Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Expertise

du 21 octobre 2019

dans le sens de

l'art. 10, al. 1 LMI concernant l'

admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics

(622-00004)

à l'intention

de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp)

Composition

Andreas Heinemann (président, présidence),
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (vice-président(e)),
Nicolas Diebold, Winand Emons, Clémence Grisel Rapin, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi,
Isabel Martínez, Martin Rufer, Henrique Schneider

Ce document est une traduction de l'expertise de la COMCO rédigée en langue originale allemande. La traduction a été faite par la DTAP/AiMp.

Table des matières

1 Contexte 3

1.1 Demande d'expertise par l'AiMp 3
1.2 Aspects formels 3
1.3 Le principe du lieu d'exécution dans le droit révisé des marchés public de la Confédération 4

2 Question 1: introduction alternative du principe du lieu d'exécution dans l'AIMP révisé? 5

2.1 Rapport entre la LMI et l'AIMP 5
2.2 Exigences de la LMI à l'égard du droit cantonal des marchés publics 7
2.3 Principe du lieu de provenance selon la LMI 7
2.3.1 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – genèse 8
2.3.2 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – doctrine 9
2.3.3 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – jurisprudence 10
2.4 Conclusion et réponse à la question 1 11

3 Question 2: principe du lieu d'exécution selon la LMP rév.et question de la divergence par rapport à la LMI? 12

3.1 Relation entre l'art. 12, al. 1 LMP rév. et la LMI 12
3.1.1 Art. 12, al. 1 LMP rév. 12
3.1.2 Conclusion et réponse à la question 2, première question partielle 14
3.2 D'autres normes fédérales offrent-elles des bases pour le principe du lieu d'exécution? 14
3.2.1 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail 14
3.2.2 Autres normes fédérales 15
3.2.3 Conclusion et réponse à la question 2, deuxième question partielle 16

4 Question 3: formulation prévue dans l'AIMP révisé 16

5 Conclusions 16

1 Contexte

1.1 Demande d'expertise par l'AiMp

1. Dans un courrier du 27 septembre 2019, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a demandé une expertise succincte de la Commission de la concurrence (COMCO) au sujet de l'admissibilité du principe du lieu d'exécution concernant les dispositions en matière de protection des travailleurs et les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics.

2. L'AiMp explique qu'après la révision du droit des marchés publics de la Confédération, il appartient à présent aux cantons de réviser l'Accord intercantonal sur les marchés publics[1] (AIMP), rapidement et en conséquence. Le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons doit être autant que possible harmonisé.

3. Dans cette affaire, l'AiMp signale qu'au niveau fédéral, le Parlement s'est prononcé en faveur du principe du lieu d'exécution à l'art. 12, al. 1 de la loi fédérale révisée sur les marchés publics[2] (LMP rév.) en ce qui concerne les prescriptions en matière de travail sur le marché intérieur, contrairement au projet du Conseil fédéral. Une introduction éventuelle du principe du lieu d'exécution dans le droit des marchés publics des cantons pourrait être en contradiction avec la loi fédérale sur le marché intérieur[3] (loi sur le marché intérieur, LMI), qui consacre le principe du lieu de provenance au niveau cantonal.

4. Un canton vient d'exprimer le souhait de faire également valoir, dans la mesure du possible, le principe du lieu d'exécution à la place du principe du lieu de provenance dans l'AIMP. Malgré certaines réserves juridiques, l'AiMp s'est déclarée disposée à examiner ce point. C'est pourquoi il a été demandé à la COMCO de répondre aux questions suivantes:

1. Dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP ou dans la législation cantonale d'exécution, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons et communes ?
2. Quel rapport entretiennent le principe du lieu d'exécution prévu à l'art. 12, al. 1 LMP et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI? Cette loi ou un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manœuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?
3. Si la réponse à la deuxième partie de la question 2 est positive, la formulation prévue dans l'AIMP révisé couvrirait-elle l'application alternative du principe du lieu d'exécution?

5. Etant donné que les derniers ajustements et le vote final sur l'AIMP révisé sont déjà prévus le 15 novembre 2019, il serait extrêmement important pour l'AiMp que la demande d'expertise succincte soit traitée en priorité.

1.2 Aspects formels

6. La COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi sur le marché intérieur (art. 8, al. 1 LMI). La surveillance de l'exécution de la loi sur le marché intérieur incombe par conséquent

---

[1] Accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.5).

[2] Loi fédérale révisée du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP rév.); expiration du délai référendaire: 10 octobre 2019.

[3] Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02).

à la COMCO[4]. En tant qu'autorité de surveillance de la loi sur le marché intérieur, il appartient notamment à la COMCO de se prononcer sur les questions d'application de la loi sur le marché intérieur.

7. Selon l'art. 10, al. 1 LMI, la Commission de la concurrence peut établir des expertises sur l'application de la présente loi à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonales et communales ainsi que des autorités judiciaires. Les questions posées par l'AiMp sont des questions de droit concrètes portant sur l'application de la loi sur le marché intérieur.

8. La demande d'expertise émane de l'AiMp, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics. L'AiMp est constituée des membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement représentant les cantons parties à l'AIMP (DTAP; cf. art. 4, al. 1 AIMP). Sous réserve de l'approbation des cantons impliqués, l'AiMp est compétente pour modifier l'AIMP (art. 4, al. 2, let. a AIMP). Dans ce contexte, il est justifié de traiter la demande de l'AiMp comme une demande d'expertise émanant d'autorités administratives cantonales. La COMCO est donc compétente pour répondre aux questions posées sous la forme d'une expertise selon l'art. 10, al. 1 LMI.

1.3 Le principe du lieu d'exécution dans le droit révisé des marchés public de la Confédération

9. Le 21 juin 2019, le Parlement fédéral a adopté la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (cf. note de bas de page 2). La question était également de savoir quelles prescriptions en matière de travail devaient s'appliquer sur le plan local en cas de différences régionales. Il est possible de se référer soit aux prescriptions en matière de travail du siège ou du lieu d'établissement des soumissionnaires (principe dit du lieu de provenance), soit à celles du lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution[5]).

10. Dans le projet du Conseil fédéral relatif à la révision du droit des marchés publics, il était prévu d'abroger le principe du lieu d'exécution fixé dans l'actuel art. 8, al. 1, let. b de la loi fédérale sur les marchés publics[6] (LMP) pour les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse et de reprendre la réglementation de la LMI, qui s'applique au niveau cantonal, autrement dit d'introduire le principe du lieu de provenance.[7]

11. La question de savoir si le principe du lieu de provenance ou le principe du lieu d'exécution doit s'appliquer aux prescriptions en matière de travail était litigieuse entre les deux Chambres.[8] Au final, le Parlement a décidé de conserver le principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail au niveau fédéral. Selon l'art. 12, al. 1 LMP rév., l'adjudicateur n'adjuge les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de la prestation, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir[9] (LTN) ainsi que

---

4 THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum droit européen, Tome/n° 13, p. 93 ss, p. 109.

5 La notion de «lieu de destination» est souvent utilisée à la place de la notion de «lieu d'exécution» dans le contexte de la LMI.

6 Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1).

7 Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (message LMP rév.), FF 2016 1695, 1756.

8 BO 2019 N 1209.

9 Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41).

les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Si nécessaire, les détails du processus législatifs seront approfondis ultérieurement.

12. Dans le but d'harmoniser le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, il est prévu que le droit révisé des marchés publics de la Confédération soit transposé autant que possible par analogie dans le droit cantonal et plus particulièrement dans l'AIMP.[10] Concernant les conditions de travail, il semble exister une différence entre le droit révisé des marchés publics de la Confédération avec le principe du lieu d'exécution et la loi sur le marché intérieur qui prévoit, en principe, l'application du principe du lieu de provenance qui s'applique en principe en vertu de la loi sur le marché intérieur. La présente expertise vise donc à déterminer si la LMI autoriserait l'introduction du principe du lieu d'exécution dans l'AIMP et l'adaptation correspondante à la LMP rév.

2 Question 1: introduction alternative du principe du lieu d'exécution dans l'AIMP révisé?

13. Ce chapitre inclut la réponse à la première question posée par l'AiMp. La question est la suivante:

1. Dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP ou dans la législation cantonale d'exécution, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons et communes ?

14. Pour répondre à cette question, il faut d'abord expliquer le rapport entre la LMI et l'AIMP. La signification du principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur sera ensuite examinée en relation avec les prescriptions en matière de travail. Il s'agit de la question centrale de l'expertise et d'un point qui est régulièrement controversé. Il est donc justifié de traiter plus en détail cette question à des fins de clarification.

2.1 Rapport entre la LMI et l'AIMP

15. La loi sur le marché intérieur a pour but de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI). La LMI vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse et à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché (art. 1, al. 2, let. a et b LMI).

16. Le champ d'application de la loi sur le marché intérieur couvre en tant qu'activité lucrative, toute activité non régalienne ayant pour but un gain. Le champ d'application matériel se base sur le domaine protégé de la liberté économique selon l'art. 27 de la Constitution fédérale[11] (Cst.).[12] Le champ d'application matériel de la LMI inclut toute activité lucrative indépendante et salariée.[13] Le champ d'application personnel de la LMI couvre toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse (art. 1, al. 1 LMI). Les soumissionnaires étrangers

---

[10] A ce sujet, cf. p. ex. le communiqué de presse de la DTAP du 22 septembre 2016.

[11] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Constitution fédérale, Cst.; RS 101).

[12] NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zurich/St-Gall 2016, N 153.

[13] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (éd.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurich 2011, N. 8 zu Art. 1.

ne peuvent donc pas invoquer la LMI, s'ils n'ont pas de siège ou d'établissement en Suisse. Le champ d'application de la LMI englobe toutes les personnes physiques et morales.[14]

17. La LMI doit garantir aux entreprises ayant leur siège en Suisse de pouvoir exercer leur activité dans toute la Suisse sans aucune restriction cantonale d'accès au marché. Il faut spécifiquement examiner ici dans quelle mesure la LMI considère également les prescriptions en matière de travail comme une restriction d'accès au marché. Sont notamment considérées comme «conditions de travail» les dispositions impératives du code des obligations[15] (CO) concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche (art. 3, let. d LMP rév.).[16] Sont considérées comme «dispositions relatives à la protection des travailleurs» les dispositions du droit public du travail, y compris les dispositions de la loi sur le travail[17], les dispositions d'exécution y afférentes et les dispositions relatives à la prévention des accidents (art. 3, let. e LMP rév.). Dans la suite du présent document, les deux notions de «conditions de travail» et de «dispositions relatives à la protection des travailleurs» sont qualifiées de «conditions de travail». En l'absence de dispositions consacrant une exception, les conditions de travail relèvent également du champ d'application de la LMI, dans la mesure où elles ont pour effet de restreindre l'accès au marché (cf. le ch. marg. 27 ss).[18]

18. L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1, al. 1 AIMP). L'AIMP vise à harmoniser les règles cantonales de passation des marchés conformément à des principes définis en commun, ainsi qu'à transposer les obligations internationales (art. 1, al. 2 AIMP). D'un point de vue juridique, l'AIMP constitue une convention entre cantons fondée sur l'art. 48 Cst. L'art. 48, al. 1 Cst. prévoit que les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes.

19. L'art. 48, al. 3 Cst. retient que les conventions intercantonales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. L'interdiction d'une contradiction avec le droit de la Confédération énoncée à l'art. 48, al. 3 Cst. ressort déjà de l'art. 49 Cst.[19] Selon l'art. 49, al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire; on parle aussi de force dérogatoire du droit fédéral. Le droit cantonal contraire au droit fédéral en termes de compétences et de contenu est nul.[20] Dans un arrêt concernant la

---

14 Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI), FF 1995 I 1193, 1241.

15 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième: droit des obligations (CO, RS 220).

16 La majorité des CCT déclarées contraignantes au niveau fédéral ne s'applique pas à l'ensemble de la Suisse. Il existe par ailleurs également des CCT au niveau cantonal. Les conditions de travail ne sont donc pas réglées de façon uniforme dans l'ensemble de la Suisse, mais diffèrent d'une région et d'une branche à l'autre <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege.html> (15.10.2019).

17 Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr; RS 822.11)

18 NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss, 224.

19 RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, N. 44 zu Art. 48 BV.

20 ALEXANDER RUCH, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller et al. [éd.], 2e éd. 2008, N. 21 zu Art. 49 BV.

commune de Sigriswil, le Tribunal fédéral a notamment examiné dans quelle mesure la pratique cantonale d'adjudication des marchés en référence à la loi sur le marché intérieur a enfreint le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.).[21]

20. En guise de conclusion intermédiaire, il apparaît que ni l'AIMP ni la législation cantonale d'exécution ne peuvent être contraires à la LMI en sa qualité de droit fédéral, en raison de la primauté de la loi sur le marché intérieur dans la hiérarchie des normes.

2.2 Exigences de la LMI à l'égard du droit cantonal des marchés publics

21. La loi sur le marché intérieur comporte des prescriptions minimales concernant la transparence et la non-discrimination pour les marchés publics cantonaux et communaux. L'art. 5, al. 1 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Selon la deuxième phrase de cette disposition, ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3. L'art. 5 LMI prévoit en outre au niveau cantonal et communal que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel.

22. Notons que l'art. 5, al. 1 LMI doit s'entendre comme un principe global de la liberté d'accès aux marchés publics concernés, toute restriction à cette liberté d'accès n'étant admissible que dans les conditions de l'art. 3, al. 1 et 2 LMI.[22] La liberté d'accès au marché inclut donc également la garantie du principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI (cf. à ce sujet le ch. marg. 23 s. ci-après). La littérature consacrée au droit des marchés publics rappelle en conséquence que la loi sur le marché intérieur prescrit le principe du lieu de provenance.[23] Les garanties de l'art. 2 LMI s'appliquent par conséquent aussi aux marchés publics cantonaux et communaux.[24]

2.3 Principe du lieu de provenance selon la LMI

23. Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (art. 2, al. 1, LMI). L'art. 2, al. 1 LMI confère un droit individuel de liberté d'accès au marché aux personnes couvertes par le champ d'application de la loi sur le marché intérieur.[25] Le droit à la liberté d'accès au marché est concrétisé à l'art. 2, al. 3 et 4 LMI à travers le principe du lieu de provenance.[26] Concernant la liberté de prestation, l'art. 2, al. 3 LMI concrétise le fait que toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse. Sur la base de l'art. 2, al. 4 LMI, toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement (liberté d'établissement commerciale).

---

21 ATF131 I 137, consid. 2.7.

22 NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 p. 177 ss, p. 180.

23 PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 122.

24 CF 2013, p. 278.

25 DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 1212 ss; OESCH/ZWALD (note de bas de page 13), N. 1 zu Art. 2.

26 A propos du principe du lieu de provenance: ATF 135 II 12; arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011; arrêt du Tribunal fédéral 2C_844/2008 du 15 mai 2009.

24. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (art. 2, al. 5 LMI). La présomption d'équivalence signifie que les réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché sont supposées équivalentes. Cette hypothèse repose sur la conviction que le besoin de protection ne diffère pas d'un canton à l'autre.[27]

25. Le droit à la liberté d'accès au marché selon les prescriptions cantonales ou communales du lieu de provenance n'est pas réputé absolu. Les autorités compétentes du lieu d'exécution peuvent restreindre la liberté d'accès au marché des offreurs externes par des charges ou des conditions (art. 3, al. 1 LMI). La loi sur le marché intérieur ne prévoit toutefois cette possibilité que pour le cas où la présomption d'équivalence peut être réfutée.[28] Dans le cas où les règles d'accès au marché ne seraient pas équivalentes, l'autorité compétente doit démontrer dans quelle mesure la restriction à la liberté d'accès au marché satisfait aux conditions de l'art. 3 LMI, c'est-à-dire qu'elle est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants, qu'elle répond au principe de la proportionnalité et qu'elle n'est pas discriminatoire (art. 3, al. 1 LMI).[29] Les restrictions citées à l'art. 3, al. 2 LMI ne répondent clairement pas au principe de la proportionnalité et sont, partant, inadmissibles (p. ex. l'exigence d'avoir le siège ou l'établissement au lieu de destination).

26. Les exigences de la loi sur le marché intérieur concernant les conditions de travail sont examinées de plus près ci-après.

2.3.1 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – genèse

27. Le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI s'applique dans cette version depuis que la LMI a été adoptée en 1995. Déjà dans le message de l'époque, le Conseil fédéral avait explicitement déclaré à propos des conditions de travail qu'une réglementation cantonale prévoyant que les marchés publics doivent toujours être exécutés en respectant les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution serait incompatible avec l'art. 5 LMI.[30]

28. Par la suite, la question de savoir si les conditions de travail du lieu de provenance ou celles du lieu d'exécution devaient s'appliquer dans le cadre des marchés publics a aussi été vivement débattue au Parlement. Lors de l'examen de la LMI, le Conseil national avait encore approuvé une proposition, selon laquelle l'obligation de respecter les prescriptions concernant les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation ne constitue pas une restriction de l'accès au marché visée à l'art. 3 LMI. Cette proposition, qui visait essentiellement à ancrer dans la loi sur le marché intérieur une exception relative aux conditions de travail, a été rejetée par le Conseil des Etats et abandonnée dans le cadre de l'élimination des divergences.[31] Il en ressort que le législateur de 1995 avait également soumis les prescriptions en matière de travail à la LMI et que les prescriptions en matière de travail peuvent avoir l'effet d'une restriction d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.

29. Bien que le principe du lieu de provenance et les conditions de travail n'aient pas été modifiés dans le cadre de la révision partielle de la LMI du 16 décembre 2005, ils ont néanmoins été abordés lors des débats parlementaires. Le Conseiller fédéral Joseph Deiss qui était

---

27 Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, 430.

28 ATF 135 II 12, consid. 2.4.

29 MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss, 378.

30 Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI), FF 1995 I 1193, 1248.

31 BO 1995 N 1156, 1178; BO 1995 p. 931, 934; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (éd.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd. 2007, p. 443, N. 129.

à l'époque responsable de cet objet a précisé qu'en raison de la présomption d'équivalence des différentes conditions de travail dans les cantons, le principe du lieu de provenance devait, en principe, également s'appliquer dans le domaine du marché du travail..En vertu de l'art. 3 LMI, il pourrait être restreint au profit du principe du lieu d'exécution, si les conditions du lieu de provenance ne sont pas équivalentes à celles du lieu d'exécution.[32] Non seulement aucune modification des conditions-cadres légales n'a été opérée lors de cette révision partielle, mais le législateur a explicitement confirmé la situation juridique existante selon la loi sur le marché intérieur, en renvoyant aux restrictions possibles de l'accès au marché selon l'art. 3 LMI.

30. Il ressort donc clairement de la genèse de la loi sur le marché intérieur, d'un point de vue historique et téléologique, que le principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur doit également s'appliquer en ce qui concerne les conditions de travail.

2.3.2 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – doctrine

31. La doctrine dominante estime depuis l'adoption de la LMI en 1995 déjà qu'une réglementation selon laquelle toutes les entreprises ayant leur siège en Suisse devraient toujours respecter les prescriptions en matière de travail au lieu d'exécution ne serait pas compatible avec l'art. 2 et l'art. 5 LMI. Il faut partir du principe qu'une obligation générale de respect des prescriptions concernant la protection des travailleurs et les conditions de travail au lieu d'exécution ne représente pas une restriction admissible de l'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.[33] Il s'ensuit notamment en raison de l'art. 2, al. 1 et 3 LMI, que les conditions de travail du lieu de provenance devraient être appliquées, à moins qu'il y ait un cas manifeste de dumping social.[34] Le respect des prescriptions en vigueur au lieu d'exécution ne peut être exigé que si la protection visée ne peut pas être atteinte autrement, soit en présence d'un risque de réel dumping social.[35]

32. A cet égard, la législation suisse sur les marchés publics n'est pas cohérente, d'autant que la LMP qualifie le principe du lieu d'exécution selon lequel il faut se baser sur la réglementation au lieu d'exécution de déterminant pour la Confédération, tandis que la loi sur le marché intérieur prescrit le principe du lieu de provenance pour les cantons.[36]

33. Un avis minoritaire estime au contraire que les soumissionnaires qui exécutent des marchés publics sont soumis à la CCT au lieu du chantier, autrement dit au lieu d'exécution, pour autant qu'il s'agisse d'une CCT déclarée de force obligatoire.[37] L'avis minoritaire ne justifie toutefois pas comment cela serait compatible avec la LMI.

34. La doctrine quasi-unanime et donc dominante estime par conséquent que le principe du lieu de provenance de la LMI doit également s'appliquer en ce qui concerne les conditions de travail dans le cadre des marchés publics.

---

32 BO 2005 N 880.

33 KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4e éd. 2006, p. 457.

34 EVELYNE CLERC, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2013, N. 149 zu Art. 5; ZWALD, Bundesgesetz über den Binnenmarkt (note de bas de page 31), p. 444, N. 130; DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 1293.

35 MANFRED WAGNER, Herkunfts- oder Leistungsortsprinzip, BR 1999 p. 51.

36 GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note de bas de page 23), p. 225.

37 ESTELLE MATHIS-ZWYGART, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, Jusletter du 19 mai 2008, Cm 86.

2.3.3 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – jurisprudence

35. La jurisprudence du Tribunal fédéral et des instances inférieures s'est régulièrement penchée sur la question de l'application de la loi sur le marché intérieur et du principe du lieu de provenance aux marchés publics des cantons.

36. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a retenu que l'obligation de conclure une CCT prévue dans le cadre d'un appel d'offres constitue une restriction illicite de l'accès au marché pour les entreprises extracantonales. Une telle obligation doit être qualifiée de disproportionnée sous l'angle de l'art. 3, al. 1, let. b LMI et même de barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts locaux selon l'art. 3, al. 4 LMI.[38] Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs cantonaux ne pourraient pas subordonner la participation de soumissionnaires extracantonaux à un appel d'offres au fait qu'ils respectent les dispositions d'une CCT.[39] Le Tribunal fédéral a en outre retenu que les prescriptions cantonales en matière de travail à l'égard d'entreprises extracantonales doivent être appréciées selon le principe du lieu de provenance conformément à l'art. 2 LMI.[40] Enfin, dans le cadre d'une affaire concernant un marché public dans le canton des Grisons et un soumissionnaire ayant son établissement dans le canton du Tessin, le Tribunal fédéral a confirmé la jurisprudence cantonale selon laquelle le fait d'imposer au soumissionnaire extracantonal une obligation de respecter les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution n'est pas admissible, tant qu'il n'y a pas de cas de dumping social. [41]

37. Tous ces arrêts montrent que le Tribunal fédéral applique aussi, dans sa jurisprudence constante, les exigences de la loi sur le marché intérieur et en particulier le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI aux conditions de travail. Sont mentionnées, ci-après, d'autres références ponctuelles à la jurisprudence cantonale et à la pratique de la COMCO qui traitent de cette question de manière analogue.

38. Dans un arrêt concernant la loi tessinoise sur le commerce (LIA), le tribunal administratif du Tessin a expliqué que l'obligation de respecter les dispositions de la CCT en vigueur au Tessin prévue dans la LIA ne pouvait être qu'exceptionnelle à l'aune de la LMI.[42] Dans une affaire jugée par le tribunal administratif d'Argovie qui concernait l'admission de sociétés de services de sécurité ainsi que des questions liées à la CCT, le tribunal a retenu que le principe du lieu de provenance s'appliquait en ce qui concerne l'admissibilité des prestations de travail.[43]

39. La pratique de la COMCO concernant les questions en lien avec les conditions de travail dans le cadre de la loi sur le marché intérieur remonte à 1997. A l'époque, la COMCO avait recommandé aux deux cantons de Bâle de supprimer dans leurs projets de lois sur les marchés publics les dispositions qui prescrivaient obligatoirement l'adhésion ou l'affiliation à une convention collective de travail.[44] Dans une expertise du 16 mars 2010 [recte 2009], la

---

38 ATF 124 I 107, consid. 2 s.

39 Cf. également ATF 130 I 258, consid. 2.2; le respect de la CCT n'était prévu qu'«en règle générale» et une autre preuve de conditions de travail usuelles dans la branche demeurait possible.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_111/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.2.

41 Arrêt du Tribunal fédéral 2D_54/2015 du 13 avril 2016, consid. 5.2; jugement du tribunal administratif du canton des Grisons du 9 juillet 2015, U 15 55, consid. 3b.

42 Jugement du tribunal administratif du canton du Tessin 52.2016.592 du 27 février 2018, consid. 4.3.2.2.

43 Jugement du tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2013.101/112 du 19 novembre 2013, AGVE-2013-41 p. 241, consid. 4.2.

44 Recommandations de la Commission de la concurrence du 3 novembre 1997 relatives aux projets de soumission des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, RPW 1997/4, p. 591.

COMCO a ensuite retenu qu'un offreur externe pouvait invoquer le principe du lieu de provenance, en présence d'une CCT. Sur le fond, il s'agissait de savoir quelles dispositions en matière de travail un offreur externe devait respecter lors de l'exécution d'un marché public dans le canton de Vaud.[45] La COMCO a pour la dernière fois expliqué, dans sa recommandation du 25 février 2019, que l'obligation de respecter une CCT devait être considérée comme une restriction d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.[46]

40. En résumé, il y a lieu de retenir que la jurisprudence, en particulier également celle du Tribunal fédéral, ainsi que la pratique de la COMCO, appliquent de manière constante et unanime depuis des années la loi sur le marché intérieur et plus particulièrement le principe du lieu de provenance qu'elle contient aux conditions de travail dans les marchés publics au niveau cantonal. Cela signifie que les prescriptions cantonales en matière de travail selon l'art. 2, al. 5, LMI sont présumées équivalentes. Les entreprises extracantonales ne doivent par conséquent être assujetties aux prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution que si les prescriptions en vigueur au lieu de provenance ne sont pas équivalentes dans le cas particulier et qu'il existe un risque de dumping social.

2.4 Conclusion et réponse à la question 1

41. Ce chapitre autorise la conclusion suivante: en tant que droit fédéral, la LMI prime le droit intercantonal (AIMP) et cantonal. Le principe du lieu de provenance inscrit à l'art. 2 LMI s'applique également aux marchés publics au niveau cantonal. C'est ce qui ressort de la genèse, de la doctrine dominante, mais aussi plus particulièrement de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

42. La réponse à la question 1 consistant à savoir dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI concernant les conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons, est donc la suivante: une règle générale et abstraite dans l'AIMP, selon laquelle toutes les entreprises ayant leur siège en Suisse seraient toujours soumises aux prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation lors de l'exécution de marchés cantonaux, ne serait pas compatible avec la présomption d'équivalence selon la loi sur le marché intérieur et le principe du lieu de provenance.

43. En revanche, les cantons auraient la faculté du point de vue du droit du marché intérieur de déclarer exceptionnellement applicables les dispositions en vigueur au lieu d'exécution selon les conditions de l'art. 2, al. 5 LMI et de l'art. 3 LMI, lorsqu'ils appliquent le droit dans un cas particulier. L'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes CCT présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire.

---

45 Expertise de la COMCO du 16 mars 2009 à l'intention du Département des infrastructures du canton de Vaud concernant la Compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la loi sur le marché intérieur.

46 Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019, Revisione RLEPI-COSC, N. 34.

3 Question 2: principe du lieu d'exécution selon la LMP rév et question de la divergence par rapport à la LMI?

44. Ce chapitre contient la réponse à la deuxième question posée par l'AiMp. La question 2 est la suivante:

2. Quel rapport entretiennent le principe du lieu d'exécution prévu à l'art. 12, al. 1 LMP et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI? Cette loi ou un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manœuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?

45. Pour répondre à cette question, il s'agira dans un premier temps de décrire la relation entre l'art. 12, al. 1 LMP rév. et la LMI (question 2, première question partielle), puis d'examiner la question d'une base pour le principe du lieu d'exécution dans d'autres normes fédérales (question 2, deuxième question partielle).

3.1 Relation entre l'art. 12, al. 1 LMP rév. et la LMI

3.1.1 Art. 12, al. 1 LMP rév.

46. L'art. 12, al. 1 LMP rév. dispose:

> Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement
>
> [1] Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de la prestation, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.

47. Une loi doit avant tout être interprétée pour elle-même, c.-à-d. en fonction de sa lettre, de son sens et de la finalité des appréciations sur lesquelles elle repose, sur la base d'une méthode téléologique.[47] L'interprétation historique a plus de poids, s'il s'agit d'une loi plus récente.[48] Dans le cadre d'une interprétation dite systématique, il est également possible de prendre en considération le lien avec d'autres dispositions légales.[49] Le Tribunal fédéral applique un pluralisme pragmatique des méthodes et refuse notamment de soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité.[50]

48. Le texte de l'art. 12, al. 1 LMP rév. prévoit clairement que «les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution» s'appliquent dans le champ d'application du droit révisé des marchés publics de la Confédération et que le principe du lieu d'exécution est donc applicable. Ainsi, au niveau fédéral, le principe du lieu d'exécution continuera de s'appliquer, conformément au texte clair de l'art. 12, al. 1 LMP rév.

49. Le projet de nouvelle LMP présenté par le Conseil fédéral prévoyait initialement d'abroger le principe du lieu d'exécution ancré dans l'actuelle LMP pour les soumissionnaires ayant

---

47 P. ex. ATF 141 V 642, consid. 4.2.

48 ATF 137 V 167, consid. 3.2; ATF 140 IV 108, consid. 6.6.5.

49 ATF 145 III 133, consid. 6.

50 Parmi d'autres: ATF 139 V 442 consid. 4.1.

leur siège en Suisse et d'introduire le principe du lieu de provenance.[51] Le Parlement a toutefois décidé de conserver le principe du lieu d'exécution au niveau des marchés publics de la Confédération (art. 12, al. 1 LMP rév.).

50. Lors des débats parlementaires, il a été souligné que le principe du lieu de provenance s'appliquait aux cantons conformément à la loi sur le marché intérieur et qu'il y aurait donc en Suisse une importante désharmonisation entre la Confédération et les cantons. Le principe du lieu d'exécution continuerait de s'appliquer pour la Confédération et celui du lieu de provenance pour les cantons.[52] Le Conseiller fédéral Ueli Maurer, en charge du dossier, avait expressément attiré l'attention du Parlement sur ce point.[53] Il ressort ainsi des débats parlementaires que le Parlement a explicitement accepté une réglementation différente au niveau fédéral et cantonal.

51. Du point de vue de la systématique du droit, notons que la LMP rév. s'applique à la passation de marchés publics par des adjudicateurs de la Confédération (art. 1 LMP rév.). A l'inverse, l'AIMP et la législation d'exécution cantonale s'appliquent notamment en matière de droit des marchés publics au niveau cantonal et communal. Le champ d'application subjectif de la LMP et celui de l'AIMP ne correspondent pas toujours. A la différence de la LMP, l'AIMP assujettit par exemple aussi les organes privés assumant des tâches publiques et les marchés publics subventionnés non soumis aux accords internationaux au droit des marchés publics et prévoit en outre des valeurs seuils moins élevées.

52. Cet élargissement du droit des marchés publics au niveau cantonal sert en premier lieu à la réalisation d'un espace économique suisse unique et vise la mise en œuvre des exigences de la loi sur le marché intérieur. Dans ce contexte, il n'est pas contraire au système que la Confédération formule d'autres exigences à l'égard des marchés publics cantonaux par le biais de la LMI que celles prévues par la LMP pour les marchés publics fédéraux, afin d'appliquer son mandat constitutionnel visant à concrétiser un marché intérieur suisse (art. 95, al. 2 Cst.).

53. Les règles énoncées à l'art. 5 LMI s'adressent aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. Il s'ensuit que la LMI n'est par principe pas applicable aux marchés publics soumis à la LMP. Cette situation doit perdurer également dans le cadre de la LMP rév.. Les normes minimales aujourd'hui garanties par la LMI et les tâches d'exécution actuelles de la COMCO s'appliquent de manière inchangée, uniquement aux marchés publics cantonaux et communaux.[54]

54. Rappelons en outre qu'avec la révision du droit fédéral des marchés publics, la loi sur le marché intérieur a également été simultanément modifiée aux art. 5 et 9 LMI. L'art. 5, al. 1 de la loi sur le marché intérieur révisée disposera désormais ceci: «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 2012 portant amendement de l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de la présente loi sont présumées respectées». Cette présomption est réfutable, de sorte que la conformité du droit (inter)cantonal des marchés publics ainsi que celles des pratiques cantonales d'adjudication des marchés doivent toujours être vérifiées par rapport à la LMI. En n'ayant pas procédé à des amendements juridiques matériels ou à des modifications dans le cadre de la révision concomitante de la LMP et de la LMI, le législateur a voulu exprimer que le principe du lieu de provenance s'applique également de façon inchangée dans le domaine des marchés publics cantonaux.

---

51 Cf. Cm ci-dessus. 10.

52 BO 2018 S 974.

53 BO 2018 N 1008.

54 Message LMP rév. (note de bas de page 24), 144 s.

3.1.2 Conclusion et réponse à la question 2, première question partielle

55. La deuxième question et sa première question partielle concernent le rapport entre le principe du lieu d'exécution réglé à l'art. 12, al. 1 LMP rév. et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI. Sur la base des explications précédentes, il apparaît que le champ d'application de la LMP rév., autrement dit le niveau fédéral, maintient le principe du lieu d'exécution, tandis que le principe du lieu de provenance selon la LMI continue de s'appliquer aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, autrement dit dans le domaine de l'AIMP et de la législation cantonale. Le législateur a accepté cette divergence.

56. Il est par ailleurs demandé si l'art. 12, al. 1 LMP rév. laisse éventuellement place à l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans les marchés publics cantonaux ou communaux. La réponse à cette question est négative. La LMP rév. règle les marchés publics de la Confédération, tandis que la LMI formule certaines exigences minimales inchangées à l'égard des marchés publics cantonaux. Comme elles portent sur différents aspects de la réglementation, il n'y a pas de conflit de normes entre ces deux lois, raison pour laquelle l'art. 12, al. 1 LMP rév. ne permet de tirer aucune conclusion concernant les marchés publics cantonaux.

3.2 D'autres normes fédérales offrent-elles des bases pour le principe du lieu d'exécution?

57. Ce chapitre répond à la deuxième question partielle de la question 2 de l'AiMp, qui est la suivante:

> 2 […].[Cette loi ou] un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manœuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?

3.2.1 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail

58. Selon l'art. 1, al. 1 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail[55] (LECCT), à la requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention. L'art. 2 [recte 1], al. 2 LECCT prévoit que la décision d'extension ne peut porter que sur les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément à l'art. 323 CO[56] ou qui obligent les employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle, conformément à l'art. 323^{ter}CO.

59. S'agissant de l'effet sur les employeurs et travailleurs non liés par la convention, l'art. 4, al. 1 LECCT retient que les clauses de la convention prévues à l'art. 323 CO[57] et les obligations incombant aux employeurs et travailleurs liés par la convention envers les parties contractantes conformément à l'art. 323ter, al. 1 CO[58] s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels la convention est étendue.

---

55 Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311; LECCT).

56 L'art. 323ter CO évoqué correspond dans la version actuelle à l'art. 357*b* CO.

57 Correspond dans la version actuelle aux art. 357 et 341, al. 1, CO.

58 Correspond dans la version actuelle à l'art. 357*b*, al. 1, let. b, CO.

60. Dans ce contexte, on peut se demander si une CCT déclarée de force obligatoire (au plan régional) permettrait de déroger au principe du lieu de provenance. La LECCT ne comporte aucune disposition à ce propos et ne s'exprime pas non plus explicitement sur l'application géographique des CCT régionales déclarées de force obligatoire. La LECCT et la loi sur le marché intérieur diffèrent par ailleurs au plan matériel. Alors que la LECCT règle en principe les relations entre les employeurs et les travailleurs, la loi sur le marché intérieur règle les conditions d'accès au marché dans les relations économiques au niveau national.

61. La question à laquelle doit répondre le présent chapitre présente certains liens avec le thème du principe du lieu de provenance traité au chapitre 2.3 concernant les conditions de travail, raison pour laquelle nous renvoyons aux explications correspondantes.

62. La jurisprudence évoquée du Tribunal fédéral, selon laquelle le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI s'applique en principe à la question de la nécessité d'une décision d'extension d'une CCT, est notamment importante.[59] Ainsi, dans le cas des CCT déclarées de force obligatoire au plan régional, il faut également partir du principe de l'équivalence des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu de provenance des offreurs. Ce n'est que si cette présomption d'équivalence est réfutée que la CCT déclarée de force obligatoire au plan régional peut également être appliquée aux offreurs extracantonaux, afin d'empêcher le dumping social.

63. Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a retenu qu'une entreprise est soumise à la convention collective de travail cantonale pour les travaux réalisés dans le canton et à la convention collective de travail nationale pour les travauxréalisés à l'extérieur du canton, ce qui n'enfreint pas la loi sur le marché intérieur. De telles restrictions à la liberté d'accès au marché semblent compatibles avec la loi sur le marché intérieur, si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux et sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et à la poursuite d'objectifs de politique sociale (art. 3, al. 1, let. a et b et art. 3, al. 2, let. d, LMI).[60] Le Tribunal fédéral a en outre retenu en relation avec la LECCT, que la proposition de lier les aides étatiques pour les entreprises à la condition de la conclusion d'une convention collective de travail enfreignait le droit fédéral et notamment la loi sur le marché intérieur.[61]

64. En conclusion à ce chapitre, on peut dire que la loi sur le marché intérieur et le principe du lieu de provenance qui y figure s'appliquent également s'agissant de la LECCT. Il n'existe aucune base légale permettant de déroger au principe du lieu de provenance ou d'appliquer alternativement le principe du lieu d'exécution.

3.2.2 Autres normes fédérales

65. La COMCO n'a pas connaissance d'autres normes fédérales primant le principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur et qui autoriseraient l'introduction du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail. La LMI est conçue comme une loi cadre et définit les principes de la liberté d'accès au marché.[62] En tant que norme cadre, la LMI est appliquée régulièrement dans son champ d'application, faute d'exceptions prévues par des lois spéciales.

---

59 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_111/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.2.

60 ATF 128 II 13, consid. 5.b.

61 ATF 124 II 107, consid. 2-4.

62 DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 148.

3.2.3 Conclusion et réponse à la question 2, deuxième question partielle

66. Dans la deuxième question partielle de la question 2, l'AiMp a voulu savoir si une autre norme fédérale, p. ex. la LECCT, offrirait éventuellement un espace aux cantons et aux communes pour l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans leurs marchés publics. La réponse à cette question est négative. Ni la LECCT, ni d'autres normes fédérales ne permettent d'introduire le principe du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales. Il est en revanche possible de déroger au principe du lieu de provenance de la LMI selon les conditions énoncées à l'art. 3 LMI dans des cas d'application concrets.

4 Question 3: formulation prévue dans l'AIMP révisé

67. La question 3 est la suivante:

3. Si la réponse à la deuxième partie de la question 2 est positive, la formulation prévue de l'AIMP révisé couvrirait-elle l'application alternative du principe du lieu d'exécution?

68. La réponse à la deuxième partie de la question ayant été négative, il n'y a pas lieu de répondre à cette question, car une introduction alternative du principe du lieu d'exécution est impossible au niveau des normes cantonales.

69. Certaines remarques concernant les documents[63] joints à la question 3 et annexés à la demande d'expertise, doivent en revanche être formulées ici. L'art. 12, al. 1 du projet d'AIMP prévoit que les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Le message-type transmis rappelle de manière appropriée le principe du lieu de provenance selon la LMI.

70. Rappelons à cet égard qu'il n'est certes pas possible de déroger de façon générale, au niveau de la norme, au principe du lieu de provenance prévu dans la LMI, mais qu'une dérogation lors de l'application du droit dans un cas particulier est possible selon les conditions énoncées à l'art. 3 LMI. Un tel examen serait justifié dans un cas de dumping social évident. Les soumissionnaires étrangers ne peuvent pas invoquer la LMI de façon générale, s'ils n'ont pas de siège ou d'établissement en Suisse. La LMI ne déploie donc ses effets que sur le marché intérieur suisse.

71. Tant l'extrait de l'AIMP à réviser que le message-type de l'AiMp semblent globalement en accord avec la situation juridique fondée sur la loi sur le marché intérieur.

5 Conclusions

72. En résumé et sur la base des considérations qui précèdent, la COMCO parvient aux résultats suivants et répond comme suit aux questions posées par l'AiMp:

Réponse à la question 1:

73. Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figure. Une telle introduction du principe du lieu d'exécution serait en contradiction

[63] Extrait de l'AIMP révisé prévu (art. 12, al. 1 et art. 63, al. 4) et du message-type prévu à propos de l'AIMP révisé (art. 12, al. 1 et art. 63, al. 4).

avec la LMI. En revanche, les cantons auraient la faculté de déclarer applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2, al. 5 et de l'art. 3 LMI.

Réponse à la question 2, première question partielle:

74. Indépendamment de l'art. 12, al. 1 LMP rév., la LMI continue de s'appliquer aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, donc dans le domaine de l'AIMP et de la législation cantonale.

75. L'art. 12, al. 1 LMP rév. ne laisse aucune place à l'introduction alternative du principe du lieu d'exécution pour les marchés publics cantonaux ou communaux. Le champ d'application de la LMP rév. est par principe limité au niveau fédéral. S'agissant de la LMI, aucune modification concernant le principe du lieu de provenance n'a été opérée.

Réponse à la question 2, deuxième question partielle:

76. Les autres normes fédérales ne comportent aucune base permettant d'introduire le principe du lieu d'exécution. Ni la LECCT, ni d'autres normes fédérales ne permettent une introduction généralisée du principe du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales.

Commission de la concurrence

Prof. Andreas Heinemann
Président

Prof. Patrik Ducrey
Directeur