

**Cour des comptes**

Case postale 3159  
1211 Genève 3  
Tél. : +41 (0)22 388 77 90  
Fax : +41 (0)22 388 77 99  
<http://www.cdc-ge.ch>

Monsieur Antoine BARDE  
Maire de la commune d'Anières  
Route de la Côte-d'Or 1  
1247 Anières

Genève, le 3 novembre 2015

**Marchés publics et frais bancaires**

Monsieur le Maire,

Nous nous référons à votre courrier du 2 octobre 2015 par lequel vous demandez à la Cour de vous communiquer son appréciation quant à l'assujettissement ou non au droit des marchés publics des mandats de gestion que votre commune envisage d'attribuer à différents établissements bancaires.

Vous précisez comme suit le contexte dans lequel interviendrait la conclusion des contrats en question : la commune d'Anières ayant bénéficié en 2014 d'une recette fiscale exceptionnelle, elle souhaite affecter une partie du montant de cette recette à des placements dans des instruments financiers, dont elle confierait l'acquisition et la gestion à un certain nombre d'établissements bancaires. L'un de ceux-ci se verrait confier un mandat « Global Custody », dont la caractéristique principale est la garde et l'administration de l'ensemble des titres sous gestion.

Toute personne ou entité peut saisir la Cour des comptes en application de l'article 35 de la loi sur la surveillance de l'État du 13 mars 2014 ; il appartient alors à la Cour de répondre à cette sollicitation par la voie d'un audit ou d'un examen dit « sommaire ». En l'espèce, la forme de l'audit ne se justifierait pas. La réponse qui vous est apportée par la présente ne préjudicie pas à la décision que pourrait prendre ultérieurement la Cour de mener une mission d'audit sur la mise en place des mesures prises par votre commune.

Afin de répondre de manière concise à votre demande, la Cour part de l'idée que les grandes lignes du droit applicable aux marchés publics communaux vous sont connues et qu'il n'est donc pas nécessaire d'en faire ici une présentation détaillée. Nous nous limiterons à préciser celles des règles sur lesquelles nous fondons notre appréciation dans le cas concret, de manière à vous permettre de décider en toute connaissance de cause quelle procédure appliquer pour la contractualisation des mandats de gestion envisagés.

1. À titre préliminaire, il est nécessaire de relever que le droit suisse des marchés publics est constitué d'un ensemble complexe, voire touffu, de normes juridiques relevant de niveaux législatifs distincts (accords internationaux, droit fédéral, intercantonal et cantonal). L'application de ces normes est souvent malaisée, en raison d'une harmonisation insuffisante entre ces différents niveaux, de l'utilisation par les textes légaux de notions imprécises, nécessitant une interprétation jurisprudentielle évolutive dans le temps, ainsi qu'en raison du décalage temporel entre les révisions successives des différents corps de règles.

L'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 mars 2001 fait actuellement l'objet d'une procédure de révision, destinée à transposer les règles de l'Accord OMC sur les marchés

publics révisé adopté le 30 mars 2012 (AMP 2012), et à mieux harmoniser les bases légales de la Confédération et des cantons. En l'état, c'est toutefois l'AIMP du 15 mars 2001 qui constitue le cadre juridique de référence.

2. Pour déterminer si, et le cas échéant dans quelle étendue, le droit des marchés publics est applicable dans tel cas concret, il convient de vérifier si les conditions suivantes sont réalisées :
  - a) s'agit-il d'un « marché public » au sens de la législation ?
  - b) le type de marché est-il soumis à tout ou partie des différents groupes de règles ?
  - c) est-on en présence d'un pouvoir adjudicateur assujéti ?
  - d) quelle est la procédure applicable en fonction des valeurs seuils ?
  - e) à quel cercle de soumissionnaires le marché doit-il être ouvert ?

Afin d'aller à l'essentiel, nous n'examinerons de manière plus détaillée que les points a) et b), pour lesquels l'état de fait que vous nous avez exposé amène à s'interroger quant à l'obligation ou non d'appliquer les procédures AIMP.

En ce qui concerne les autres conditions, il suffit de constater ici que l'assujettissement des communes au droit des marchés publics, y compris les accords internationaux, est clairement établi. Quant aux points d) et e), nous reviendrons brièvement sur les principes applicables, en vous laissant le soin d'en faire application concrètement en cas de besoin.

### 3. Existence d'un marché public

La législation actuellement en vigueur ne donne pas de définition de la notion de marché public, et c'est la jurisprudence qui a dû progressivement en préciser la portée. Le projet de nouvel AIMP propose de formaliser ces développements jurisprudentiels en retenant la définition suivante : « *Un marché public est un contrat conclu entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires en vue d'exécuter une tâche publique. Ce contrat à titre onéreux est caractérisé par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire* »<sup>1</sup>.

Si la notion de marché public implique par principe que les pouvoirs adjudicateurs ne sont soumis au droit des marchés publics que lorsqu'ils agissent en vue d'exécuter une tâche publique, il en découle a contrario que ces normes ne sont pas obligatoires lors de la conclusion de contrats relatifs à des biens non affectés à de telles tâches publiques (soit les actifs constituant leur patrimoine financier, cf. article 8 LGAF et art. 48 RAC).

La Cour a eu récemment l'occasion d'analyser plus en détail le cadre juridique applicable au patrimoine financier lors de l'examen sommaire qu'elle a consacré aux modalités de gestion de l'Hôtel Métropole par la Ville de Genève. Notre prise de position est publiquement accessible sur le site internet de la Cour (<http://www.cdc-ge.ch>; examen sommaire Ville de Genève – Travaux à l'Hôtel Métropole, du 8.9.2015), et nous vous invitons à vous y reporter pour plus de précisions concernant les fondements juridiques de notre appréciation.

Quant à votre commune, on se trouve à premier examen dans un cas de figure similaire : dans la mesure où le patrimoine financier comprend tant les *avoirs* que les *placements* (cf. article 4 des

---

<sup>1</sup> Article 8 du projet de nouvel AIMP adopté par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics le 18 septembre 2014.

Directives comptables du 25 octobre 1989), le fait d'affecter tout ou partie du reliquat fiscal figurant dans les comptes 2014 à l'acquisition d'instruments financiers constituera une simple redistribution à l'intérieur du patrimoine financier communal. Le but d'une telle opération n'est en effet que la valorisation de la fortune communale par l'obtention d'un meilleur rendement, objectif parfaitement conforme aux principes d'une bonne gestion, mais qui ne vise pas l'exécution directe de tâches publiques. Les liens contractuels que nouera la commune d'Anières à cette fin ne constitueront donc pas des marchés publics au sens de la définition qui en a été donnée ci-dessus.

Il convient toutefois de préciser que la conclusion qui précède pourrait ne pas faire l'unanimité parmi les juristes. En effet, une partie de la doctrine considère que l'AIMP 2001 avait pour objectif de soumettre la totalité des contrats de services conclus par les adjudicateurs cantonaux ou communaux au respect des procédures prévues par l'accord, sans faire de distinction entre but d'exécution d'une tâche publique ou non. Ce ne serait donc qu'une fois le nouvel AIMP en vigueur que cette distinction deviendrait déterminante pour l'assujettissement ou non aux procédures AIMP<sup>2</sup>.

Une seconde limite éventuelle à la validité générale de notre appréciation nous paraît devoir être mentionnée : dans l'hypothèse où la valeur totale des placements d'une commune excéderait celle de sa fortune nette au bilan, nous estimons qu'il faudrait admettre que pour la part couvrant des engagements envers des tiers ou envers des fonds spéciaux, par exemple, la disponibilité à brève échéance de ces montants serait nécessaire à l'accomplissement des tâches publiques, de sorte qu'il serait soutenable que la conclusion des contrats bancaires relatifs à leur gestion devrait respecter les procédures AIMP.

#### 4. Objet du marché et soumission à la réglementation légale

Selon une typologie maintenant devenue usuelle, le premier Accord OMC sur les marchés publics (AMP 1994) s'appliquait à 3 catégories de marchés, aux conditions d'assujettissement distinctes, soit les marchés de construction, ceux de fournitures et ceux de services.

Du point de vue de cette typologie, le recours envisagé par votre commune à des prestations d'établissements bancaires ou financiers entre clairement dans la catégorie des marchés de services. Mais pour délimiter de manière plus fine le champ d'application effectif de l'AMP pour la Suisse, il convient de se reporter à l'Appendice I, annexe 4 AMP, qui établit la liste limitative des services compris dans l'offre de notre pays et pour lesquels le traité lie les pouvoirs adjudicateurs : dans la catégorie des marchés de services, il mentionne expressément les « *Services en matière d'assurance et services bancaires, à l'exclusion des services financiers relatifs à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services fournis par des*

---

<sup>2</sup> cf. en particulier Étienne Poltier, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, in Jusletter 18 mai 2015 : « *Les rapports explicatifs indiquent que les prestations acquises dans le cadre de marchés publics doivent servir à des tâches attribuées à l'État en vertu d'un acte juridique. [...] Cela signifie, a contrario, toujours à suivre les rapports explicatifs, que les services visant à faciliter des intérêts exclusivement privés ne tombent pas sous le coup du droit des marchés publics. Les rapports citent à ce propos le Tribunal fédéral. Il est difficile d'affirmer, contrairement à ce que ces textes laissent entendre, que cette solution, retenue désormais dans les projets, reposait déjà sur le droit positif tel qu'interprété par la jurisprudence antérieure. Au contraire, l'assujettissement au droit des marchés publics n'était pas lié jusqu'ici à l'exécution d'une tâche publique au sens étroit du terme, mais bien plutôt dans une acception extrêmement large.* »

*banques centrales* » (selon la transcription qu'en fait l'annexe 4 du Règlement genevois sur la passation des marchés publics [RMP]).

La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer jusqu'ici sur la portée précise de la clause d'exception en faveur des prestations d'achat ou de transfert de titres (concerne-t-elle toute prestation liée à la gestion de fortune ?). En réponse à une question parlementaire « Quels sont les services financiers qui échappent à la loi et à l'ordonnance sur les marchés publics<sup>3</sup> ? » (Conseil national – 08.12.14 – question 14.5637), le Conseil fédéral précisait ce qui suit en décembre 2014 :

*« En vertu du chiffre 6 de l'annexe 1a à l'ordonnance sur les marchés publics, les services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou autres instruments financiers ne sont pas soumis au droit des marchés publics. (...) Ces dispositions correspondent à la réglementation inscrite dans l'accord sur les marchés publics de 1996, conclu dans le cadre de l'OMC. »*

La délimitation du champ d'application de l'AMP avait été transposée tant dans le droit fédéral des marchés publics que dans le premier AIMP de 1994. Ce dernier ne s'appliquait donc aux marchés de services bancaires que dans les limites examinées ci-dessus. Mais lors de la révision de l'AIMP en 2001, le champ d'application des règles relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux a été déclaré applicable à tous les marchés publics, quel que soit leur type. Il en découle que, sur le plan du marché intérieur suisse, la conclusion de tout contrat relatif à des services bancaires, y compris en matière de gestion de fortune, doit en principe être soumise aux procédures AIMP (pour autant qu'il s'agisse bien d'un marché *public* au sens précisé sous ch. 3 ci-dessus).

#### 5. Bref rappel des autres conditions d'application des règles AIMP

Comme cela résulte du tableau figurant à l'annexe 2 du RMP, les marchés de services ne peuvent être passés de gré à gré que si la valeur seuil ne dépasse pas 150'000. -- frs. Au-delà de cette limite, le pouvoir adjudicateur est tenu de recourir à l'une des procédures de mise en concurrence des soumissionnaires, l'appel d'offres ouvert étant de règle dès la valeur-seuil de 250'000. -- frs.

Le calcul de la valeur seuil dans le cas de contrats d'une durée supérieure à un an correspond à la valeur globale des prestations convenues, plafonnée à 48 x la rémunération mensuelle dans le cas d'un contrat de durée indéterminée (art. 9 RMP).

Ce n'est que si la valeur seuil dépasse le montant mentionné à l'annexe 1b RMP (actuellement 350'000. – frs pour les marchés de services) que l'appel d'offres doit en règle générale être ouvert aux soumissionnaires étrangers provenant d'États signataires des traités internationaux.

Le projet de nouvel AIMP ne prévoit pas de modifications des valeurs seuils actuellement en vigueur.

#### 6. Cadre réglementaire applicable hors AIMP

Il reste à examiner quelle conséquence aurait pour votre commune le possible constat d'une absence d'obligation de faire application des procédures AIMP.

---

<sup>3</sup> Il s'agit de la législation fédérale transposant l'AMP, mais elle comporte la même liste relative aux marchés de services que le RMP.

Dans ce cas de figure, le choix des établissements bancaires à mandater pourrait certes intervenir selon une procédure et des critères de choix librement déterminés par les autorités communales, mais un certain nombre de règles devraient néanmoins être respectées. En effet, afin de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) interdit aux cantons et aux communes d'avoir des réglementations ou des pratiques consacrant des discriminations fondées sur la localisation du domicile et du siège. Selon la jurisprudence, il n'en résulte cependant pas une obligation générale de rendre une décision d'adjudication sujette à recours.

Il convient par ailleurs de souligner que si la conclusion d'un contrat de services donné se trouve hors du champ d'application de l'AIMP, rien n'empêche l'autorité adjudicatrice de s'y soumettre volontairement, ou du moins d'opter pour le recours à l'une des procédures de mise en concurrence des soumissionnaires prévue par le droit des marchés publics.

Dans la mesure où l'un des buts de la réglementation légale est l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, une telle manière de faire doit d'ailleurs être considérée comme conforme aux bonnes pratiques en l'absence de motifs objectivement fondés d'attribuer le contrat de gré à gré. Sans nécessairement appliquer intégralement l'AIMP, la procédure à définir par la commune devrait donc viser l'obtention d'un nombre suffisant d'offres de soumissionnaires (trois au minimum), et garantir un choix non discriminatoire de l'adjudicataire, fondé sur des critères objectifs ayant un lien transparent avec la qualité et le caractère économiquement avantageux des prestations attendues.

## 7. Conclusions

Au terme de l'examen des différents éléments constitutifs du cadre juridique rappelé ci-dessus, notre avis concernant la question posée dans votre courrier du 2 octobre 2015 peut se résumer comme suit :

- a. Si les placements envisagés concernent exclusivement le patrimoine financier de la commune, et plus précisément les actifs composant sa fortune nette, les contrats de gestion à conclure en vue de la sélection, de l'acquisition et de l'administration des différents instruments financiers souhaités ne constituent pas des marchés publics au sens de l'AIMP, et ils n'entrent donc pas dans le champ d'application de celui-ci.
- b. Dans la mesure où selon l'art. 30 al. 1 lettre e) LAC, une délibération du Conseil municipal est requise pour une telle décision de placement, sauf en cas de limitation aux instruments relativement sûrs pour lesquels l'art. 48 lettre j) LAC réserve la compétence à l'exécutif communal<sup>4</sup>, il est à conseiller d'explicitier clairement dans le projet de délibération que l'opération a pour objectif essentiel la valorisation du capital propre de la commune par l'accroissement de son rendement, les montants en cause n'étant pas nécessaires à l'accomplissement des tâches publiques communales.
- c. En l'absence d'obligation légale d'appliquer les procédures AIMP, il appartient à l'exécutif de décider s'il entend y recourir néanmoins à titre volontaire (pour limiter notamment tout risque lié à une analyse juridique différente de la notion de marché public), ou s'il entend

---

<sup>4</sup> Selon l'art. 3 des Directives comptables, cela se limite aux placements suivants : bons de caisse ou obligations d'emprunts suisses, lettres de gage suisses, reconnaissances de dettes auprès d'autres collectivités publiques en Suisse.

arrêter une procédure spécifique, offrant la souplesse requise, mais non discriminatoire et conforme aux bonnes pratiques de gestion (mise en concurrence, définition de critères objectifs de choix, etc.). Là également, il serait judicieux que le projet de délibération à soumettre au Conseil municipal fournisse toutes précisions utiles.

- d. Dans tous les cas de figure, et indépendamment des valeurs seuils, il n'y a pas d'obligation d'ouvrir le marché aux établissements bancaires étrangers signataires de l'AMP, au vu de la limitation contenue à l'Appendice I, annexe 4 AMP en ce qui concerne les services bancaires.

Nous espérons que l'avis ainsi exprimé par la Cour à la suite de l'examen de votre demande vous fournira les éléments d'appréciation nécessaires à une prise de décision éclairée, et nous restons à votre disposition pour toute question de compréhension éventuelle.

En vous remerciant d'avoir pris contact avec la Cour, nous vous prions de croire, Monsieur le Maire, à l'expression de nos sentiments distingués.

Pour la Cour des comptes

Isabelle TERRIER, présidente

Marco ZIEGLER, magistrat suppléant