus anciennes dans lesquelles le même tribunal examinait l'existence d'un contrat de droit administratif de collaboration entre deux organismes étatiques (cf. p. ex. l'arrêt résumé in BR/DC 2/2000 p. 62 N° S29; pour un commentaire et d'autres références, POLTIER E., Les marchés publics: premières expériences vaudoises, RDAF 2000 I p. 311 ss).

la poste²¹ (services libres) ou l'art. 3 de la Loi fédérale sur les CFF²² (sociétés liées au but de l'entreprise)²³.

Les notes de bas de page de l'Annexe 3 à l'Accord OMC définissent ce qu'est une « entreprise publique »; on attribue à cette définition une portée générale pour tout le droit des marchés publics. Il s'agit de toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui les régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise: (1) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou (2) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou (3) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Selon les mêmes notes de l'Annexe 3 à l'Accord OMC, un « pouvoir public » n'existe qu'à trois conditions (cumulatives)²⁴; elles s'appliquent aussi aux organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel (Annexe 2 de l'Accord OMC)²⁵:

1. La personnalité juridique. En droit public suisse, c'est en général la législation à la base de l'entité concernée qui détermine si oui ou non cette condition est remplie.
2. L'organisme concerné a été créé spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Ce sera l'objet de l'analyse au paragraphe qui suit (ch. 2).
3. Une dépendance étroite envers la collectivité, soit alternativement: (1) l'activité de l'organisme est financée majoritairement par la collectivité publique. On rejoint le critère des 50% de subvention que mentionne par exemple l'art. 8 al. 2 let. c AIMP. Il faut ici additionner l'ensemble des aides financières de l'Etat que l'entité reçoit sans contreprestation spécifique, en se fondant sur le budget disponible pour l'année du marché concerné²⁶. Ces aides peuvent être des plus diverses et concerner tant

²¹ Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la Poste (LPO; RS 783.0).

²² Loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (LCFF; RS 742.31).

²³ Cf. SCHERLER S., In-House-Vergaben in der Schweiz, BR/DC 2/2005 p. 67.

²⁴ Pour une présentation très fouillée du champ d'application du droit des marchés publics aux organismes de droit public, cf. CLERC E., in TERCIER / BOVET, Droit suisse de la concurrence, 2002, ad art. 5 LMI, N° 65 ss.

²⁵ L'art. 8 al. 1 lit. a AIMP utilise à leur sujet le terme impropre de « collectivités » pour traduire le terme exact de « *Einrichtungen* ».

²⁶ Cf. affaire *The Queen et H.M. Treasury c/The University of Cambridge*, C-380/98, Recueil 2000 p. I-8035.

l'entité elle-même (apports de l'Etat en nature, avantages fiscaux) que ses projets individuels (participations d'investissement aux coûts des travaux, garanties et crédits hypothécaires, aides à l'exploitation). (2) La gestion de l'entité est soumise à un contrôle par la collectivité²⁷. On examinera ici les organes de surveillance que la réglementation a prévus. (3) Au sein de l'entité, son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par la collectivité publique.

2. Le besoin d'intérêt général

Trois éléments peuvent guider l'analyse²⁸ :

1. La notion d'intérêt général exige une activité qui bénéficie directement à la société dans son intérêt collectif, par opposition à l'intérêt propre et exclusif d'un individu ou d'un groupement de personnes. Un arrêt de la Cour de justice admet par exemple qu'une société d'habitation à loyer modéré poursuit un but d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial²⁹.
2. La précision selon laquelle l'organisme doit être créé « spécifiquement » pour satisfaire un besoin d'intérêt général ne signifie pas « exclusivement ». Seul est déterminant le but pour lequel l'organisme a été créé : il doit pouvoir rattacher son existence à la poursuite de l'objectif d'intérêt général ; le caractère particulier de sa mission justifie que l'ensemble des marchés qu'il passe soit soumis à la réglementation sur les marchés publics.
3. Au sein des besoins d'intérêt général, la délimitation entre ceux qui ont un caractère commercial ou industriel et les autres besoins repose sur un faisceau d'indices : (1) une activité industrielle ou commerciale (de production, de distribution ou de services) vise un but lucratif et a des exigences de rentabilité. (2) Les autres activités échappent, tout au moins en partie, à la logique du marché ; l'Etat choisit de les satisfaire lui-même par l'intermédiaire de son organisme pour des raisons liées à l'intérêt général ou encore parce qu'il entend conserver une influence déterminante ; l'Etat peut alors être amené à subir des pertes financières afin de poursuivre une certaine politique d'acquisition. (3) Le fait que l'activité en question soit soumise au jeu de la concurrence ou puisse l'être ne suffit

²⁷ Sur ce seuil d'exigence, cf. l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, Affaire Commission c/France, C-237/99, Recueil 2001 p. I-939.

²⁸ Cf. VALADOU P., La notion de pouvoir adjudicateur en matière de marchés de travaux, L'entreprise 1991/3 p. 33 ss.

²⁹ Affaire Commission c/France, C-237/99, Recueil 2001 p. I-939.

pas encore à admettre son caractère industriel ou commercial, mais il est un indice dans ce sens³⁰.

IV. Les exemptions des marchés

A se focaliser sur les marchés que passe l'adjudicateur concerné, on peut songer à mettre en œuvre deux types d'exemption à l'obligation de passer par des procédures de soumission.

A Les cas de gré à gré

Les adjudicateurs peuvent premièrement adjuger leurs marchés de gré à gré à l'entité qu'ils ont créées et dont ils entendent éviter l'assujettissement. Les cas de gré à gré sont énumérés dans toutes les réglementations fédérale et cantonales; c'est à l'art. XV Accord OMC qu'on en trouve la formulation la plus explicite.

Une analyse sérieuse *in casu* démontre cependant qu'en général l'appréciation est négative: il est inutile de plaider l'existence d'un cas de gré à gré, voire juridiquement dangereux compte tenu du fait qu'il y aurait alors pour les entités concernées l'obligation de rédiger un rapport justificatif et de publier l'adjudication. Plus concrètement:

1. D'emblée, il n'est pas utile de vérifier où en sont **les seuils** à concurrence desquels une adjudication de gré à gré est encore possible. Ils sont toujours trop bas pour que cette solution soit intéressante en pratique. A rappeler ici qu'il existe un certain nombre de « subtilités » sur la façon de calculer ces seuils dans chaque cas concret (marchés sans montant fixé à l'avance, avec des paiements en nature ou des contre-affaires, à option ou connexes, interdiction de subdiviser intentionnellement les marchés).
2. De même faut-il immédiatement écarter l'argument de **l'urgence**, compte tenu de l'extrême retenue que la jurisprudence manifeste à son égard³¹. En particulier, il ne pourrait valoir que dans des circonstances vraiment imprévisibles.
3. En règle générale, il ne pourra pas s'agir d'un cas de **marché complémentaire**, par rapport à un marché initial qui aurait déjà été adjugé en

³⁰ Parmi d'autres arrêts européens, cf. affaire Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV, C-360/96, Recueil 1998 p. I-6821 ch. 40 ss.

³¹ Pour un résumé de cette jurisprudence, cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 92 ss.

procédure ouverte ou sélective. Cette idée se retrouvera cependant dans la reconduction des contrats de durée indéterminée (ci-après ch. II).

4. Sauf s'il s'agit d'un marché de fourniture (« achat de biens »), il ne sera pas possible d'appliquer les clauses d'exemption pour les biens **nouveaux**, les biens **acquis sur un marché de produits de base** ou les biens dont le **prix est inférieur aux prix usuels**.
5. Dès lors, seules deux hypothèses d'adjudication de gré à gré ne sont pas d'emblée exclues : (1) **l'absence de concurrence pour des raisons techniques**. Fréquemment cependant, l'Etat crée une entité spécialisée justement afin de la soumettre au jeu de la concurrence industrielle ou commerciale et de lui permettre à elle aussi de soumissionner ; en outre, les prestations de cette entité ne sont souvent pas suffisamment spécifiques pour qu'à l'issue d'un contrat un adjudicateur client ne puisse pas changer de prestataire sans frais et risques excessifs. A rappeler dans ce contexte que l'adjudicateur ne pourra pas conclure un contrat d'achat d'un terrain – ce n'est pas un acte soumis au droit des marchés publics – s'il est assorti d'une clause d'entrepreneur ou d'architecte, sans que celle-ci n'équivaille à une adjudication de gré à gré d'un marché de construction ou de service à l'entité vendeuse. (2) **Le développement d'un service nouveau** ; l'adjudication d'un mandat de recherche et développement est possible de gré à gré, mais le marché ultérieur de mise en œuvre – c'est lui qui est rémunérateur – doit tout de même faire l'objet d'une mise en soumission³².

B La configuration des contrats

Tout marché se matérialise par un contrat subséquent. La configuration de ce dernier suggère deux « pistes » dans l'optique d'une exemption.

Premièrement, seuls les contrats conclus à **titre onéreux** sont des « marchés » (publics)³³. Il ne sera pas possible d'échapper à ce régime en remplaçant contractuellement la rémunération en espèces par d'autres formes d'avantages, que ce soit des prestations en nature (par exemple des droits de superficie) ou des prestations financières (par exemple des garanties financières de l'Etat). Le droit des marchés publics adopte en effet une approche économique et assimile toute forme de rémunération. Il n'y aura par contre pas de marché

³² Cf. CLERC E. Innovation et marchés publics : propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in MICHEL / ZÄCH (édit.), *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen*, 1998, p. 83 ss.

³³ Cf. ATF 125 I 209 (marché de l'affichage).

public si l'adjudicataire fournit sa prestation gratuitement; en cas de litige avec un tiers qui voudrait soumissionner, c'est a priori l'adjudicateur et l'adjudicataire qui auront le fardeau de la preuve de cette gratuité, car elle paraît contraire à la logique commerciale qui prévaut en général lorsque l'Etat crée une personne morale indépendante.

Secondement, l'adjudicateur et l'adjudicataire pourront opposer de deux manières au tiers plaignant ou recourant le fait que les **adjudications auront déjà été décidées**:

1. Un marché de durée indéterminée adjudgé même de gré à gré avant la date d'entrée en vigueur (ou de révision) de la réglementation sur les marchés publics n'y est pas assujéti. En effet: (1) Même s'il y a controverse sur ce point, on peut affirmer que le droit des marchés publics en vigueur ne génère aucune obligation de résilier les contrats déjà passés³⁴. (2) En se fondant sur le régime applicable aux contrats de durée en droit privé, il faut considérer qu'un contrat de durée indéterminée, lorsqu'il se renouvelle, reste le même contrat que celui qui a été conclu initialement. (3) Le droit des marchés publics ne concerne que la procédure d'adjudication et non pas l'exécution des contrats subséquents. Il suffit donc que dite adjudication se soit déroulée de manière correcte, en particulier que l'adjudicateur n'ait pas tenté de précipiter sa décision avant l'entrée en vigueur de la loi et que la durée indéterminée du contrat fasse partie de sa décision.
2. Une telle immunité ne vaudra par contre pas pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur du droit des marchés publics. En effet: (1) ce droit exige implicitement désormais que les contrats soient de durée limitée et permettent une mise en concurrence périodique; il s'oppose en effet à ce que la position d'un adjudicataire lui soit garantie pendant des années³⁵. (2) Le droit de la concurrence combat l'abus de position dominante. C'est dans ce sens que la Commission fédérale de la concurrence a recommandé de procéder désormais par des contrats de durée limitée³⁶.

³⁴ Pour un arrêt de la Commission fédérale de recours sur cette question, cf. JAAC 65.41, en particulier le cons. 3.c.aa. Pour un arrêt cantonal qui semble adopter une autre conception, cf. l'arrêt du TA VD du 2 août 2005, affaire GE.2004.0118.

³⁵ Cf. arrêt du TA AG du 29 juin 1999, BR/DC 4/2000 p. 128 N° S41 et la note de ESSEIVA D.; ég. le commentaire de STÖCKLI H., BR/DC 2/2002 p. 69 N° S2 et ses références à la jurisprudence zurichoise.

³⁶ DPC 2/99 p. 268 ss (Les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure).

V. Les exemptions au sein des groupes d'entreprises

A concevoir l'Etat et ses entités comme un «groupe» d'entreprises, on peut envisager deux types d'exemption.

A La clause intra-groupe

Le ch. 2 de l'Annexe 4 à l'Accord OMC contient l'affirmation suivante :

[Le présent accord ne s'applique pas] « aux marchés de services qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée ou passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens de l'Annexe 3, auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices, pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services proviennent de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Lorsque le même service ou des services similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total résultant de la fourniture de services par ces entreprises.»

A consulter les sources qui commentent cette exemption en droit européen (et des Etats membres)³⁷, elle vise quatre types de marchés : (1) ceux passés par des coentreprises (entreprises parties à un contrat de joint venture) ; à bien lire le texte légal (et ses traductions), la coentreprise doit avoir été constituée afin de mener une activité dans les secteurs. (2) Les marchés passés avec des entreprises liées par leur consolidation comptable ; il faut ici que les actifs et passifs de l'entité adjudicatrice apparaissent dans le bilan de(s) adjudicateur(s), ne serait-ce que selon la méthode proportionnelle. (3) Les marchés passés avec des sociétés filles qui possèdent une direction unique avec leur mère. (4) Les marchés passés avec une société **sous influence dominante** ; cette dernière hypothèse vaut généralement pour les sociétés de services au sein des groupes (exemples : trésorerie, comptabilité, informatique). Comme déjà affirmé à propos des « entreprises publiques » (ci-dessus chap. C.II.1), il faut dans cette quatrième hypothèse que l'adjudicateur détienne la majorité du capital de l'entreprise dominée, ou des voix, ou encore puisse désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration. Il faut ensuite vérifier si l'adjudicateur réalise bel et bien au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen

³⁷ Cf. en particulier COM[90] 372 final du 6 décembre 1990 et COM[91] 347 final du 6 novembre 1991 ; COM[2000] 276 final du 31 août 2000 et Communication de la Commission, SEC/2003/0365 final. Eg. BOESEN A., Commentaire de la loi allemande sur la concurrence déloyale, 2000, ad § 100, p. 252 ss ; IMMENGA / MESTMÄCKER, Commentaire de la même loi, ad § 100, 3^{ème} éd., 2001, p. 2437 ss ; ARROWSMITH S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2001, p. 438 ss (nouvelle édition en 2005).

sur les trois dernières années à travers les contrats avec ses clients-actionnaires. La législation exige de ne tenir compte que du volume des services de même nature.

B Les marchés «in-house»

Le droit des marchés publics n'est applicable que si un véritable marché doit être passé. Or, tel n'est pas le cas lorsque l'adjudicateur fait exécuter ce marché par ses propres services, de même qu'en cas de délégation de tâches publiques internes à l'administration. La situation est similaire lorsqu'il n'y a pas vraiment de délégation interne à l'administration parce que l'adjudicataire a une personnalité juridique propre, **mais qu'il est en lien spécial et très étroit avec l'adjudicateur**. La doctrine envisage alors une possibilité d'exemption sur la base de la notion de marché «*in-house*»³⁸.

La jurisprudence suisse n'a pas eu réellement l'occasion de se prononcer³⁹. Par contre, il existe dans ce domaine plusieurs arrêts de la Cour de justice, dont on peut retirer les éléments suivants; ils valent pour tous les types de marché⁴⁰:

1. La première condition pour qu'il s'agisse d'un marché *in-house* est que l'adjudicateur détienne entièrement l'adjudicataire; une participation même minoritaire d'actionnaires privés suffit à entraîner l'application du droit des marchés publics et les sociétés d'économie mixte ne peuvent pas bénéficier des marchés *in-house*. La jurisprudence européenne est récemment clairement devenue plus exigeante sur cette condition.
2. L'activité essentielle de l'adjudicataire doit ensuite s'exercer au profit de l'adjudicateur. Il faut ici se fonder sur l'activité globale de l'entité *in-house*. De cette activité, entre 51 et 100% doivent être pour l'adjudicateur, et

³⁸ Cf. en particulier CLERC E., Commentaire romand, ad art. 5 LMI, N° 58; ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, op. cit., p. 66 s. En droit allemand, cf. PAPE / HOLZ, Die Voraussetzungen vergabefreier In-House-Geschäfte, NJW 2005 p. 2264 ss.

³⁹ Cf. cependant l'arrêt du TA VD in RDAF 2000 I p. 23 ss à propos d'une adjudication à une collectivité publique d'un marché de ramassage des ordures ménagères; é.g. l'arrêt zurichois cité en note 36 ci-après (livraison de cercueils).

⁴⁰ Cf. pour les plus récents l'arrêt Teckal, CJCE 18.11.1999, aff. C-107/98, Rec. p. I-8121; l'arrêt Trea, CJCE 11.1.2005, www.curia.eu.int.; l'arrêt Carbotermo, CJCE 11.5.2006, aff. C-340/04, revue Contrats et marchés publics, juillet 2006, p. 14 ss. Ces arrêts font régulièrement l'objet de commentaires dans les doctrines étrangères, en particulier française et allemande; ils inspirent en outre des arrêts dans ces droits nationaux (exemple récent: arrêt du Conseil d'Etat français du 6 avril 2007 à propos de l'Association pour le festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, revue Contrats et marchés publics, juin 2007, p. 25 ss). Pour une présentation en doctrine suisse, cf. ZUFFEREY / LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, BR/DC 2/2006 p. 99 ss.

cela même si ce sont des usagers tiers qui en assument indirectement la rémunération. Au-delà de cette fourchette, la question devient controversée, mais de manière générale la jurisprudence entend demeurer très exigeante et impose à l'adjudicateur la preuve qu'il destine pratiquement les prestations de l'adjudicataire à ses seuls besoins ; une partie de la doctrine précitée propose d'appliquer à cet effet le seuil de 80% de la clause intra-groupe.

3. La dernière condition cumulative est que l'adjudicateur exerce sur l'adjudicataire un contrôle qui soit analogue à celui qu'il exercerait sur ses propres services, que ce contrôle lui permette de donner des ordres à l'adjudicataire et que ce dernier soit obligé de les exécuter⁴¹. Trois voies de contrôle sont utilisées en pratique et souvent de manière combinée pour former un « faisceau de contrôle » : (1) l'actionnariat (droit de vote) de l'adjudicateur doit lui permettre de dicter sa conduite à l'adjudicataire⁴² ; on tiendra compte ici d'éventuelles conventions d'actionnaires. (2) Un actionnariat même majoritaire n'est pas à lui seul suffisant pour garantir à l'adjudicateur un contrôle sur l'adjudicataire analogue à celui qu'il aurait sur ses propres services. Il faut en plus dominer le conseil d'administration de l'entité in-house afin de pouvoir exercer sur elle un contrôle opérationnel. (3) Enfin, des accords contractuels pourront exister entre le(s) adjudicateur(s) actionnaire(s) et l'adjudicataire, qui aménageront pour ce dernier des obligations « d'obéissance ».

Ce panorama rappelle que trois principes du droit des marchés publics organisent le rapport entre les contrats et la concurrence :

1. Une mise en soumission n'est pas nécessaire si l'adjudicateur est assujetti aux effets de la concurrence. Cet environnement de rentabilité le contraint alors naturellement à utiliser de manière parcimonieuse les deniers publics (cf. art. 1 al. 3 lit. d AIMP).

⁴¹ Cf. à ce sujet l'arrêt du TA ZH du 5 avril 2006, VB 2006.00145, cité par SCHNEIDER HEUSI / JOST, Public Private Partnership – wenn der Staat und Private kooperieren, colloque Marchés publics 06, supplément BR/DC 2006 p. 29.

⁴² La question du contrôle exercé sur une entité détenue par plusieurs adjudicateurs a été au centre de l'arrêt Teckal précité de la Cour de justice. Il s'agissait d'un marché passé par une commune italienne à un groupement de 45 communes, dans lequel elle ne détenait que 0,9% des droits de participation à l'assemblée générale. La Cour ne s'est finalement pas prononcée sur cette question. Dans ses conclusions du 1^{er} juillet 1999, l'avocat général a cependant mis en doute le fait que la commune adjudicatrice ait été en mesure d'exercer sur le groupement adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'elle exerçait sur ses propres services. Certains auteurs sont d'un avis contraire et considèrent que l'appréciation doit prendre en compte l'actionnariat de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs (ainsi PAPE / HOLZ, op. cit., p. 2265).

2. Il serait illogique de soumettre à concurrence des marchés passés avec une entité établie au sein d'un même groupe économique justement afin de servir les intérêts de ceux qui l'ont constituée.
3. En toutes circonstances, l'approche économique aura la priorité sur le formalisme juridique et exigera d'assimiler toutes les constructions juridiques qui poursuivront un même objectif économique.

Au moment où le droit fédéral des marchés publics est en révision, il faut souhaiter que les législateurs compétents appliquent ces principes et transposent plus clairement les clauses d'exemption que le droit international aménage.

