



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

Le 28 juin 2021

Cadre de l'État de droit pour l'acquisition d'avions de combat

Table des matières

1	Procédure et droit applicable.....	3
2	Critères d'adjudication	3
	2.1.1 Généralités.....	3
	2.1.2 Équivalence.....	4
3	Moyens de droit et droit applicable	4
4	Évaluation sous l'angle de l'État de droit	5
	4.1 Principes	5
	4.2 Légitimité et légalité.....	5
	4.3 Égalité	6
	4.4 Règles de la bonne foi (protection de la bonne foi).....	6
5	Résumé	7

1 Procédure et droit applicable

Les procédures d'adjudication engagées avant l'entrée en vigueur du droit des marchés publics totalement révisé le 1^{er} janvier 2021 se tiennent en application de l'ancien droit des marchés publics¹, à savoir la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP)² et l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP)³.

L'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre n'entre pas dans le champ d'application de la aLMP en vertu de son art. 3, al. 1, let. e. Considérée comme des autres marchés, celle-ci est réglée par l'aOMP, comme précisé dans son art. 1, let. b. Ce type de procédure d'adjudication est réglé au chapitre 3 de l'aOMP (art. 32 à 39).

La procédure d'évaluation a eu lieu dans le cadre d'une procédure invitant à soumissionner⁴. Celle-ci est prévue par l'art. 34, al. 1, aOMP.

2 Critères d'adjudication

2.1.1 Généralités

Le Conseil fédéral est l'autorité compétente pour la décision d'adjudication. Il est légalement tenu d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse économiquement. L'art. 37 aOMP, qui s'applique aux autres marchés, le fixe explicitement sous le titre *Critères d'adjudication* et renvoie à l'art. 21, al. 1, aLMP. Selon cette disposition, l'offre la plus avantageuse économiquement est *évaluée en fonction de différents critères (...)*. Cette notion est concrétisée par des critères d'adjudication⁵. Par conséquent, pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement, le prix n'est pas le seul critère décisif⁶.

Dans son message concernant un arrêté de planification relatif à l'acquisition d'avions de combat, daté du 26 juin 2019⁷, le Conseil fédéral a fixé le cadre de la formulation des critères d'adjudication.

De façon générale, les exigences (performances, adéquation pour la Suisse, coûts, offres de coopération sur le plan militaire et industriel) doivent être remplies et les critères factuels sont prépondérants. Des aspects de politique extérieure peuvent jouer un rôle dans la prise de décision face à des offres de même valeur⁸.

Une analyse coût-utilité permet de comparer les appareils en lice. Concernant les coûts, on tient compte non seulement des coûts d'acquisition des systèmes, mais aussi des coûts d'exploitation pendant une durée d'utilisation de 30 ans. Concernant l'utilité, les critères pris en compte pour l'évaluation sont les suivants : efficacité (pondération de 55 %), support de produit (pondération de 25 %), coopération (pondération de 10 %) et participation directe de l'industrie (pondération de 10 %)⁹.

¹ Art. 62 LMP (loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics ; RS 172.056.1)

² RS 172.056.1

³ RS 172.056.11

⁴ FF 2019 4880

⁵ Arrêt du TAF B-879/2020 du 8 mars 2021, consid. 6.3.1

⁶ ATF 143 II 553 consid. 6.4 559

⁷ FF 2019 4861 ss.

⁸ FF 2019 4891

⁹ FF 2019 4885 s.

Le critère selon lequel des aspects de politique extérieure ne peuvent jouer un rôle dans la prise de décision qu'en cas d'équivalence induit simultanément une exclusion de l'aspect de politique extérieure tant que l'équivalence des offres concernées n'est pas établie.

2.1.2 Équivalence

La réponse à la question de savoir si deux offres sont équivalentes de sorte que des aspects de politique extérieure puissent être pris en compte est apportée en application des critères d'adjudication susmentionnés.

La jurisprudence donne ponctuellement des indications sur la prise en compte de la notion d'équivalence. Une constellation similaire – à savoir que des critères supplémentaires peuvent ou doivent être pris en considération en cas d'offres équivalentes – se retrouve par exemple dans l'attribution de concessions à des diffuseurs de radio ou de télévision : si plusieurs candidatures sont jugées équivalentes dans une large mesure du point de vue de l'exécution du mandat de prestations, des critères de concentration des médias doivent être pris en compte. Dans deux décisions, le Tribunal administratif fédéral (TAF) s'est exprimé au sujet de l'équivalence : un écart de 10 % est qualifié par le tribunal de *net avantage*, qui exclut une large équivalence¹⁰. En revanche, face à un écart de 3 %, on pouvait encore considérer qu'il y avait une large équivalence¹¹.

Il convient cependant d'observer que, dans ces exemples, seule une *large* équivalence a été requise, c'est-à-dire que les exigences étaient moins strictes que pour l'acquisition dont il est question ici. Lors de l'évaluation des différents modèles d'avions, des écarts ont été constatés, aussi bien concernant les coûts du système que du point de vue de l'utilisation globale (analyse coût-utilité), qui, selon la jurisprudence citée, ne rempliraient même pas les critères de la large équivalence. On peut donc d'autant moins parler de condition d'équivalence remplie. Dès lors, des aspects de politique extérieure ne pouvaient pas être pris en compte dans le choix.

3 Moyens de droit et droit applicable

Les moyens de droit ordinaires ne sont pas ouverts contre la décision du Conseil fédéral. Tout au plus, une dénonciation à l'Assemblée fédérale entre en ligne de compte¹² pour former un recours. Cette dernière ne peut toutefois pas se substituer au Conseil fédéral et annuler sa décision.

L'absence de possibilité de recours ne signifie cependant pas que le droit applicable ne soit pas contraignant pour les autorités – ici le Conseil fédéral. La situation est comparable à celle décrite à l'art. 190 Cst.¹³ Cette norme dispose entre autres que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et exclut ainsi le contrôle constitutionnel sur lesdites lois. Cela n'implique pas que le Parlement ne soit pas lié par la législation à la Constitution. Au contraire : le Parlement est lui-même responsable de la conformité de ses lois à la Constitution et ne peut pas se fier au fait qu'un tribunal corrige à la rigueur une erreur commise.

¹⁰ Arrêt du TAF A-7762/2008 du 10 décembre 2009, consid. 25

¹¹ Arrêt du TAF A-7761/2008 du 9 décembre 2009, consid. 6.2

¹² Oliver Zibung, art. 71, in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, Zurich 2016, ch. marg. 9

¹³ RS 101

Cela veut dire que le Conseil fédéral est lié par le droit dans sa décision et est tenu de respecter les dispositions applicables, même en l'absence de possibilité de recours.

4 Évaluation sous l'angle de l'État de droit

4.1 Principes

L'État de droit est un principe structurel de notre Constitution¹⁴. Les principes structurels sont des signes marquants de la collectivité, laquelle est formée par la Constitution¹⁵.

La notion d'État de droit est comprise en premier lieu comme l'obligation de l'État vis-à-vis du droit sous toutes ses formes¹⁶. La Constitution s'engage à différentes reprises pour l'État de droit. Plusieurs éléments sont fixés par exemple à l'art. 5 Cst., sous le titre *Principes de l'activité de l'État régi par le droit*. Cet article traite presque exhaustivement de la légitimité et de la légalité ainsi que de l'obligation qu'a l'État d'agir selon les règles de la bonne foi.

Outre les éléments formels de l'État de droit, qui visent dans leur globalité à assurer que le pouvoir étatique ne prend effet que dans le cadre légal accordé, il y a aussi des contenus matériels de l'État de droit qui demandent que l'activité de l'État satisfasse à certaines exigences élémentaires de justice¹⁷. En font partie notamment les règles de l'égalité, de la protection contre l'arbitraire et de la protection de la bonne foi.

4.2 Légitimité et légalité

L'art. 5, al. 1, Cst. fixe le principe dit de légalité, qui, en tant qu'élément formel, fait partie des éléments constitutifs essentiels de tout État de droit¹⁸.

La *réserve de la loi*, comme l'un des éléments du principe de légalité, exige que l'ensemble de l'activité de l'État repose sur une base légale. Les règles de droit formulées de manière générale et abstraite visent à assurer une certaine égalité de traitement et à empêcher que les individus soient soumis à l'arbitraire de l'État¹⁹. Elles établissent finalement la prévisibilité et la sécurité juridique²⁰.

Intervient en outre le principe de la *primauté de la loi* selon lequel toutes les autorités sont liées par le droit établi et ne peuvent prendre de mesures qui lui sont contraires²¹. Concrètement, cela signifie que le Conseil fédéral doit aussi, en vertu de la Constitution, s'en tenir au droit applicable dans le cadre de la procédure d'adjudication.

¹⁴ Philippe Mastrorandi, *Strukturprinzipien der Bundesverfassung?*, RDS 1988, suppl 7, p. 59 s

¹⁵ Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, § 6, ch. marg. 1

¹⁶ René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle 2016, ch. marg. 193, 2590

¹⁷ Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^e éd., Berne 2016, §6, ch. marg. 25; Benjamin Schindler/Tobias Tschumi, *St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV*, 3^e éd., Zurich 2014, ch. marg. 10

¹⁸ Astrid Epiney, *Basler Kommentar zu Art. 5 BV*, Bâle 2015, ch. marg. 35

¹⁹ Astrid Epiney, *Basler Kommentar zu Art. 5 BV*, Bâle 2015, ch. marg. 40

²⁰ Benjamin Schindler/Tobias Tschumi, *St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV*, 3^e éd., Zurich 2014, ch. marg. 32

²¹ Astrid Epiney, *Basler Kommentar zu Art. 5 BV*, Bâle 2015, ch. marg. 51

4.3 Égalité

L'art. 8, al. 1, Cst. dispose que tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Le Tribunal fédéral a déjà vu depuis toujours une base de l'État de droit²² dans le principe d'égalité contenu à l'art. 4 aCst.

Ce principe impose que l'autorité qui édicte des règles de droit doit traiter semblablement les situations semblables et différemment les situations différentes. Le principe d'égalité est violé lorsque le législateur établit des distinctions juridiques qui ne trouvent pas de justifications dans les faits déterminants à réglementer ou lorsqu'il omet de créer des distinctions qui sont exigées par les circonstances²³.

L'égalité comme principe de l'égalité de traitement revêt une importance particulière dans le droit des marchés publics. L'art. 8, al. 1, aLMP qui s'applique ici²⁴ retient expressément que l'adjudicateur veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers dans toutes les phases de la procédure.

L'obligation d'égalité de traitement dans le droit des marchés publics a deux objectifs : elle vise d'une part à protéger les soumissionnaires et, d'autre part, à assurer et à réaliser l'intérêt public pour que s'établisse une véritable situation de concurrence qui permette une adjudication à l'offre effectivement la plus avantageuse économiquement²⁵.

L'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication signifie d'abord la neutralité de l'adjudicateur. Une procédure identique doit s'appliquer à tous les soumissionnaires et à leurs offres pendant toute la durée de la phase d'adjudication. Aucun avantage ne doit être accordé ni désavantage particulier imposé aux soumissionnaires dans le cadre de la procédure. En ce qui concerne la vérification de l'aptitude, les qualités de chaque soumissionnaire doivent être mesurées à l'aune des mêmes critères, c'est-à-dire que dans l'application des critères d'adjudication définis à l'avance, tous les points favorables et défavorables des offres doivent peser de manière équivalente dans l'évaluation²⁶. Des accords spécifiques, qui avantagent certains soumissionnaires, ne sont pas autorisés.

4.4 Règles de la bonne foi (protection de la bonne foi)

Le principe des règles de la bonne foi est mentionné explicitement comme élément de l'État de droit à l'art. 5, al. 3, Cst. À l'art. 9 Cst., la référence aux droits fondamentaux est clairement mentionnée.

L'essence même de cette exigence relevant des droits fondamentaux est la protection de la confiance justifiée au sens d'attentes comportementales concrètes (objectives) sensibles²⁷. La protection de la bonne foi répond à une structure de base tripartite²⁸. Premièrement, il faut une activité préalable de l'État. Deuxièmement, cette activité doit avoir éveillé une attente concrète auprès de tiers qui, troisièmement, s'avère légitime et susceptible de protection.

²² ATF 94 I 513 consid. 4a 521

²³ ATF 136 I 17 consid. 5.3 29

²⁴ Art 2, al. 3, 3^e phrase, LMP : « Les principes figurant à l'art. 8 s'appliquent dans tous les cas »

²⁵ Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich 2004, ch. marg. 238 s

²⁶ Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich 2004, ch. marg. 234 ss

²⁷ Christoph Rohner, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, 3^e éd., Zurich 2014, ch. marg. 39

²⁸ Axel Tschentscher, Basler Kommentar zu Art. 9 BV, Bâle 2015, ch. marg. 15

Le cas le plus important est la protection de la confiance dans les renseignements donnés par les autorités²⁹. Cette protection s'étend même aux renseignements inexacts si la personne mal informée a pris des dispositions au nom de cette confiance et que d'autres conditions sont remplies. Les soumissionnaires doivent être d'autant plus protégés s'ils participent à une procédure d'adjudication en se fiant à des critères d'adjudication définis légalement et publiés et prennent des dispositions patrimoniales considérables. Dans ce cas, la confiance dans le comportement étatique s'accompagne de la confiance dans le fait que l'autorité applique correctement le droit en vigueur.

5 Résumé

- L'ancien droit des marchés publics s'applique à la présente procédure. Concrètement, il s'agit d'un autre marché qui est exécuté en application de l'aOMP.
- Le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la plus avantageuse économiquement. Il ne s'agit pas seulement d'une question de prix ; cela implique aussi l'application des critères d'adjudication définis au préalable.
- Des aspects de politique extérieure ne peuvent être pris en compte que si deux offres sont équivalentes à la lumière des critères d'adjudication. La jurisprudence place des exigences élevées à la condition d'équivalence. En l'occurrence, l'équivalence ne peut être invoquée sur la base des résultats dont on dispose, à savoir que la prise en compte d'aspects de politique extérieure n'est pas autorisée.
- Même en l'absence de moyen de droit ordinaire pour s'opposer à la décision d'adjudication du Conseil fédéral, ce dernier est lié par le droit et par les critères d'adjudication qu'il a définis.
- Toute la procédure d'adjudication est intégrée dans les principes de l'État de droit.
- Le principe de légalité exige dans sa manifestation de primauté de la loi que le Conseil fédéral s'en tienne au droit applicable.
- L'égalité comme règle de l'égalité de traitement marque de son empreinte la procédure d'adjudication. Elle interdit au Conseil fédéral un traitement différencié des soumissionnaires, par exemple par une application différente des critères d'adjudication.
- Les soumissionnaires partent à juste titre du principe que le Conseil fédéral décide en application des critères d'adjudication définis et ne s'en écarte pas. Confiants dans cela, ils ont pris des dispositions économiques considérables. Décevoir cette confiance est une violation du droit fondamental de la bonne foi.

²⁹ Christoph Rohner, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, 3^e éd., Zurich 2014, ch. marg. 48