

La clause de solidarité numérique - Analyse à la lumière du droit des contrats, des marchés publics et de la concurrence

Rolf H. WEBER, docteur en droit, professeur à l'Université de Zurich
Valérie MENOUD, licenciée en droit, assistante à l'Université de Zurich

Table des matières

- I. Le Fonds de Solidarité Numérique et son mécanisme de financement
 - A. La création du Fonds de Solidarité Numérique
 - B. Un mécanisme de financement innovant

 - II. Aspects du droit des obligations
 - A. Qualification de la clause de solidarité numérique
 - 1. Donation
 - a. Définition
 - b. Eléments de la donation
 - c. Qualification de la clause de solidarité numérique
 - d. Conséquences de la qualification
 - 2. Stipulation pour autrui
 - a. Le système
 - b. Stipulation pour autrui parfaite ou imparfaite
 - B. Conséquences pratiques
 - 1. Obligations du débiteur
 - 2. Droits du bénéficiaire

 - III. Aspects du droit des marchés publics
 - A. Inclusion de la clause de solidarité numérique dans les marchés publics
 - B. Applicabilité du droit des marchés publics
 - C. Principes des marchés publics
 - D. Conséquences pratiques

 - IV. Aspects du droit de la concurrence
 - A. Législation sur la concurrence dans le secteur public
 - B. Reconnaissance des politiques secondaires
 - C. Abus de position dominante
 - D. Conséquences pratiques

 - V. Perspectives
- Bibliographie

I. Le Fonds de Solidarité Numérique et son mécanisme de financement

Pierre TERCIER a montré au cours de sa carrière professionnelle combien la combinaison des principes de différents domaines du droit peut donner des résultats fructueux dans le monde juridique. Sa remarquable expertise dans le droit des obligations¹ et sa grande implication dans le développement du droit de la concurrence² démontrent clairement l'influence qu'il a sur l'environnement juridique suisse.

A. La création du Fonds de Solidarité Numérique

Pour faire face aux défis posés par une société de l'information en constante évolution, la communauté internationale a décidé de se réunir : En décembre 2001, sur proposition de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) et afin de fournir des moyens effectifs pour atteindre les buts fixés lors du Sommet du Millénaire, l'ONU a décidé de convoquer un sommet au niveau des chefs d'Etat et de gouvernements, avec la participation active d'organisations non gouvernementales, de la société civile et du secteur privé, afin de discuter des questions internationales ayant trait à la Société de l'Information³. Le Sommet Mondial sur la Société de l'Information (SMSI) s'est tenu en deux phases, à Genève du 10 au 12 décembre 2003 et à Tunis du 16 au 18 novembre 2005.

L'objectif essentiel du SMSI était de « dégager un consensus mondial et une volonté collective », et « d'examiner l'ensemble des questions pertinentes que soulève l'avènement de la société de l'information »⁴ et en particulier de trouver des moyens concrets en vue de combler l'inquiétante fracture numérique⁵. Cependant, durant la phase préparatoire déjà, il apparut évident que les questions portant sur la manière de combler le fossé numérique, et

¹ TERCIER, Les contrats spéciaux; TERCIER, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, RSJ 1995 et années suivantes.

² PIERRE TERCIER a été membre et Président de la Commission de la Concurrence; il est également un commentateur reconnu et apprécié de la Loi sur les cartels (TERCIER et al. (éds.), Droit de la concurrence).

³ Résolution ITU 73 (Minneapolis 1998); ONU, Résolution A/RES/56/183 adoptée par l'Assemblée Générale le 31 janvier 2002; ONU, Résolution A/RES/57/238 adoptée par l'Assemblée Générale le 31 janvier 2003 ; WEBER, Legal Framework, 27.

⁴ ONU, Résolution A/RES/56/183, clause d'introduction 3; WEBER, Legal Framework, 27.

⁵ La fracture numérique peut être définie comme un « écart entre les individus, les ménages, les entreprises et les régions géographiques à différents niveaux socio-économiques pour ce qui concerne leur possibilité d'accéder aux technologies de l'information et de la communication et de leur utilisation de l'Internet pour toutes sortes d'activités » (OECD [2001], 5 ; traduction des auteurs).

plus particulièrement sur la façon dont les investissements requis devaient être financés, étaient loin de réunir un consensus international⁶.

Néanmoins, durant les discussions du SMSI, l'idée de créer un fonds international pour recueillir des moyens financiers afin de lutter contre la fracture numérique a émergé, avec le support de l'Union Africaine et de ses membres⁷. Bien que la proposition ne soulevât pas immédiatement l'enthousiasme général lors du SMSI⁸, la création du Fonds de Solidarité Numérique (FSN) a pris un tournant positif avec le concours actif des autorités locales lors du Sommet des Villes et des Autorités Locales qui s'est tenu à Lyon le 4 décembre 2003⁹, dans le sillage des phases préparatoires du SMSI.

Le FSN a été inauguré officiellement le 14 mars 2005 en tant que « Fondation Fonds de Solidarité Numérique »¹⁰, une fondation soumise au droit suisse, ayant son siège à Genève.

B. Un mécanisme de financement innovant

En plus de la possibilité traditionnelle d'accorder une aide financière au travers d'une donation à la fondation, les promoteurs du Fonds de Solidarité Numérique ont proposé un mécanisme de financement innovant pour recueillir des ressources, à savoir le principe du 1% de solidarité numérique. Ce principe du 1% de solidarité numérique – connu également en tant que principe de Genève – implique l'introduction d'une clause dans un contrat de biens et

⁶ La question de la gouvernance de l'Internet a aussi soulevé de nombreux désaccords. Néanmoins, la Déclaration de principes de Genève, WSIS-03/GENEVA/DOC/0004, le Plan d'action de Genève, WSIS-03/GENEVA/DOC/0005, l'Engagement de Tunis, WSIS-05/TUNIS/DOC/7, et l'Agenda de Tunis, WSIS-05/TUNIS/DOC/6 (rev. 1), ont été adoptés à l'issue des phases du WSIS.

⁷ Voir notamment SMSI, Rapport de la conférence régionale africaine pour le SMSI, Bamako 28-30 mai 2002, WSIS/PC-2/DOC/0004, 6; SMSI, Commentaires et amendements du Bureau africain réuni à Tunis du 1 au 3 septembre 2003, WSIS/PC-3/CONTR/163, 2 et 4, SMSI, Contribution du Sénégal au PreCom-3, WSIS/PC/CONTR/157-F, 2 s.

⁸ L'initiative a reçu le soutien de beaucoup d'autres pays en voie de développement, dont le Brésil, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud ; l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI) a aussi exprimé son soutien. En revanche, de nombreux pays industrialisés, comme les Etats-Unis, l'Union Européenne et le Japon étaient opposés à l'insertion d'une telle proposition dans les documents du SMSI, tout comme l'était la majorité du secteur privé (pour plus de détails WEBER / MENOUD, 147-149).

⁹ Sommet Mondial des Villes et des Pouvoirs Locaux sur la Société de l'Information, Déclaration du 5 décembre 2003 ; la création du Fonds de Solidarité Numérique a été annoncée peu après, à l'occasion de la dernière session plénière du SMSI, par les maires de Genève et de Lyon, avec les contributions initiales des villes de Genève et Lyon, ainsi que de la République du Sénégal (SMSI, Report from the Cities and Local Authorities in the IS, Déclaration de Messieurs G. COLLOMB, Sénateur Maire de Lyon, et Ch. FERRAZINO, Maire de Genève, 12 décembre 2003).

¹⁰ En anglais "Global Digital Solidarity Fund" (art. 1 des Statuts du Fonds de Solidarité Numérique, www.dsffsn.org/cms/content/view/27/61/lang.fr).

services relatifs aux TIC. Celle-ci stipule que le vendeur ou fournisseur de services s'engage à transférer 1% de la valeur totale de la transaction au Fonds de Solidarité Numérique.

Cet instrument est destiné prioritairement à l'usage par des institutions publiques, comme pour rappeler le fait que le FSN a été créé sous l'impulsion d'autorités locales et de villes : en effet, une entité publique ayant souscrit au principe de Genève exige dans ses marchés publics des entreprises privées fournissant des TIC (équipements, programmes, services, etc.) qu'elles transfèrent 1% de la valeur totale de la transaction directement au FSN. « Au terme de cette clause, les fournisseurs répondant aux appels d'offres s'engagent à verser 1% de la transaction, prélevé sur leur marge bénéficiaire, au Fonds mondial de Solidarité Numérique»¹¹ : Le 1% consiste donc en une contribution payée par les sociétés retenues après un appel d'offres, prélevée sur leur marge bénéficiaire. Par conséquent, le mécanisme dépend de l'inclusion de la clause de solidarité numérique par l'autorité publique dans ses appels d'offres de biens ou de services en relation avec des TIC.

Du point de vue de l'institution publique, ce système financier a aussi l'avantage d'être très simple à mettre en œuvre. Il peut être appliqué facilement, en trois étapes¹² : Dans un premier temps, l'autorité publique doit adopter le principe de Genève en se conformant à ses réglementations et compétences administratives ; une fois la décision prise formellement, l'institution doit en informer la Fondation FSN en lui envoyant sa décision d'introduire la clause du 1% de solidarité numérique dans ses appels d'offres, par courrier électronique ou postal. Dans un deuxième temps, la clause de solidarité numérique est introduite dans les appels d'offres pour la fourniture de biens et services relatifs aux TIC. Dans un troisième temps, lorsque le marché a été attribué, l'institution doit simplement renseigner la Fondation FSN lui transmettant le nom de l'entreprise retenue et la valeur du contrat ; pour ce faire, elle peut utiliser un formulaire FSN intitulé « Informations sur le contrat », qui est disponible en ligne¹³ ; ces données sont traitées avec une totale confidentialité par le FSN.

Cet instrument de financement, qui présente l'avantage d'avoir à la fois un caractère permanent et de reposer sur une acceptation volontaire, est sans aucun doute une opportunité de concilier le besoin d'un mécanisme financier innovant et la réticence apparente des Nations

¹¹ FSN, Principe du 1%, www.dsf-fsn.org/cms/content/view/39/73/lang.fr/.

¹² FSN, Appliquer le principe du 1% de solidarité numérique, www.dsf-fsn.org/cms/content/view/40/74/lang.fr/.

¹³ Disponible à l'adresse www.dsf-fsn.org/cms/documents/fr/pdf/information_contract_fr.pdf.

Unies à l'égard d'un schéma contraignant, d'où la large reconnaissance internationale et le soutien politique ainsi obtenus¹⁴. Le Fonds de Solidarité Numérique se trouve encore dans sa phase de lancement¹⁵; cela dit, la clause de solidarité numérique a déjà été adoptée et mise en œuvre par les municipalités de Genève et Lausanne, ainsi que par les *Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG)* et le *Centre Hospitalier Universitaire de Lausanne (CHUV)*. Le principe de Genève est également appliqué par la République du Sénégal.

II. Aspects du droit des obligations

A. Qualification de la clause de solidarité numérique

La clause du 1% de solidarité numérique est une disposition contenue dans un contrat passé entre une autorité publique et une société privée appelée à fournir des biens ou des services relatifs aux TIC suite à une procédure d'attribution de marchés publics ; la clause est une disposition contractuelle stipulant que la société privée partie au contrat s'engage à faire don de 1% de la valeur totale de la transaction à la Fondation Fonds de Solidarité Numérique. Etant donné que les dispositions légales applicables aux contrats font en prépondérance partie du droit national, que cette contribution n'a pas vocation à se pencher sur un grand nombre d'ordres juridiques différents et qu'en vertu des règles du droit international privé (règles de conflits de compétence), le droit du domicile du fournisseur de biens ou services seraient applicables, les commentaires suivants sur les aspect du droit des obligations sont faits en application du droit suisse ; ceci se justifie également du fait que les autorités ayant adopté le principe de solidarité numérique sont en grande majorité des entités suisses.

1. La donation

a. Définition

Eu égard au fait que la contribution de 1% au FSN est faite sans contre-prestation correspondante, l'élément de donation de ce transfert d'argent nécessite une analyse plus détaillée. En droit suisse, une donation constitue « un contrat par lequel une personne s'oblige à faire entre vifs une attribution de biens à une autre sans contre-prestation

¹⁴ Pour une liste exhaustive des déclarations concernant FSN, voir www.ds-fsn.org/cms/content/view/26/60/lang,fr/.

¹⁵ WEBER / MENOUD, 151–157.

correspondante »¹⁶. Le texte peu clair de l'art. 239 CO – qui met l'accent sur l' « attribution » – ne doit toutefois pas porter à confusion quant à la nature contractuelle de la donation en droit suisse¹⁷; la donation doit être qualifiée de **contrat unilatéral**, parce que seule une des parties s'oblige à fournir une prestation¹⁸.

Deux types d'actes juridiques qui sont couverts par la notion de donation peuvent être distingués, suivant que l'on se réfère au moment où l'exécution de l'obligation est réalisée : (1) Le cas dans lequel la naissance de l'obligation et son exécution sont concomitantes est qualifié de **donation manuelle** (CO 242)¹⁹; si les parties conviennent d'une donation, mais en diffèrent l'exécution, la loi parle de **promesse de donner** (CO 243)²⁰.

b. Eléments de la donation

Un contrat de donation présente deux éléments essentiels : (1) Une attribution de biens provenant du patrimoine du donateur vers les actifs du donataire²¹, d'une part, et (2) l'absence de contre-prestation correspondante, d'autre part.

(1) **Attribution de biens** : Cet aspect d'une donation implique principalement que les biens destinés à être transférés doivent se trouver parmi les actifs du donateur au moment de la conclusion du contrat²². En conséquence, l'appauvrissement du donateur doit nécessairement se traduire par un enrichissement du bénéficiaire, soit au travers d'une augmentation de ses

¹⁶ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1554; cette proposition de définition va plus loin que la lettre de l'art. 239 CO qui lui met en avant le transfert de bien entre vifs et qui porte de ce fait légèrement à confusion.

¹⁷ En cela le droit suisse se distingue des autres systèmes légaux ; en France, par exemple la donation constitue un acte de disposition unilatéral (voir TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1557).

¹⁸ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1556; CR-CO I – BADDELEY, N 5 ss ad art. 239; BaK-OR I – VOGT, N 3 ad art. 239.

¹⁹ La donation manuelle n'est pas un acte de disposition dans lequel le transfert *in se* constituerait la donation ; il s'agit bien plutôt d'un contrat générateur d'obligations et d'un acte d'exécution qui ont les deux lieux immédiatement (dans ce sens TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1613; CR-CO I – BADDELEY, N 5 s ad art. 242; BaK-OR I – VOGT, N 1 ad art. 242; ZK-OSER / SCHÖNENBERGER, N 22 ad art. 239; VAN DE SANDT, N 679; BUCGER, 147 s; ENGEL, 116; CAVIN, 187; ATF 105 II 104/107 = JT 1979 I 489/492) ; *contra* et qualifiant la donation manuelle d'acte de disposition abstrait : MAISSEN, N 25 ss qui, pour cette raison, préfère la désignation allemande de « Realschenkung » au lieu du terme plus étroit de « Handschenkung » ou « Schenkung von Hand zu Hand » (MAISSEN, N 34).

²⁰ Voir notamment TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1558 ss; CR-CO I – BADDELEY, N 12 ad art. 239.

²¹ En d'autres termes, le donateur doit transférer un de ses biens au donataire (TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1571).

²² Cf. par ex., CR-CO I – BADDELEY, N 31 ss ad art. 239; sur le type de bien qui peut faire l'objet d'une donation, voir BaK-OR I – VOGT, N 6 ss ad art. 239.

actifs, soit par une diminution de son passif²³. Dans le cas d'une promesse de donner, le bénéficiaire « s'enrichit » d'une créance à l'égard du donateur promettant²⁴.

(2) **Caractère gratuit de l'attribution** : Ce critère légal caractérise l'intention de libéralité du donateur qui sous-tend le contrat de donation. La donation doit être faite avec la seule intention d'enrichir le bénéficiaire, c'est-à-dire avec *animus donandi* ou *causa donandi*²⁵. L'absence de contre-prestation correspondante est la manifestation visible de cette intention. A cet égard, il est important de préciser que le concept ne se réfère pas aux motifs de la donation, lesquels peuvent être variés (générosité, gratitude, vanité, besoins de publicité, etc.) et qui ne sont pas déterminants, mais bien plutôt à une intention plus objective du donateur présupposant sa conscience et sa volonté de s'appauvrir au bénéfice du donataire²⁶.

c. *Qualification de la clause de solidarité numérique*

Comme mentionné ci-dessus, la clause de solidarité numérique est une disposition contractuelle habituellement incluse dans un contrat de marché public passé entre une autorité publique et une entreprise commerciale privée (contrat principal).

Les caractéristiques principales de la clause de solidarité numérique permettent de la décrire comme une **promesse de donner** au sens de l'art. 243 al. 1 CO : L'entreprise commerciale privée (donateur) s'engage à transférer une partie (1% au moins) du prix du contrat principal au Fonds de Solidarité Numérique (donataire) sans contre-prestation correspondante immédiate ; l'exécution n'est pas faite concomitamment à l'engagement, mais a lieu plus tard²⁷.

Il est primordial de clarifier le rôle des différentes parties au principe de solidarité numérique : Dans cette constellation particulière et inhabituelle, l'autorité publique qui adopte le mécanisme dans ses appels d'offres ne revêt pas la position de donateur : En fait, le 1% de solidarité numérique est censé être prélevé sur la marge de l'entreprise privée découlant du

²³ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1571; pour plus de détails, voir CR-CO I – BADDELEY, N 38 ss ad art. 239.

²⁴ Voir ci-dessous, 8.

²⁵ CAVIN, 185 s.

²⁶ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1573; MAISSEN N 120; CR-CO I – BADDELEY, N 26 ad art. 239.

²⁷ Il est important de ne pas confondre une promesse de donner avec une promesse de contracter (art. 22 CO) : La promesse de donner est un contrat dans lequel les parties s'engagent à un acte de disposition, tandis que la promesse de contracter est un contrat dans lequel les parties s'accordent sur la conclusion d'un autre contrat dans le futur (voir CR-CO I – DESSEMONTET, N 2 et 8 ad art. 151).

contrat principal. Dès lors, c'est la société privée qui s'appauvrit avec cet engagement supplémentaire pris dans le contrat principal²⁸.

Toutefois, quelques points découlant de cette constellation spéciale dans laquelle la promesse de donner est faite soulèvent des questions qui doivent être examinées plus en détail²⁹ : Celles-ci se rapportent (1) à l'objet de la donation et (2) à l'intention de libéralité.

(1) **L'objet de la donation** : Dans le cas de la clause de solidarité numérique, le donateur promet d'allouer un pourcentage de la valeur totale du contrat principal, c'est-à-dire du prix payé par l'autorité publique pour les biens ou services relatifs aux TIC livrés. L'objet de la donation ne se trouve pas dans le patrimoine du donateur au moment où la promesse de donner est faite : En effet, l'autorité publique n'a pas encore payé le prix convenu. Cependant, nonobstant le sens étroit de l'art. 239 CO, la doctrine admet que, dans le cas particulier de la promesse de donner, il n'est pas nécessaire que le bien lui-même se trouve dans le patrimoine du donateur au moment de la prise de l'engagement de donner : La promesse donne alors lieu à une créance en faveur du donataire et à une dette correspondante dans le passif du donateur³⁰. Les problèmes liés à une éventuelle absence de capacité du donateur à disposer du bien ne doivent dès lors être examinés qu'au moment de l'exécution du contrat³¹.

(2) **L'intention de libéralité** : Dans une telle configuration tripartite (où la société privée a dans un certain sens une « obligation » de donner basée sur d'une disposition contractuelle formulée par l'autorité publique dans le cadre d'un appel d'offres et qu'elle y consent principalement pour des raisons de publicité et de communication sociale) l'*animus donandi* peut être difficile à concevoir. En outre, il se peut que l'entreprise privée accepte de s'engager en faveur d'une clause de solidarité numérique exclusivement pour des raisons de publicité et de communication sociale. Toutefois, comme mentionné plus haut, les motifs de la donation peuvent être nombreux et ne sont pas décisifs pour établir l'intention de donner ; ce qui est déterminant, c'est que le donateur ait la conscience et la volonté de s'appauvrir au bénéfice du donataire et que, par conséquent, il ne reçoive pas de contre-prestation directe correspondante.

²⁸ Ceci se reflète aussi dans le fait que les entreprises des TIC privées ont la possibilité d'appliquer le principe de la solidarité numérique de leur propre initiative dans tous leurs contrats.

²⁹ Les conséquences qui découlent de cette relation tripartite dans laquelle la clause s'inscrit seront examinées ci-dessous, 9–10 ; néanmoins, les aspects relatifs à certains points des dispositions légales sur la donation doivent être traités ici.

³⁰ CR-CO I – BADDELEY, N 16 ad art. 239; MAISSEN, N 218; CAVIN 183 N 1; BaK-OR I – VOGT, N 7 ad art. 239.

³¹ CAVIN 183 N 1.

La volonté et la conscience de la société privée peuvent être présumées, attendu que la clause de solidarité numérique est une disposition contractuelle inscrite dans un accord (supposé valable) reflétant la volonté concordante et réciproque des parties (CO 1). De plus, le donateur ne reçoit aucune contre-prestation directe correspondante, ni n'espère en recevoir une. En transférant une partie de ses bénéfices au FSN, une entreprise agit dès lors avec l'intention de donner.

Si la promesse elle-même est faite *donandi causa*, l'acte d'attribution ultérieur exécutant la promesse est, pour sa part, effectué *solvendi causa* : En fait, le donateur exécute son obligation à l'égard du Fonds de Solidarité Numérique, de même que son obligation contractuelle vis-à-vis de l'autorité publique. Cette circonstance n'a toutefois pas d'effet sur la nature gratuite de la promesse de donner, laquelle devrait, lors de l'examen de l'*animus donandi*, être considérée comme un **processus complet**, constitué de plusieurs étapes³².

d. Conséquences de la qualification

Le fait de qualifier la clause de solidarité numérique de promesse de donner entraîne plusieurs conséquences pour la conclusion du contrat ; celles-ci se rapportent (1) à la forme du contrat et (2) à la manifestation de l'accord mutuel des parties.

(1) Une promesse de donner est subordonnée à la **forme écrite** pour être valable (CO 234)³³. Cette exigence sert principalement à protéger le donateur contre tout engagement irréflecti³⁴. Par conséquent, tous les éléments essentiels d'une promesse de donner sont soumis à la forme écrite³⁵, faute de quoi le contrat est frappé de nullité³⁶. La clause de solidarité numérique est inscrite dans le contrat passé entre l'autorité qui achète et la société retenue suite à une procédure de soumission d'un marché public ; de tels contrats sont aussi assujettis à la forme écrite par les dispositions régissant les marchés publics³⁷, répondant de la sorte à l'exigence de l'art. 243 al. 1 CO.

³² Voir aussi VAN DE SANDT, N 360 et 367; EITEL, 17.

³³ Dans le cas de biens immobiliers ou de droits réels immobiliers, la promesse de donner doit être faite par acte authentique (CO 243 II).

³⁴ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1616; CR-CO I – BADDELEY, N 2 ad art. 243.

³⁵ Les *essentialia negotii* d'une promesse de donner sont l'identité des parties, l'objet de la donation, la volonté de donner et éventuellement d'autres éléments tels que les conditions et obligations imposées au donataire (pour plus de détails, voir VAN DE SANDT, N 719 ss).

³⁶ Toutefois si la promesse de donner est soumise à la forme écrite et non à un acte authentique, son exécution guérit un vice de forme et est assimilée à une donation manuelle (TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1622 ss; CR-CO I – BADDELEY, N 21 ss ad art. 243).

³⁷ Art. 29 de l'Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP), RS 172.056.11.

(2) En tant qu'acte juridique bilatéral, la promesse de donner nécessite une manifestation de volontés concordantes et réciproques de la part des parties pour les lier, ce qui signifie qu'une **acceptation** du bénéficiaire est exigée en réponse à l'offre du donataire. Il est de ce fait nécessaire que le bénéficiaire reçoive notification de l'offre de donner³⁸. Dans les cas des relations tripartites, dans lesquelles une tierce personne tire bénéfice d'un arrangement entre deux autres parties, comme dans le cas de la clause de solidarité numérique, il est nécessaire que le tiers (bénéficiaire) prenne note de l'offre du donateur formulée dans le contrat principal³⁹. Le FSN a mis en place un mécanisme de notification qui répond à cette exigence : Une fois le marché public attribué, l'institution publique doit informer la Fondation FSN du nom de l'entreprise retenue et de l'importance du contrat en utilisant un formulaire FSN « Informations sur le contrat » qui est disponible en ligne⁴⁰. Il peut alors être présumé que le FSN prend note de la transaction de donation dès réception du formulaire ; il n'est pas nécessaire que le FSN réagisse expressément à la déclaration du donateur, du moment que l'acceptation peut être déduite des circonstances⁴¹.

2. *Stipulation pour autrui*

a. *Le système*

Le mécanisme de financement du FSN met en rapport trois parties : (1) Une institution publique, (2) une société privée (fournisseur) et (3) la Fondation FSN. De la sorte, le mécanisme donne naissance à une structure **tripartite** spéciale⁴² dans laquelle le FSN (tiers) bénéficie d'un accord obtenu entre deux autres parties. Cette constellation présente des éléments de stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO qui méritent de retenir l'attention.

La stipulation pour autrui est un **accord** par lequel le créancier (stipulant) se voit promettre par le débiteur (promettant) l'exécution d'une prestation en faveur d'un tiers (bénéficiaire)⁴³.

³⁸ TERCIER, Les contrats spéciaux, N 1609.

³⁹ BaK-OR I – VOGT, N 3 ad art. 239; BaK-OR I – GONZENBACH, N 4 ad art. 112; ATF 69 II 309.

⁴⁰ Le formulaire est disponible à l'adresse www.ds-fsn.org/cms/documents/fr/pdf/information_contract_fr.pdf.

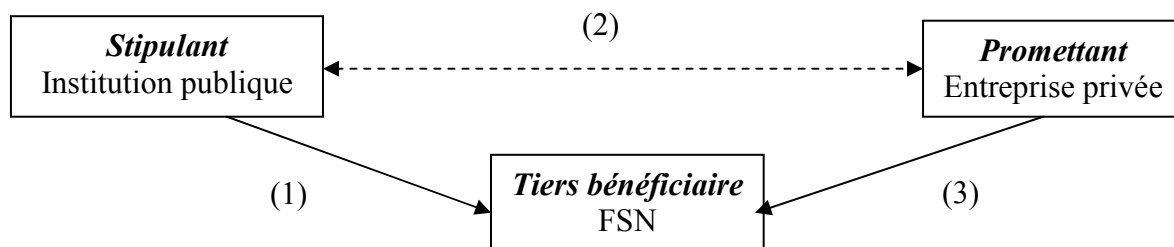
⁴¹ Etant donné que le FSN a lui-même formulé le principe de solidarité numérique, qu'il sait déjà quelles communes et autorités publiques l'appliquent et qu'il fournit aussi un formulaire on-line, son acceptation tacite peut être présumée à réception du formulaire (TERCIER, N 1611 avec réf.) ; de plus, l'acceptation de la donation n'est pas soumise à la forme écrite : seul la déclaration du donateur doit être contenue dans un acte écrit (id., N 1619).

⁴² Sur le concept et les différentes sortes de relations tripartites en droit Suisse, voir WEBER, Dreipersonen-Verhältnisse, 169 ss.

⁴³ GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, volume II, N 4094; ATF 117 II 315/320.

Il importe de préciser que le créancier agit pour son compte (et non en tant que représentant du tiers) et que le bénéficiaire n'est pas partie au contrat⁴⁴.

Il découle de la teneur de l'art. 112 CO et de sa place dans le Code des obligations que la stipulation pour autrui n'est pas un contrat nommé ou innommé indépendant défini par ses éléments constitutifs ; il s'agit plutôt d'un accord qui peut être joint à n'importe quel autre contrat et qui le modifie dans le sens que tout ou partie de la prestation doit être fournie à un tiers déterminé⁴⁵. Puisque générateur d'obligations pour le débiteur, ce mode particulier d'exécuter un contrat requiert l'accord des parties⁴⁶; en outre, ses conséquences juridiques sont déterminées en fonction des différents contrats à la base du rapport tripartite⁴⁷.



(1) Relation entre le stipulant (entité publique) et le tiers bénéficiaire (FSN) : Comme le Fonds de Solidarité Numérique dépend à la base d'un engagement volontaire, l'autorité publique appliquant le principe du 1% n'est pas directement liée au FSN. L'autorité locale prend simplement une décision formelle interne, exprimant sa résolution d'insérer la clause de solidarité numérique de 1% dans ses appels d'offres. Par exemple, la Ville de Genève a adopté le principe de solidarité numérique au travers d'une décision du Conseil administratif municipal du 15 décembre 2004 qui déclare son intention d'appliquer le 1% de solidarité numérique. Cette décision a ensuite été communiquée à la Fondation Fonds de Solidarité Numérique.

⁴⁴ BK-WEBER, N 35 ad art. 112; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, volume II, N 4094.

⁴⁵ La nature dogmatique de la stipulation pour autrui fait l'objet d'un conflit de doctrine : la doctrine majoritaire est d'avis que la stipulation n'est pas un contrat comprenant des éléments essentiels, mais simplement une méthode spécialement prévue pour exécuter une obligation (BK-WEBER, N 15 ad art. 112; CR-CO I – TEVINI DU PASQUIER, N 2 ad art. 112; BUCHER, AT, 475; BaK-OR I -GONZENBACH, N 1 ad art. 112), alors que la doctrine minoritaire la conçoit comme un contrat (KRAUSKOPF, N 167; ENGEL, Traité, 417).

⁴⁶ CR-CO I – TEVINI DU PASQUIER, N 2 ad art. 112.

⁴⁷ BK- WEBER, N 16 ad art. 112.

(2) Relation entre le stipulant (autorité publique) et le promettant (entreprise privée) : L'autorité publique et l'entreprise privée s'engagent contractuellement pour la fourniture de biens relatifs aux TIC dans le cadre d'un marché public ; la clause du 1% de solidarité numérique est inscrite dans le contrat en constituant une obligation secondaire visant la fourniture de biens ou services relatifs aux TIC ; elle prend la forme d'une promesse de donner (*donandi causa*)⁴⁸ : Le promettant s'engage à transférer au moins 1% du prix à payer au tiers bénéficiaire.

(3) Relation entre le promettant (entreprise privée) et le tiers bénéficiaire (FSN) : Le promettant s'oblige à exécuter son obligation à l'égard du tiers bénéficiaire, parce qu'il s'y est engagé vis-à-vis du créancier (*solvendi causa*).

b. Stipulation pour autrui parfaite ou imparfaite

En vertu de l'art. 112 al. 2 CO, une distinction est faite entre **deux différents types de stipulations pour autrui**, selon que le tiers bénéficiaire a un droit à réclamer l'exécution ou non : La doctrine parle de stipulation pour autrui « parfaite » ou « imparfaite ». Dans une stipulation imparfaite en faveur d'un tiers, le bénéficiaire a seulement le droit de recevoir la prestation, et non celui de la demander. Par contre, dans une stipulation parfaite en faveur d'un tiers, le bénéficiaire est habilité à demander lui-même l'exécution de la prestation en sa faveur.

Comme la stipulation parfaite est une exception au principe de la relativité des contrats⁴⁹, l'art. 112 al. 2 CO fixe deux critères pour établir si le tiers est exceptionnellement en droit de requérir l'exécution d'une obligation : (1) **La volonté** des parties et (2) **l'usage**, auxquels la doctrine suisse a ajouté un troisième critère, (3) le **but** du contrat⁵⁰. Manifestement, le droit du bénéficiaire de demander l'exécution de l'obligation peut aussi être stipulé prévu par la loi⁵¹.

Dans le cas de la clause de solidarité numérique, **la volonté des parties** apparaît décisive. Si la clause ne prévoit pas expressément que le tiers est habilité à faire valoir l'avantage qui lui a été

⁴⁸ Voir ci-dessus, 8–9 ; puisqu'elle fait partie d'une procédure d'attribution d'un marché public, cette relation juridique doit aussi être examinée à la lumière du droit des marchés publics (voir ci-dessous 15–20).

⁴⁹ CR-CO I – TEVINI DU PASQUIER, N 9 ad art. 112; la *common law* connaît aussi la relativité des contrats sous le terme de « doctrine of privity of contract » (cf. par ex., KOFFMAN / MACDONALD, N 18.1 ss).

⁵⁰ Ces critères doivent être appliqués subsidiairement, c'est à dire que, lorsque la volonté des parties n'est pas claire, on peut ressortir à l'usage et, si ni la volonté des parties ni l'usage ne donnent de réponse, au but du contrat (BK- WEBER, N 43 ad art. 112).

⁵¹ Tel est le cas par exemple à l'art. 113 CO (pour d'autres exemples, voir BK- WEBER, N 59 ss ad art. 112).

conféré, le contrat doit être interprété. La lettre du contrat, les déclarations et le comportement des parties peuvent apporter des éclaircissements sur l'intention des parties. A cet égard les intérêts du débiteur, qui doivent être considérés à la lumière des circonstances du cas concret⁵² sont particulièrement pertinents : Notamment, l'intérêt évident du stipulant de voir le bénéficiaire se trouver en position de demander l'exécution lui-même doit être pris en compte⁵³. Le transfert du 1% de la valeur du contrat au FSN intervient à la suite de l'exécution complète du contrat principal, lors de ce qui apparaît comme une seconde phase d'exécution du contrat, qui commence après que le prix pour les biens ou services a été payé au fournisseur. Le but et les objectifs d'un tel mécanisme montrent un intérêt évident de l'autorité publique (stipulant) à voir un droit accordé au FSN (tiers bénéficiaire), afin qu'il soit en mesure de réclamer l'exécution de la clause du 1% de solidarité numérique de manière indépendante dans cette seconde phase de l'exécution du contrat.

B. Conséquences pratiques

1. Obligations du promettant

L'entreprise privée (promettant) ne peut remplir son obligation de manière valable **qu'en exécutant sa prestation vis-à-vis du bénéficiaire**⁵⁴.

Toutefois, avant que le FSN fasse une déclaration d'adhésion⁵⁵, l'entreprise privée a deux possibilités théoriques de se **libérer** de son obligation de s'exécuter envers le bénéficiaire⁵⁶ : (1) L'entreprise privée pourrait, soit avec l'autorité publique (stipulant), soit avec le FSN (tiers) lui-même, trouver un arrangement pour être libérée de son obligation fournir sa prestation au tiers ; (2) l'autorité publique (stipulant) peut seule libérer le débiteur ; dans un tel cas, cependant, l'obligation du promettant continue d'exister et devra être remplie vis-à-vis du stipulant.

2. *Droits du tiers bénéficiaire*

⁵² BK- WEBER, N 44 s ad art. 112 avec réf..

⁵³ Ibid.; KRAUSKOPF, N 917.

⁵⁴ BK- WEBER, N 104 ad art. 112.

⁵⁵ Voir ci-dessous 14-15.

⁵⁶ En théorie il existe encore une troisième possibilité de libérer le promettant de son exécution envers le bénéficiaire : au lieu de faire une déclaration d'adhésion, le tiers pourrait refuser la prestation qui lui est offerte (BK- WEBER, N 116 s ad art. 112; KRAUSKOPF, N 1157 ss) ; une possibilité qui ne semble toutefois pas réaliste dans le cas du Fonds de Solidarité Numérique.

La conséquence pratique la plus marquante, en qualifiant la relation tripartite créée par le mécanisme de la clause de solidarité numérique de stipulation parfaite, concerne les droits du bénéficiaire, c'est-à-dire de la Fondation Fonds de Solidarité Numérique. Dans cette constellation, le tiers bénéficiaire est investi de manière indépendante et originelle d'un droit individuel de réclamer la prestation en sa faveur⁵⁷; sauf convention contraire, le droit du bénéficiaire **naît** directement et sans intervention supplémentaire des parties dès que le contrat principal entre le créancier et le débiteur est conclu⁵⁸. Toutefois, la formulation d'une promesse de donner dans le cadre d'une stipulation pour autrui ne saurait être utilisée pour contourner condition de validité selon laquelle une promesse de donner est valablement conclue suite à l'acceptation de la promesse par le bénéficiaire (en tant qu'élément de la manifestation consentement mutuel des parties)⁵⁹. Par conséquent, le droit du FSN de requérir la prestation en sa faveur ne naît que lorsque le FSN a pris note de la promesse. Il importe de mentionner que, par principe, le FSN et l'autorité publique sont chacun habilités à faire valoir l'engagement contractuel pris en faveur du tiers⁶⁰.

Si le droit de la tierce partie naît dès la conclusion du contrat entre le créancier et le débiteur, cela ne signifie pas pour autant que le tiers est déjà en mesure de le faire valoir à ce moment-là : En réalité, le contenu, l'ampleur et en particulier la force exécutoire de cette prétention du bénéficiaire peuvent être fixés par les parties⁶¹. Dans le cas de la clause de solidarité numérique, si les parties n'ont pas expressément arrêté un terme fixe pour l'exécution, le droit du bénéficiaire à faire valoir sa prétention résulte de la nature de l'affaire (CO 75) : L'exécution de l'obligation de l'entreprise privée de transférer le 1% de la valeur du contrat au FSN présuppose la perfection du contrat entre le créancier et le débiteur, en particulier le paiement du prix pour la livraison de biens et services convenu dans le contrat principal, puisqu'il représente la valeur du contrat sur laquelle est calculée la contribution de 1%. Dès lors, si les parties n'ont pas convenu d'un terme exprès, la prestation du débiteur n'est due et exigible qu'une fois le contrat principal réalisé.

⁵⁷ Le FSN n'est pas partie au contrat mais intervient en tant que créancier de la prestation prévue dans la promesse de donner, aux côtés de l'autorité publique (BaK-OR I – GONZENBACH, N 15 ad art. 112; BK-WEBER, N 112 ad art. 112).

⁵⁸ BK-WEBER, N 109 ad art. 112; BaK-OR I – GONZENBACH, N 15; KRAUSKOPF, N 1069 ss.

⁵⁹ BaK-OR I – GONZENBACH, N 4 ad art. 112; voir aussi ci-dessus 9–10.

⁶⁰ Voir BK-WEBER, N 127 ad art. 112; pour plus de détails, voir KRAUSKOPF, N 1421 ss.

⁶¹ CR-CO I – TEVINI DU PASQUIER, N 16 ad art. 112.

D'autre part, le droit du FSN de réclamer l'avantage qui lui a été conféré devient irrévocable dès le moment où il fait une **déclaration d'adhésion** au contrat en faveur d'une tierce personne, en déclarant qu'il a l'intention d'user de son droit, conformément à l'art. 112 al. 3 CO⁶². Le FSN peut déclarer son intention de faire usage de son droit en tout temps au stipulant (même avant l'exigibilité de sa créance), soit expressément (par écrit ou par oral) ou de façon concluante⁶³. Par souci d'efficacité du système, il serait naturellement souhaitable que le FSN donne sa déclaration d'adhésion aussi tôt que possible, afin qu'il valide irrévocablement son droit et qu'il soit en mesure de réclamer le transfert du 1% pour le cas où l'entité privée ne s'exécuterait pas.

III. Aspects du droit des marchés publics

A. Inclusion de la clause de solidarité numérique dans les contrats publics

Il existe deux possibilités pour une institution publique de mettre en œuvre le principe du 1% : Si l'entité publique suit une approche « formelle », elle inscrit la clause de solidarité numérique dans son appel d'offres, ce qui signifie que cette clause devient applicable pour les cas de marchés publics d'une certaine importance, qui doivent donner lieu à des appels d'offres, c'est-à-dire à une procédure de soumission ouverte, sélective ou de gré à gré régie par la loi. Toutefois, si l'entité publique adopte une approche plus large, elle peut décider expressément d'inclure une clause de solidarité numérique dans tous ses marchés publics, même dans ceux de moindre valeur qui ne requièrent pas d'appels d'offre. Manifestement, dans une perspective de solidarité, il semble souhaitable et cohérent qu'une approche plus large soit mise en œuvre.

L'inclusion d'une clause dans un appel public n'est pas simple et peut soulever des questions d'admissibilité auxquelles il faut répondre en se basant sur la législation régissant les marchés publics. Il est dès lors nécessaire de vérifier d'abord dans quelles circonstances le droit des

⁶² Les parties peuvent toutefois se mettre d'accord différemment et prévoir la possibilité de révoquer le droit du bénéficiaire en tout temps (CR-CO I – TEVINI DU PASQUIER, N 22 ad art. 112). Il va de soit que, à la place de faire une déclaration d'adhésion, le tiers peut décliner la prestation qui lui est offerte, ce qui libérerait le promettant de son obligation envers lui (BK- WEBER, N 116 s ad art. 112; KRAUSKOPF, N 1157 ss) ; une possibilité qui n'est pas réaliste dans le cas du Fonds de Solidarité Numérique.

⁶³ Pour plus de détails, voir KRAUSKOPF, N 1111 ss. Si une telle déclaration n'est pas faite, le stipulant est libre de révoquer la créance du bénéficiaire et, de ce fait, de « transformer » la stipulation pour autrui parfaite en stipulation imparfaite (BK- WEBER, N 123 ad art. 112).

marchés publics est applicable, ensuite de dégager les principes de base des marchés publics, et finalement d'examiner leur implication pour l'inclusion de la clause de solidarité numérique dans les procédures de soumission. La législation sur les marchés publics englobe de nombreux segments de réglementation, tant au niveau international, européen que national, qui visent à ouvrir les marchés publics à la concurrence en garantissant la transparence et l'égalité de traitement : La Suisse, qui a adhéré à l'Accord sur les marchés publics de l'OMC⁶⁴ et qui a passé un accord bilatéral avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics, a harmonisé et adapté sa réglementation aux standards internationaux. Puisque les réflexions sur les marchés publics dans le droit suisse concordent en majeure partie avec les préoccupations européennes, les commentaires qui suivent se fondent principalement sur le droit national⁶⁵.

B. Applicabilité du droit des marchés publics

En Suisse, les marchés publics fédéraux sont régis par la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'exécution⁶⁶. Les marchés publics cantonaux et municipaux sont régis par les différentes réglementations cantonales en force et encadrés par le Concordat intercantonal sur les marchés publics (CMP) qui fixe le cadre d'harmonisation nécessaire⁶⁷. Ainsi, il existe deux niveaux de **législation sur les marchés publics**, selon qu'on distingue les autorités publiques adjudicatrices à l'échelon fédéral et cantonal.

Tous les marchés publics fédéraux et cantonaux ne sont pas soumis à des procédures de soumissions publiques ; ainsi, la réglementation des marchés publics ne s'applique que si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint certains **seuils importants** spécifiés dans la loi. Par exemple, une institution publique de l'Administration fédérale doit procéder à un appel d'offre pour des contrats publics dont la valeur atteint (i) CHF 263 000.- pour les contrats de fournitures et de services, (ii) CHF 10,07 millions pour les ouvrages et (iii) CHF 806 000.- si l'autorité adjudicatrice est une organisation de droit public ou de droit privé mais

⁶⁴ OMC, Accord plurilatéral sur les marchés publics du 15 avril 1994, RO 0.632.231.42 (ci-après Accord OMC sur les marchés publics).

⁶⁵ Cette approche paraît aussi sensée, étant donné que, pour l'instant, dans l'Europe géographique, seul les villes de Genève et de Lausanne et leurs hôpitaux universitaires appliquent la clause de solidarité numérique dans leurs marchés publics.

⁶⁶ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP), RS 172.056.1; Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP), RS 172.056.11.

⁶⁷ Concordat intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (CMP), RS 172.056.5 (CMP).

qu'elle exécute une activité de service public⁶⁸. Aux niveaux cantonal et communal, les seuils fixés par le droit cantonal s'appuient sur les valeurs établies par l'Accord intercantonal sur les marchés publics⁶⁹; elles sont de CHF 383 000.- pour les contrats de fournitures et services, CHF 766 000.- pour les contrats concernant les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et CHF 9,575 millions pour les bâtiments⁷⁰.

C. Principes des marchés publics

Les règles d'harmonisation dans le domaine des marchés publics en Suisse ont été adoptées dans le sillage des efforts de réglementation internationale et en sont fortement influencées⁷¹.

Les sources de droit international comprennent principalement l'Accord sur les marchés publics de l'OMC⁷², auquel la Suisse est partie, et les Directives de l'UE touchant les marchés publics⁷³, celles-ci donnent naissance à une jurisprudence prise en compte de manière croissante par les autorités fédérales⁷⁴. Par ailleurs, la Suisse a conclu un accord avec l'UE dans le cadre du paquet d'accords bilatéraux de 1999 touchant certains aspects relatifs aux marchés publics⁷⁵.

Tant le droit international que national visent à ouvrir les marchés publics à la **concurrence**⁷⁶. En particulier, l'Accord bilatéral avec l'UE qui va au-delà de l'Accord OMC a eu pour effet de libéraliser davantage encore les marchés publics avec l'UE au niveau régional et

⁶⁸ Art. 6 LMP en lien avec l'art. 2a OMP.

⁶⁹ Voir par exemple pour le canton de Genève, l'art. 3 al. 2 de la Règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services, L 6 05.03.

⁷⁰ Art. 7 CMP.

⁷¹ Voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 3; La Loi sur les marchés publics, l'Ordonnance sur les marchés publics et le Concordat intercantonal sur les marchés publics datent tous de 1994.

⁷² Accord OMC sur les marchés publics (n. 64); pour plus de détails, voir BIAGGINI, 676–698; COTTIER / OESCH, 1063 ss.

⁷³ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134, 30.4.2004, 114 ss; Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134, 30.4.2004, 1 ss.

⁷⁴ Voir BIAGGINI, 719; pour un schéma du système légal régissant les marchés publics, voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 33 et CLERC, 401.

⁷⁵ 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 (JO L 114, 30.04.2002, 430 ss), entré en force le 1^{er} juin 2002 (Accord bilatéral avec l'UE).

⁷⁶ Voir par exemple l'art. 1 CMP

communal⁷⁷ dans les secteurs des télécommunications, des chemins de fer et de l'énergie (autres que celui de l'électricité)⁷⁸.

La majeure partie du droit des marchés publics traite par conséquent des procédures de soumission en s'efforçant de garantir une **saine concurrence** entre soumissionnaires. Vu sous cet angle, le principe de la transparence (1), le principe de non-discrimination pour des motifs de nationalité (2) et le principe d'une utilisation économique des ressources publiques (3) constituent les piliers de la réglementation internationale sur les marchés publics⁷⁹ :

(1) Le **principe de transparence** garantit la régularité et la loyauté dans la procédure de soumission ; en outre, il devrait permettre aux soumissionnaires de faire valoir leurs droits, si nécessaire⁸⁰. Il est mis en oeuvre en premier lieu par voie de publication, en vertu d'une procédure réglée par le droit public.

(2) L'Accord de l'OMC sur les marchés publics opère une distinction entre le **principe de non-discrimination** au sens étroit et le principe du traitement national⁸¹ : La non-discrimination implique de traiter tous les soumissionnaires de manière comparable⁸², tandis que le traitement national impose d'appliquer un traitement égal aux soumissionnaires nationaux et étrangers.

(3) Manifestement, les marchés publics reposent aussi sur le principe d'une utilisation **efficace et économique** des ressources publiques. La réalisation de ce principe se base principalement sur une pratique de saine concurrence, même lorsque l'Etat intervient comme partie contractante⁸³, un objectif qui suppose de contrôler et d'encadrer la marge de manœuvre de l'Etat ainsi que sa prise de décision dans la passation des marchés publics. Pour se faire, un outil primordial réside dans la fixation de critères de sélection et d'attribution : L'Accord OMC sur les marchés publics, les Directives UE ainsi que l'Accord bilatéral avec

⁷⁷ Art. 2 Accord bilatéral avec l'UE.

⁷⁸ Voir BIAGGINI, 652.

⁷⁹ Sur le tout, voir, ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 17-18; L'Accord OMC sur les marchés publics, les Directives de l'UE, ainsi que l'Accord bilatéral avec l'UE sont prises en compte dans les prochains paragraphes.

⁸⁰ ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 18.

⁸¹ Art. 3 de l'Accord OMC sur les marchés publics; la distinction est reprise dans l'Accord bilatéral avec l'UE (voir à son art. 6).

⁸² Les exceptions à ce principe sont listées dans l'Annexe I qui est différent pour tous les Etats contractant.

⁸³ Pour des exemples de cas pratiques, voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 165 s.

l'UE laissent tous le choix aux parties contractantes d'opter soit pour le critère du « prix le plus bas », soit pour celui de l'offre « économiquement la plus avantageux »⁸⁴.

Comme indiqué, les marchés publics au niveau de la Confédération sont réglementés par la Loi sur les marchés publics (LMP) et par son Ordonnance d'exécution⁸⁵. L'art. 1 LMP stipule les principes qui sous-tendent l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics : En cohérence avec les règles internationales, la Loi fédérale entend assurer la transparence, renforcer la concurrence, favoriser l'utilisation économique des fonds publics et garantir l'égalité de traitement⁸⁶.

Les marchés publics au niveau cantonal et communal sont régis par les diverses réglementations locales en vigueur. En outre, l'Accord intercantonal sur les marchés publics fixe un cadre d'harmonisation d'une part, en mettant en œuvre l'Accord OMC sur les marchés publics dans le droit des cantons et, d'autre part en permettant une ouverture intercantonale des marchés publics. Par conséquent, au niveau cantonal également, les marchés publics sont guidés par des considérations de transparence, d'égalité de traitement, d'impartialité et d'utilisation efficiente des fonds publics⁸⁷.

D. Conséquences pratiques

Les piliers des marchés publics, les principes de transparence, de non-discrimination et d'utilisation économique des ressources publiques, imposent certaines exigences à respecter afin qu'une clause ou un critère particulier puisse être pris en compte valablement dans la passation d'un marché public.

- Le principe de transparence requiert qu'un appel d'offres soit complet et détaillé⁸⁸. En conséquence, celui-ci doit notamment comporter les informations techniques nécessaires (tels que nom, adresse, etc. de l'adjudicateur)⁸⁹, une description complète et détaillée des

⁸⁴ Voir à l'art. XII (h) de l'Accord OMC sur les marchés publics ; art. 4 (e) de l'Accord bilatéral avec l'UE ; voir aussi l'art. 53 al. 1 de la Directive 2004/18/CE et l'art. 55 al. 1 de la Directive 2004/17/CE.

⁸⁵ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP), RS 172.056.1; Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP), RS 172.056.11.

⁸⁶ Art. 1 LMP.

⁸⁷ ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 37.

⁸⁸ Ce que doit contenir l'appel d'offres à publier n'est pas sujet à controverse, contrairement au degré de transparence nécessaire, qui, lui, ne va pas toujours de soit (voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 99 et 241–252 pour des cas pratiques).

⁸⁹ Art. 18 let. a OMP.

biens, services et des tâches dont la fourniture est demandée⁹⁰, les critères de qualification que le soumissionnaire doit remplir, attestant de leurs capacités sur les plans financier, économique et technique⁹¹, les spécifications techniques⁹² ainsi que les critères d'attribution dans leur ordre d'importance⁹³.

Comme mentionné ci-dessus, la clause de 1% de solidarité numérique comporte une promesse de donner⁹⁴; elle consiste en une obligation que le soumissionnaire doit exécuter si le marché lui est attribué. Comme telle, la clause de 1% de solidarité numérique ne constitue ni un critère de qualification, ni une spécification technique, ni un critère d'attribution; il s'agit plutôt, d'obligation subsidiaire ajoutée à la prestation principale, soit une partie intégrante des termes de l'accord. C'est pourquoi, conformément au principe de transparence et à l'art. 18 al. 1 lit. b OMP, la clause de solidarité numérique doit être incorporée dans les documents accompagnant l'appel d'offres publié dans la Feuille officielle, qui peuvent, sur demande, être envoyés aux entreprises intéressées⁹⁵.

- La clause de solidarité numérique ne semble pas poser de problèmes au regard du principe de non-discrimination: En premier lieu, l'obligation fixée par la clause concerne tous les soumissionnaires et, deuxièmement, il ne privilégie pas, même indirectement, les soumissionnaires nationaux ou locaux⁹⁶.
- L'inclusion de la clause de solidarité numérique touche aux discussions plus générales relatives à l'insertion de considérations environnementales et sociales dans les marchés publics qui ont été d'une grande actualité durant la dernière décennie. La prise de conscience que le développement durable est effectivement d'intérêt public⁹⁷ a contraint

⁹⁰ Art. 18 let. b OMP.

⁹¹ L'autorité publique doit aussi publier quelles preuves elle nécessite pour attester des capacités des soumissionnaires (art. 9 LMP).

⁹² Art. 12 LMP.

⁹³ Art. 21 LMP; voir aussi MICHEL / CLERC, pp. 10–11; pour une énumération complète de ce que doit contenir l'appel d'offres et les documents y relatifs, voir les annexes 4 et 5 de l'OMP.

⁹⁴ Art. 243 CO.

⁹⁵ Art. 17 al. 2 OMP.

⁹⁶ Les critères d'adjudication peuvent soulever des problèmes de discrimination si ceux-ci favorisent indirectement certains soumissionnaires: ce peut être le cas si l'autorité adjudicatrice prend les distances de trajet en considération pour des raisons environnementales (voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 247–248).

⁹⁷ Dans le domaine des marchés publics, les considérations environnementales ont tout d'abord fait l'objet de l'attention internationale; voir par exemple la "Business Charter for Sustainable Development" de la Chambre Internationale du Commerce publiée en 1991 (disponible en anglais à l'adresse www.iccwbo.org/policy/environment/id1309/index.html), qui rappelle que la gestion de l'environnement fait parties des plus hautes priorités de l'entreprise » (traduction des auteurs); la Banque mondiale a, pour sa

à s'écarter quelque peu de la stricte utilisation des fonds publics en fonction du critère unique du « prix le plus bas » et de prendre en compte d'autres considérations « économiques » plus larges, telles que la protection de l'environnement, les buts sociaux ou des préoccupations de développement. La mise en œuvre de telles politiques, toutefois, reste encore peu avancée⁹⁸. En effet, certains aspects de la législation sur les marchés publics peuvent être difficilement conciliables avec la promotion du développement durable dans un appel d'offres : En particulier, si de telles préoccupations sont formulées en tant que critère d'adjudications et si elles sont prises en compte dans le choix de l'offre « économiquement la plus avantageuse » ; par ailleurs, le principe de non-discrimination pourrait aussi être enfreint⁹⁹.

IV. Aspects du droit de la concurrence

A. Législation sur la concurrence dans le secteur public

Le droit de la concurrence fixe des règles qui s'appliquent principalement aux marchés privés. Si les gouvernements interviennent, les dispositions légales relatives aux aides d'état illégales – comme, par exemple, celles contenues à l'art. 87 du Traité sur la Communauté Européenne (Traité CE)¹⁰⁰ – peuvent entrer en ligne de compte. Toutefois, puisque les autorités gouvernementales ne sont pas des acteurs du marché, les dispositions du droit des cartels ne sont cependant pas facilement applicables directement. Une exception n'est habituellement prévue que pour les entreprises publiques dans la mesure où elles opèrent en tant que concurrentes des entreprises privées dans un segment spécifique du marché ; dans ce sens, l'art. 2 al. 1bis de la Loi suisse sur les cartels et autres restrictions à la concurrence¹⁰¹ inclut les entreprises publiques dans son champ d'application.

En Suisse, des règles de caractère général sur les aides d'Etat n'existent pas. Le fait que la législation européenne fournisse une réglementation aussi stricte influence fortement les

part, même développé une sorte de « conditionnalité environnementale » favorisant les Etats adoptant un management équitable de l'environnement (PINAUD, 83).

⁹⁸ Voir aussi ci-dessous 23–25.

⁹⁹ L'insertion de critères de sélection déclarant, par exemple, que seul une entreprise appliquant le 1% de solidarité numérique peut être prise en considération par l'autorité adjudicatrice soulèverait des questions juridiques délicates, qui dépassent le cadre de cet article.

¹⁰⁰ Traité établissant la Communauté Européenne (version consolidée) JO C 325, 24.12.2002, 1 ss ; pour ce qui concerne les dispositions sur les aides d'Etat illégales, la Suisse est encore un pays « sous-développé », puisqu'elle ne dispose pas de règles générales sur la question.

¹⁰¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251 (Loi sur les cartels, LCart).

considérations en matière de concurrence dans le secteur des marchés publics et pourrait avoir un impact capital sur la mise en œuvre de la clause de solidarité numérique. En outre, les discussions stimulantes qui ont lieu en Europe en ce qui concerne l'intégration de politiques secondaires dans les marchés publics sont parmi les plus « avancées » au niveau international¹⁰²; comme leur impact sur l'inclusion de la clause de solidarité numérique dans les appels d'offres pourraient s'avérer considérable, les commentaires ci-après sont basés principalement sur le droit européen.

Comme TERCIER le note à juste titre¹⁰³, la législation sur les marchés publics vise à améliorer l'environnement concurrentiel ; d'une part, cette législation facilite le bon usage des fonds publics et, d'autre part, limite les distorsions de concurrence au travers de dispositions garantissant la transparence et d'un cadre procédural expressément prévu. Dans cette mesure, la législation sur les marchés publics a une **fonction complémentaire**, utile à un environnement concurrentiel¹⁰⁴. D'un point de vue procédural, le droit de la concurrence et la réglementation sur les marchés publics peuvent s'appliquer en parallèle¹⁰⁵.

Au sein de la Communauté Européenne, il est largement débattu sur le fait que les règles sur les marchés publics devraient fixer un **régime effectivement concurrentiel**, comparable au régime envisagé pour les marchés privés¹⁰⁶. A l'évidence, les marchés privés et publics ne peuvent être régulés de la même façon : La législation et les politiques anti-cartels englobent un paquet de règles à caractère négatif, c'est-à-dire que les dispositions anti-trust doivent restreindre les activités des entreprises privées à une dimension acceptable, prédéterminée par les autorités compétentes ; par contraste, les marchés publics sont régis par un paquet de règles à caractère positif¹⁰⁷. En réalité, l'objectif principal du droit des marchés publics vise le renforcement de l'efficacité du marché et l'amélioration de l'information sur les marchés (i.e. transparence) en s'assurant que les conditions de concurrence ne donnent pas lieu à des distorsions et que les contrats soient attribués aux fournisseurs et entrepreneurs aux conditions les plus favorables¹⁰⁸.

¹⁰² Voir PINAUD, 86 ss.

¹⁰³ CR-LCart – TERCIER, Introduction, N 174; dans le même sens ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 52.

¹⁰⁴ Pour une vue d'ensemble, voir CLERC, 378 ss.

¹⁰⁵ Voir ZUFFEREY / MAILLARD / MICHEL, 53.

¹⁰⁶ Dans ce sens, l'arrêt de principe de la Cour Européenne de Justice, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, Recueil de jurisprudence 1975 1663.

¹⁰⁷ BOVIS, 227.

¹⁰⁸ BOVIS, 228.

La Commission de la Communauté Européenne a tenté à plusieurs reprises d'esquisser des règles adaptées sur les marchés publics qui reflètent cet esprit de concurrence¹⁰⁹; les Directives correspondantes¹¹⁰ sont régies par les principes d'ouverture, de transparence et de non-discrimination, avec pour idée qu'une restructuration industrielle résulterait de cette stimulation et que des effets désirables en termes de gains d'efficacité se produiraient¹¹¹. Un tel régime concurrentiel ne saurait être mis en péril par le concept de « droits spéciaux ou exclusifs », puisqu'une entité publique ne tire pas profit de tels droits du simple fait de détenir une licence spécifique¹¹². En bref, le droit de la concurrence et celui des marchés publics se dirigent ensemble vers une amélioration de l'environnement concurrentiel.

B. Reconnaissance des politiques secondaires

La mise en place d'un cadre légal concurrentiel ne signifie pas que des aspects qui vont au-delà de critères purement économiques ne puissent être pris en compte dans l'évaluation des paramètres de marché. Dans les marchés privés, les **considérations d'intérêt public** peuvent jouer un rôle (comme stipulé par exemple aux Art. 8 et 11 de la Loi suisse sur les cartels) ; cette approche est même encore plus justifiée pour les marchés publics. C'est pourquoi les autorités et entités publiques peuvent prendre en considération des aspects d'intérêt général dans leurs politiques d'attribution de marchés publics, par exemple en définissant des politiques environnementales et sociales visant à mettre les marchés publics au service d'un but environnemental ou social¹¹³.

Au delà de l'objectif prioritaire du droit des marchés publics, qui est d'acquérir des biens ou services aux meilleures conditions possibles¹¹⁴, il est généralement reconnu que des politiques appelées secondaires peuvent également être prises en considération, par exemple la protection de l'environnement, le développement de régions moins favorisées¹¹⁵, la lutte

¹⁰⁹ Pour une vue d'ensemble, voir ARROWSMITH, 2004, 1277 ss.

¹¹⁰ Voir ci-dessus n. 60.

¹¹¹ BOVIS, 223.

¹¹² Dans ce sens, l'arrêt de principe „Leased Lines” de la Cour Européenne de Justice, *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc*, Recueil de jurisprudence 1996 I 6417.

¹¹³ ARNOULD, 190.

¹¹⁴ Sur le concept de “dialogue concurrentiel” (competitive dialogue), voir ARROWSMITH (2004), 1280 ss.

¹¹⁵ Commission des Communautés européennes contre République italienne, Recueil de jurisprudence 1992 I 3401.

contre le chômage en France¹¹⁶, l'intégration d'Etats étrangers isolés dans la scène internationale (Grande-Bretagne/Afrique du Sud)¹¹⁷.

La pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice Européenne montre que la dimension de politique sociale des règles sur les marchés publics se concentre principalement sur la cohésion sociale, les problèmes d'emploi et la mise en place de standards de qualité de vie¹¹⁸. Cependant, l'interprétation de ces règles ne peut être faite d'une manière « trop flexible », en ce sens qu'elles ne peuvent comprendre toutes les actions positives ayant une dimension de politique sociale, mais uniquement des objectifs de base, tels que la promotion de l'égalité des chances et l'élimination de la discrimination selon le sexe ou la race¹¹⁹. La pratique de la Cour de Justice Européenne n'a toutefois pas toujours été cohérente : Dans la cause *Beentjes*, la Cour a soutenu – contrairement à l'opinion de l'Avocat général – que dans une certaine mesure, la possibilité de prendre en compte des objectifs d'intérêt général dans les marchés publics était justifiée¹²⁰. Quelques années plus tard néanmoins, la Cour a refusé d'admettre l'interprétation du droit des marchés publics telle que la Commission Européenne l'avait développée sur la base de son appréciation de l'affaire *Beentjes*¹²¹. Par la suite, les Directives européennes ont été rédigées à nouveau de manière telle que les nouvelles dispositions reconnaissent la possibilité pour l'autorité ou l'entité contractante de poser des conditions spéciales concernant l'exécution des contrats¹²². La pratique ultérieure de la Cour dans la cause *Concordia Bus* se fondait sur l'aspect d'offres économiquement et techniquement équivalentes¹²³, mais la reconnaissance d'une politique sociale (lutte contre le chômage) n'a pas été écartée dans le cas *Nord Pas de Calais*¹²⁴.

En conséquence, des considérations environnementales ou sociales en tant que critère d'attribution sont admissibles, pour autant qu'elles aient au moins avoir un lien avec les biens ou services fournis¹²⁵. Si la clause du 1% de solidarité numérique est inscrite dans des contrats

¹¹⁶ Commission des Communautés européennes contre République française, Recueil de jurisprudence 2000 I 7445.

¹¹⁷ ARNOULD, 187.

¹¹⁸ BOVIS, 237 s.

¹¹⁹ Id., 238 s.

¹²⁰ *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, Recueil de jurisprudence 1988, 4635.

¹²¹ Commission des Communautés européennes contre République française, Recueil de jurisprudence 2000 I 7445.

¹²² ARNOULD, 191.

¹²³ *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, Recueil de jurisprudence 2002 I 7213.

¹²⁴ Commission des Communautés européennes contre République française, Recueil de jurisprudence 2000 I 7445.

¹²⁵ ARROWSMITH (1999), 44; ARROWSMITH (2004), 1317.

de fourniture relatifs aux TIC, rendant de la sorte la livraison de biens ou services « plus coûteuse », mais permettant au bénéficiaire de ce 1% d'aider des pays moins favorisés en transférant le montant correspondant dans le Fonds de Solidarité Numérique, la condition de la relation nécessaire entre le prélèvement spécial et les biens ou services fournis peut être considérée comme remplie. En particulier, un tel mécanisme de financement peut être vu comme un outil de promotion de l'objectif social reconnu d'égalité de chances.

C. Abus de position dominante

Le droit de la concurrence interdit généralement l'exploitation abusive par une ou plusieurs entités dominantes de leur position (comme stipulé par exemple à l'Art. 82 du Traité CE et à l'Art. 7 de la Loi suisse sur les cartels). Les entreprises publiques n'ont pas seulement une position dominante, mais même habituellement une position monopolistique dans un marché donné¹²⁶. Dans le cas des communes, un acheteur de biens ou services alternatif ne pourrait être qu'une autre commune voisine; dans le cas des hôpitaux, le nombre de telles entités est limité.

La plupart des dispositions légales sur la concurrence contiennent des listes d'exemples d'exploitation abusive, incluant l'imposition de prix d'achat ou de vente déloyaux, la restriction de la production, les marchés ou les développements techniques au détriment des consommateurs, l'application de conditions différentes à des transactions équivalentes conduisant à des désavantages concurrentiels pour certains consommateurs, et l'assujettissement de la conclusion de contrats à des obligations supplémentaires sans rapport avec ceux-ci¹²⁷.

Pour être jugée nulle, la clause de solidarité numérique devrait être considérée comme une « autre condition commerciale inéquitable ». Il n'existe que peu de décisions de justice sur ce point¹²⁸; en tous les cas, il serait difficile de soutenir qu'une telle condition est déloyale ou

¹²⁶ Evidemment, le secteur du marché couvert dépend de la délimitation du marché déterminant ; toutefois, les entreprises publiques sont justement créées parce que le gouvernement pense que les forces du marché ne mèneraient pas à un résultat satisfaisant.

¹²⁷ Voir, par exemple, l'art. 82 al. 2 du Traité CE et l'art. 7 al. 2 de la Loi suisse sur les cartels.

¹²⁸ Dans un cas la Cour Européenne de Justice n'a pas accepté les restrictions imposées aux auteurs et compositeurs puisque celles-ci n'étaient pas justifiées par le besoin de la société pour les droits d'auteurs de renforcer sa position, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, Recueil de jurisprudence 1974 51 et 313.

qu'elle lèse directement ou indirectement les consommateurs¹²⁹. De plus, ce mécanisme de financement ne pose pas d'obstacles pour les concurrents restants¹³⁰. Par conséquent, l'inclusion de la clause du 1% dans les contrats relatifs aux TIC ne saurait être qualifiée de comportement abusif.

D. Conséquences pratiques

Les avancées jurisprudentielles de la Cour de Justice Européenne et de la Commission ouvrent sans aucun doute la voie à l'inclusion future de considérations sociales et environnementales dans la législation sur les marchés publics. La récente reconnaissance des besoins environnementaux et sociaux dans le cadre du critère de « l'offre économiquement la plus avantageuse » se reflète également dans les Directives¹³¹.

La clause de solidarité numérique est un important instrument de promotion du développement et répond à des préoccupations sociales cruciales sur le plan international, lesquelles répondent indubitablement à l'intérêt général. Après un survol de l'évolution dans le domaine, il semble qu'une telle clause est même compatible avec les principes exigeants du droit européen et qu'elle est en phase avec l'évolution en cours. En effet, le mécanisme est cohérent du point de vue de l'allocation des ressources, puisqu'il trouve sa source dans les offres publiques pour la fourniture de biens et services relatifs aux TIC et sert au financement de projets de développement des TIC dans des régions désavantagées. En conséquence, concept du lien avec le contenu exprimé par la Cour de Justice Européenne est respecté.

Par ailleurs, l'inclusion de la clause de solidarité numérique par une autorité publique dans ses procédures de passation de marchés publics ne pourrait pas être considérée comme une pratique abusive. L'instrument est purement social ; il n'est pas déloyal, ni ne lèse les consommateurs et ne représente pas un obstacle à la concurrence.

V. Perspectives

¹²⁹ Voir le document de discussion de 2005 sur l'application de l'art. 82 du Traité à l'exploitation abusive (disponible en anglais à l'adresse europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf).

¹³⁰ Voir WEBER, *Marktmissbrauch*, 105.

¹³¹ Voir, par exemple, la Directive 2004/17/CE aux clauses d'introduction (1), (55) et à l'art. 38 et la Directive 2004/18/CE aux clauses d'introduction (1) et (46) et à l'art. 26.

La clause de solidarité numérique est un instrument de financement innovant qui apporte de nombreuses promesses en vue de combler la fracture numérique entre les nations industrialisées et les pays en voie de développement. Comme le FSN commence à obtenir une reconnaissance internationale croissante, il est important de savoir si son mécanisme de financement peut être adopté immédiatement ou s'il y a trop d'obstacles légaux à sa mise en œuvre.

Eu égard aux exigences du droit des contrats, les protagonistes de la clause de solidarité numérique devraient en premier lieu s'assurer de respecter les exigences de forme et de validité stipulées par les dispositions sur la promesse de donner et par celles régissant la stipulation pour autrui. En particulier, par souci d'efficacité de l'application de la clause de solidarité numérique, le droit du FSN de réclamer l'exécution de la prestation devrait figurer expressément dans le contrat entre l'autorité publique et l'entreprise privée.

La clause de solidarité numérique aborde aussi le droit des marchés publics, lequel est étroitement lié au droit de la concurrence. Tous deux limitent la marge de manœuvre des Etats en posant des exigences strictes, en s'efforçant de mettre en place des marchés publics sains et transparents, ouverts au jeu de la concurrence. A la lumière des récentes dispositions légales et de la jurisprudence encore en développement, une place croissante est cependant donnée aux considérations de politiques dites secondaires, telles que la protection de l'environnement et les politiques sociales, ou même des objectifs d'intérêt général.

Les réflexions faites ci-dessus montrent qu'il n'existe pas de dispositions légales totalement incompatibles qui entravent la mise en œuvre de la clause de solidarité numérique ; les quelques points problématiques qui pourraient la freiner peuvent être résolus aisément. Dès lors, l'adoption du principe de la clause de solidarité numérique dépend aujourd'hui principalement de la volonté politique : Le plus gros obstacle qu'il reste à éliminer pourrait être un manque d'enthousiasme politique.

Bibliographie

ARNOULD J., Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives, P.P.L.R. (2004) vol. 13 no 4, 187.

ARROWSMITH S., An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement, CML Rev. (2004) vol. 41 no 5, 1277.

ARROWSMITH S., The Community's Legal Framework on Public Procurement: "The Way Forward" at Last?, CML Rev. (1999), vol. 36 no 1, 13.

BADDELEY M., ad art. 239-252 CO, Commentaire Romand, Code des obligations I, Genève / Bâle / Munich 2003 (cit. CR-CO I – BADDELEY).

BIAGGINI G., Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, *in* Thürer D. / Weber R. H. / Portmann W. / Kellerhals A. (éds.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zurich/Bâle/Genève 2007, 651.

BOVIS C., The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law, Eur.L.J. (1998), vol. 4 no 2, 220.

CLERC E., L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997.

COTTIER T. / OESCH M., International Trade Regulation, Berne 2005.

EITEL P., Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Berne 1998.

ENGEL P., Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000 (cit. ENGEL, Contrats).

ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 1997 (cit. ENGEL, Traité).

GAUCH P. / SCHLUEP W. R. / SCHMID J. / REY H., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 volumes, 8^{ème} éd., Zurich 2003.

HONSELL H. / VOGT N. P. / WIEGAND W. (éds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^{ème} éd., Bâle 2007 (cit- BaK-OR I – AUTEUR).

KOFFMAN L. / MACDONALD E., The Law of Contract, Oxford 2007.

KRAUSKOPF P., Der Vertrag zugunsten Dritter, thèse Fribourg 2000.

MICHEL N. / CLERC E., La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002.

OCDE, Understanding the Digital Divide, Paris 2001.

PINAUD X., L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics, Les cahiers du CRIDEAU no 7, Limoges 2003.

TERCIER P., Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2003 (cit. TERCIER, Les contrats spéciaux).

TERCIER P., Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, RSJ 1995 et années suivantes.

TERCIER P. et al. (éds.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genève 2002 (cit. CRLCart – TERCIER).

THEVENOZ L. / WERRO F. (éds.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Genève / Bâle / Munich 2003 (cit. CR-CO I – AUTEUR).

VAN DE SANDT C., L'acte de disposition, thèse Fribourg 2000.

WEBER R. H., Marktmissbrauchsdiskussion – ein Blick in die Zukunft, EuZ 2006, 102 (cit. WEBER, Marktmissbrauch).

WEBER R. H., Towards a Legal Framework for the Information Society, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cit. WEBER, Legal Framework).

WEBER R. H., Beziehungen zu dritten Personen (art. 110–113 CO), Berner Kommentar, Berne 2002 (cit. BK- WEBER).

WEBER R. H., Dreipersonen-Verhältnisse im Schuldrecht, *in* Vogt N. / Zobl D. (eds.), Der Allgemeine Teil und das Ganze, Liber Amicorum für Hermann Schulin, Bâle / Genève / Munich 2002, 169 ss (cit. WEBER, Dreipersonen-Verhältnisse).

WEBER R. H. / MENOUD V., The Information Society and the Digital Divide – Legal Strategies to Finance Global Access, Zurich 2008.

ZUFFEREY J.-B. / MAILLARD C. / MICHEL N., Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002.