

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28 septembre 2001 en la cause X [CRM 2001-007])

Öffentliches Beschaffungswesen. Luftverkehr. Anwendungsbereich des BoeB und des ÜoeB. Verhältnis zwischen der Eidgenossenschaft und einer Vergabestelle, die nicht Teil der allgemeinen Bundesverwaltung ist.

- Anwendung des BoeB auf die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Informatikdienstleistungen. Soweit die Vereinigten Staaten den schweizerischen Anbietern in gleicher Weise den Marktzugang gewähren, darf dieser den amerikanischen Anbietern nicht verweigert werden (E. 2).
- In analoger Anwendung von Art. 37 BoeB ist ein vor Inkrafttreten einer Änderung des BoeB eingeleitetes Vergabeverfahren vollständig nach den Regeln des alten Rechts durchzuführen (E. 3a).
- Swisscontrol/Skyguide ist nicht Teil der allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB (E. 3b/aa).
- Die einzigen Akteure im Bereich des Luftverkehrs, die gemäss Anhang I Annex 3 zum ÜoeB/GPA den Regeln des ÜoeB unterstehen können, sind diejenigen, welche Flughäfen betreiben. Davon zu unterscheiden ist die Kontrolle über die Luftfahrt (E. 3c/aa). Im Übrigen sind die amerikanischen Anbieter mangels Gegenrechts von Beschaffungen ausgeschlossen, die schweizerische Vergabestellen im Bereich der Flughäfen durchführen (E. 3c/bb).
- Verschiedene Umstände deuten darauf hin, dass der Bund die Swisscontrol/Skyguide kontrolliert, ohne dass Letztere deswegen als Teileinheit des Bundesamtes für Zivilluftfahrt oder als im Namen dieses Bundesamtes handelnd zu betrachten wäre (E. 3c/cc).
- Da Swisscontrol/Skyguide nicht gehalten ist, bei der Vergabe «besondere Vorschriften» zu beachten, fällt sie nicht unter Art. 1 Ziff. 3 ÜoeB/GPA (E. 3c/ee).
- Kosten. Begriff der Behörde im Sinne von Art. 8 Abs. 5 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (E. 5).

Marchés publics. Secteur du transport aérien. Assujettissement du marché à la LMP et à l'AMP. Rapports entre le pouvoir adjudicateur et la Confédération.

- Assujettissement à la LMP des services informatiques en cause. Dans la mesure où les Etats-Unis offrent aux soumissionnaires suisses un accès équivalent pour le même type de services, l'accès au marché ne saurait être refusé aux soumissionnaires américains (consid. 2).
- Par analogie avec l'art. 37 LMP, un marché lancé avant l'entrée en vigueur d'une modification de la LMP devait être entièrement exécuté selon l'ancien droit (consid. 3a).
- Swisscontrol/Skyguide ne fait pas partie de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP (consid. 3b/aa).
- Les seules entités actives dans le secteur du transport aérien qui sont assujetties à l'annexe 3 de l'appendice I à l'AMP sont celles exploitant des aéroports. Le contrôle de la navigation aérienne est une activité distincte (consid. 3c/aa). Au demeurant, en l'absence d'une clause de réciprocité, les soumissionnaires américains sont exclus des marchés passés par les entités suisses actives dans le secteur des aéroports (consid. 3c/bb).
- Différents éléments indiquent une relation de contrôle entre la Confédération et Swisscontrol/Skyguide, mais sans aller jusqu'à faire de ce dernier une partie intégrante de l'Office fédéral de l'aviation civile, ni un agent dudit Office au sens de l'AMP (consid. 3c/cc).
- N'étant pas tenue par la Confédération de respecter des «prescriptions particulières», Swisscontrol/Skyguide ne tombe pas dans le champ de l'art. 1 § 3 AMP (consid. 3c/ee).
- Dépens. Notion d'autorité au sens de l'art. 8 al. 5 de l'ordonnance sur les frais et indemnités (consid. 5).

Acquisti pubblici. Settore del trasporto aereo. Assoggettamento del mercato alla LAPub e all'AAP. Rapporti fra l'ente aggiudicatore e la Confederazione.

- Assoggettamento alla LAPub dei servizi informatici in questione. Nella misura in cui gli Stati Uniti concedono agli offerenti svizzeri un accesso equivalente per lo stesso tipo di servizi, l'accesso al mercato non può essere negato agli offerenti americani (consid. 2).
- Per analogia con l'art. 37 LAPub, una procedura di aggiudicazione iniziata prima dell'entrata in vigore di una modifica della LAPub doveva essere interamente svolta secondo il diritto previgente (consid. 3a).
- Swisscontrol/Skyguide non fa parte dell'amministrazione generale della Confederazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. a LAPub (consid. 3b/aa).
- Le sole entità attive nel settore del trasporto aereo che sono assoggettate all'allegato 3 dell'appendice I all'AAP sono quelle che si occupano dell'esercizio degli aeroporti. Il controllo del traffico aereo è un'attività distinta (consid. 3c/aa). Per il resto, in assenza di una clausola di reciprocità, i concorrenti americani sono esclusi dagli acquisti effettuati dagli enti aggiudicatori svizzeri nel settore degli aeroporti (consid. 3c/bb).
- Vari elementi indicano che la Confederazione controlla la società Swisscontrol/Skyguide, ma non al punto da rendere quest'ultima una parte integrante dell'Ufficio federale dell'aviazione civile, né un agente dello stesso Ufficio ai sensi dell'AAP (consid. 3c/cc).

- Non essendo obbligata dalla Confederazione a rispettare «prescrizioni particolari», Swisscontrol/Skyguide ne rientra nel champ d'application dell'art. 1 § 3 AAP (consid. 3c/ee).

- Ripetibili. Nozione di autorità ai sensi dell'art. 8 cpv. 5 dell'ordinanza sulle spese e le indemnità (consid. 5).

A. En avril 1997, Swisscontrol (devenue en janvier 2001 Skyguide), a lancé un «Request for Information» dans le cadre du projet ATMAS («Air Traffic Management System»), portant sur la modification et le renouvellement de son système pour la gestion du trafic aérien civil. Cette première étape a été suivie en octobre 1997 par un «Request for Quotation I» (RFQ I), puis en juin 1998 par un «Request for Quotation II» (RFQ II). Le 5 novembre 1999, Swisscontrol/Skyguide a émis un «Request for Quotation III» (RFQ III). Selon la procédure suivie par Swisscontrol/Skyguide, le nombre de candidats initialement invités était progressivement réduit à chaque étape de la procédure, passant de quatre pour le RFQ I, à trois pour le RFQ II, puis à deux pour le RFQ III.

B. Le RFQ III était divisé en trois étapes. Pour la première phase, Swisscontrol/Skyguide a conclu des contrats avec deux entreprises, X et Y. Chaque entreprise devait collaborer avec Swisscontrol/Skyguide pour développer son système ATM. Le 1er septembre 2000, Swisscontrol/Skyguide a fait usage du droit de suspension prévu par le contrat en notifiant à X qu'elle avait décidé de ne pas poursuivre l'évaluation parallèle des deux offres, mais qu'elle allait d'abord demander à Y de continuer ses travaux et de déposer sa meilleure offre jusqu'à la fin de l'année 2000. Dans l'intervalle, et conformément à l'art. 8 du contrat, X devait suspendre tous les travaux en cours relatifs à la partie 1. Le 23 novembre 2000, Swisscontrol/Skyguide a proposé de reporter la suspension à fin février 2001, ce que X a accepté. Le 26 février 2001, Swisscontrol/Skyguide a exercé son droit de résilier ledit contrat pour la phase 1 avec X et de ne pas signer avec cette dernière entreprise un contrat pour la phase 2. Le 1er mars 2001, X a demandé, sans obtenir de réponse, que Swisscontrol/Skyguide l'informe si un contrat avait été signé avec Y pour les phases 2 et 3 du projet ATMAS. X a répété sa demande le 4 juin 2001. Le 7 juin 2001, Swisscontrol/Skyguide a répondu qu'elle avait décidé de ne pas retenir X pour la phase 2.

C. Par courrier du 28 juin 2001, reçu par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM, ci-après la Commission de recours ou de céans) le 2 juillet 2001, X (ci-après la recourante) a formé recours contre la décision de Swisscontrol/Skyguide du 7 juin 2001. La recourante conteste son exclusion de la procédure de passation ainsi que la probable adjudication du marché ATMAS par Swisscontrol/Skyguide à Y. Dès lors qu'elle a été empêchée par la suspension d'achever les travaux relatifs à la phase 1, X considère que Swisscontrol/Skyguide s'est fondée sur des bases lacunaires et incomplètes pour adjudger le marché à Y. La procédure suivie violerait les principes d'égalité de traitement et de transparence. La recourante considère disposer d'une meilleure aptitude que Y et avoir aussi manifestement déposé l'offre économiquement la plus avantageuse. La recourante conclut que l'accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) et la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP, RS 172.056.1) sont applicables à la procédure de passation du projet ATMAS par Swisscontrol/Skyguide. Elle demande préalablement que l'effet suspensif soit accordé à son recours et conclut en substance sur le fond à l'annulation de la décision l'excluant de la procédure de passation et à ce que la Commission de recours lui adjuge le marché ou, subsidiairement, à ce que la Commission de recours ordonne une nouvelle adjudication du marché.

D. Par courrier du 4 juillet 2001, le Président de la Commission de recours a informé Swisscontrol/Skyguide du dépôt d'un recours et lui a imparti un délai au 18 juillet pour se prononcer sur la requête d'effet suspensif, et au 16 août 2001 sur le fond de l'affaire. Il a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

E. Dans sa réponse du 18 juillet 2001, rédigée en allemand en dépit d'un avis contraire du Président de la Commission de recours en date du 10 juillet 2001, Swisscontrol/Skyguide conclut principalement à l'irrecevabilité du recours qui aurait été déposé hors délai. Subsidiairement, Swisscontrol/Skyguide s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif au motif que le marché a été attribué à Y et que, en exécution de cette décision, un contrat a déjà été conclu avec Y le 9 avril 2001. Par ailleurs, Swisscontrol/Skyguide conteste la compétence de la Commission de recours, au motif que le marché en cause ne serait pas assujéti à l'AMP, et demande que la Commission statue par une décision ultérieure séparée sur sa compétence.

F. Par décision présidentielle du 25 juillet 2001, il a été ordonné à Swisscontrol/Skyguide, en application de l'art. 70 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et de l'art. 37 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), de traduire en français son mémoire du 18 juillet 2001 et de fournir certaines pièces et indications supplémentaires. Il a aussi été communiqué que la Commission de recours trancherait d'emblée l'ensemble des questions de recevabilité, simultanément à la requête d'effet suspensif. Il a été accordé à Swisscontrol/Skyguide la faculté de produire un mémoire de réponse complémentaire, rédigé en français, sur la question de l'assujétissement de Swisscontrol/Skyguide à l'AMP et à la LMP. Toute exécution du contrat conclu restait provisoirement suspendue jusqu'à droit jugé sur la requête d'effet suspensif. (...)

Extrait des considérants:

1. (...)

2.a. Le marché litigieux porte sur la fourniture d'un système pour la gestion du trafic aérien civil, qui comporte à la fois la conception de programmes informatiques (le système de gestion proprement dit, OPSYS) et la fourniture de hardware. Il comporte également des services annexes de livraison et montage ainsi que des services de formation des utilisateurs et des techniciens chargés de l'entretien du système. Il s'agit ainsi d'un marché mixte de fournitures et de services. Lorsque les prestations attendues des soumissionnaires sont indissociables, le marché est qualifié globalement selon le principe de l'élément prépondérant. Il faut identifier l'objet principal du marché et le distinguer des prestations accessoires. Il s'agit d'un marché global de fournitures lorsque la valeur de celles-ci est supérieure à celle des services. Dans le cas inverse, il sera qualifié de marché de services (JAAC 63.15 consid. 1d; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 405). Inversement, lorsque les différents services et fournitures peuvent faire l'objet de marchés distincts, ils doivent être qualifiés séparément. En l'espèce, les spécifications techniques et les caractéristiques des équipements nécessaires au fonctionnement du système ATM sont inséparables de la conception même de ce système. La livraison du système et des équipements et leur installation, ainsi que la formation des collaborateurs de Swisscontrol/Skyguide et des techniciens chargés de la maintenance du système doivent aussi nécessairement être effectués par le prestataire qui a conçu le système ATM. En conséquence, l'ensemble du marché doit être qualifié globalement.

b. Dans la mesure où la valeur des fournitures est prépondérante, le marché est assujéti matériellement à la LMP, qui couvre indistinctement tous les types de fournitures (art. 5 al. 1 let. a LMP).

c.aa. Si l'élément de services est prépondérant, il faut qualifier le type exact de services faisant l'objet du marché. En effet, la LMP ne s'applique pas à tous les services, mais seulement à certains services exhaustivement énumérés à l'annexe 1 à l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP, RS 172.056.11; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. b LMP ainsi qu'art. 3 al. 1 OMP renvoyant à l'annexe 1 à l'OMP). L'annexe 1 à l'OMP contient une brève description résumée des types de services visés, reprise de l'annexe 4 de l'appendice I à l'AMP, qui a en conséquence un caractère contraignant (voir aussi le commentaire relatif à l'art. 3 al. 1 du projet OMP). La liste de services assujétis par la Suisse à l'AMP est basée, par l'intermédiaire du document MTN.GNS/W/120, sur la classification centrale provisoire des produits (CPC) établie par l'ONU (New York 1991). Il faut dès lors se référer à cette classification CPC pour vérifier la portée de chaque type de services assujéti (JAAC 65.41 consid. 3a).

La Commission de recours observe que tant la recourante que l'intimée méconnaissent la portée de l'annexe 4 en s'y référant pour vérifier si le type d'activité exercée par Swisscontrol/Skyguide a pour conséquence d'assujétir cette entité à l'AMP. La recourante se réfère aux «services de transport aérien: transport de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier - CPC n° 73 [sauf n° 7321]». Selon la recourante, le contrôle aérien étant indispensable pour assurer le transport aérien, il en découlerait que l'activité de Swisscontrol/Skyguide inclurait cette entité dans l'annexe 4 et l'assujétirait de ce fait à l'AMP. L'intimée conteste pour sa part que son activité de contrôle de la navigation aérienne puisse être assimilée à un service de transport aérien.

La Commission de recours souligne que l'annexe 4, sous le titre «Services», prévoit que: «Les services suivants qui figurent dans la Classification sectorielle des services reproduite dans le document MTN.GNS/W/120 sont inclus: (...)». L'annexe 4 AMP ne porte pas sur des pouvoirs adjudicateurs qui seraient assujétis en fonction de leur activité; elle vise le service faisant l'objet du marché. En d'autres termes, l'annexe 4 contient une énumération exhaustive de certains types de services dont l'acquisition doit faire l'objet d'un marché public (Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, p. 41-43).

En l'espèce, les services que voulait acquérir Swisscontrol/Skyguide dans le cadre du projet ATMAS relèvent des services informatiques et services connexes (ch. 7 de l'annexe 1 à l'OMP, classification CPC n° 84, «Computer and related services»), et en particulier des services visés aux sous-classifications CPC suivantes: «consultancy services related to the installation of computer hardware» (CPC n° 8410), «system and software consulting services» (CPC n° 8421), «programming services» (CPC n° 8424). En conséquence, ces services sont assujétis à la LMP.

bb. Dès lors que la recourante est une soumissionnaire ayant son siège dans un autre Etat partie à l'AMP, il faut en outre vérifier si la Suisse a exclu dans ses notes générales et dérogations l'accès des soumissionnaires américains pour le type spécifique de services faisant l'objet du présent marché. Selon le point 3, dernier tiret, des notes générales et dérogations aux dispositions de l'art. III déposées par la Suisse,

«Tant que la Suisse n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent l'accès de leurs marchés aux fournisseurs suisses de produits et de services suisses, elle n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent accord aux fournisseurs de produits et de services des pays suivants:

- [...]

- [...] Etats-Unis d'Amérique en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services entrant dans le cadre de marchés qui, tout en étant passés par une entité relevant du champ d'application du présent accord, ne sont pas eux-mêmes soumis à ce dernier».

Cette restriction, formulée dans les notes des principales parties à l'AMP, constitue une clause de stricte réciprocité: l'accès à un marché de service particulier n'est ouvert aux soumissionnaires d'une autre partie que si celle-ci a pris un engagement couvrant le même service (Arie Reich, The New GATT Agreement on Government Procurement: the Pitfalls of Plurilateralism and Strict Reciprocity, Journal of World Trade April 1997, vol. 31, n° 2, p. 137; Evelyne Clerc, La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics, in D. Batselé et al. (éd.), Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle, Bruxelles 2000, p. 155).

Il faut dès lors vérifier les engagements pris par les Etats-Unis au titre de l'annexe 4 (disponible sous [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/usa-4.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/usa-4.doc)). L'annexe 4 américaine se réfère in globo à la liste des services MTN.GNS/W/120, sous réserve de certains services qui en sont expressément exclus. Les services informatiques et services connexes, qui font l'objet du présent marché, figurent au point 1.B de la liste MTN.GNS/W/120, qui comprend en particulier les «consultancy services related to the installation of computer hardware» (point 1.B.a de la liste, renvoyant à la classification CPC n° 841) et les «software implementation services» (point 1.B.b de la liste, renvoyant à la classification CPC n° 842). Les classifications CPC n° 841 et n° 842 comprennent les sous-classifications CPC n° 8410, n° 8421 et n° 8424 dont relèvent le marché en cause. De la liste MTN.GNS/W/120, l'annexe 4 des Etats-Unis retranche expressément un certain nombre de services (notamment: «all transportation services, dredging, services purchased in support of military forces located overseas, management and operation contracts of certain government or privately-owned facilities used for government purposes, public utilities services including telecommunications, research and development, printing services»). Les services faisant l'objet du présent marché ne figurent pas parmi les services retranchés de la liste MTN.GNS/W/120 par l'annexe 4 américaine. Dans la mesure où les Etats-Unis offrent aux soumissionnaires suisses un accès équivalent pour le même type de services, l'accès au marché en cause ne saurait être refusé aux soumissionnaires américains, et in casu à la recourante, sur la base du point 3, dernier tiret, des notes générales et dérogations déposées par la Suisse.

d. Dès lors que le marché serait assujéti à la LMP, qu'il s'agisse d'un marché global de fournitures (supra b) ou d'un marché global de services (supra c), la question de savoir s'il s'agit d'un marché global de fournitures ou de services peut demeurer indéciée.

e. Selon les indications publiées par Skyguide sur son site web, la commande passée à Y pour le système de gestion du trafic aérien civil porte sur un montant d'environ 100 millions de francs suisses [http://www.skyguide.ch/f/profil/report\\_4\\_f.html](http://www.skyguide.ch/f/profil/report_4_f.html). Le seuil de 248'950 francs, déterminant tant pour les marchés de fournitures que de services passés par des pouvoirs adjudicateurs

«classiques», est dès lors atteint en l'espèce (art. 6 al. 1 let. a et b LMP; seuils identiques pour les années 1997 et 1999: RO 1996 3096 et RO 1999 1). Même si Skyguide constituait un pouvoir adjudicateur actif dans le secteur des transports selon l'art. 2 al. 2 LMP, le seuil spécial de 766'000 francs serait aussi atteint (art. 6 al. 1 let. d LMP; seuils identiques pour les années 1997 et 1999: RO 1996 3096 et RO 1999, p. 1).

En conclusion, le marché en cause est assujéti à l'AMP et à la LMP en raison de son type (consid. 2a-d) et de sa valeur (consid. 2e).

3. La recourante considère que Skyguide constitue un pouvoir adjudicateur assujéti à l'AMP et à la LMP, alors que l'intimée conteste cet assujétissement. Déjà lors du lancement de la procédure d'acquisition d'un système ATM en 1997, Swisscontrol/Skyguide a considéré qu'elle n'était pas assujétie à l'AMP et à la LMP, en se fondant sur sa propre analyse de la réglementation en vigueur, confirmée par un avis de l'ancien Office fédéral des affaires économiques extérieures (OFAEE). Elle a mené en conséquence cette acquisition selon les seules règles du droit privé, par le biais d'une procédure d'acquisition ad hoc en plusieurs étapes au cours desquelles les soumissionnaires étaient progressivement éliminés.

a. Le cadre réglementaire applicable à Skyguide, la forme juridique de cette entreprise, les tâches publiques qui lui sont déléguées par la Confédération ainsi que le contrôle exercé par la Confédération se sont modifiés entre le début de la procédure d'acquisition d'un nouveau système ATM en 1997, l'envoi du RFQ III en 1999 et finalement l'exclusion de X suivie de la conclusion du contrat avec Y en 2001. Il faut préliminairement déterminer le moment auquel doit être apprécié l'assujétissement de Swisscontrol/Skyguide aux règles de l'AMP et de la LMP.

Selon l'art. 37 LMP, le moment déterminant pour l'assujétissement d'un marché à la LMP et à l'AMP est celui du lancement de l'appel d'offres en cas de procédure ouverte ou sélective ou celui de l'adjudication en cas de procédure de passation de gré à gré. Un marché lancé avant l'entrée en vigueur de la LMP devait être entièrement exécuté selon l'ancien droit. La règle de l'art. 37 LMP est motivée par le souci d'éviter une application anticipée de la LMP qui serait contraire au principe de non-rétroactivité ainsi que par une préoccupation de sécurité juridique (Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) - Message 2 GATT, FF 1994 IV 1242; JAAC 65.41 consid. 3c/aa). Bien que cette disposition transitoire présuppose implicitement que le pouvoir adjudicateur en cause est assujéti à la LMP, et bien qu'elle ne règle directement que la situation des marchés en cours de passation au moment de l'entrée en vigueur de la LMP, les considérations sur lesquelles elle repose peuvent être étendues par analogie aux marchés passés entièrement après l'entrée en vigueur de la loi, par exemple en cas de modification ultérieure du champ d'application de la LMP. Tel est notamment le cas lorsqu'une modification de l'AMP ou l'entrée en vigueur d'un autre accord international assujétit une nouvelle entité à la LMP ou entraîne à l'inverse son désassujétissement, ou lorsqu'un changement important de l'activité de l'entité, du contrôle étatique exercé sur celle-ci ou de la situation concurrentielle sur le marché résulte en un désassujétissement de cette entité. Le principe de sécurité juridique commande ainsi que l'organisme qui, à la date de l'appel d'offres, constitue un pouvoir adjudicateur, le demeure jusqu'à la clôture de la procédure de passation concernée, même si le contrôle exercé sur lui par l'Etat, et qui avait justifié son assujétissement aux règles sur les marchés publics, se modifie dans l'intervalle (voir en droit européen: aff. *The Queen et H.M. Treasury c / The University of Cambridge*, C-380/98, Rec. 2000, p. I-8035, points 37-44).

En l'espèce, la question de savoir si l'assujétissement de Swisscontrol/Skyguide doit être déterminé au moment du lancement de la procédure d'acquisition d'un nouveau système ATM en 1997, au moment du RFQ III en 1999 ou au moment de l'exclusion de X et de l'attribution du marché à Y en 2001 peut rester ouverte. En effet, les considérants qui suivent montrent que les réponses à cette question sont identiques, que l'on évalue l'assujétissement de Swisscontrol/Skyguide en 1997, en 1999 ou en 2001.

b. L'ancienne Swisscontrol (comme l'actuelle Skyguide) n'est pas expressément mentionnée comme un pouvoir adjudicateur par la LMP (art. 2 LMP et art. 2 OMP).

aa. Aux termes de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, l'administration générale de la Confédération est un pouvoir adjudicateur assujéti à la LMP. L'administration fédérale comprend les départements, la Chancellerie fédérale et les unités administratives décentralisées (art. 2 al. 1-3 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 [LOGA], RS 172.010). Une liste des unités de l'administration fédérale centrale et des unités décentralisées, périodiquement mise à jour, est annexée à la LOGA. A ces entités de l'administration fédérale, l'art. 2 al. 4 LOGA oppose les situations où la législation fédérale confie des tâches administratives à des organisations et à des personnes de droit public ou privé qui sont extérieures à l'administration fédérale. Swisscontrol/Skyguide constitue précisément une personne de droit privé extérieure à l'administration fédérale et qui est déléguaire de tâches publiques. En effet, l'art. 40 al. 2 de la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA, RS 748.0), dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1995, prévoit que «le Conseil fédéral peut confier le service civil de la navigation aérienne, en tout ou en partie, à une société anonyme d'économie mixte sans but lucratif [société] dont la majorité du capital appartient à la Confédération et dont les statuts doivent avoir été approuvés par le Conseil fédéral». Dans sa version en vigueur lors du lancement de la procédure d'acquisition du système ATM en 1997, comme encore lors du RFQ III le 5 novembre 1999, l'ordonnance sur le service de la navigation aérienne du 18 décembre 1995 (ci-après ancienne ONA, selon RO 1996 595) faisait de l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) l'autorité de régulation de la navigation aérienne, et confiait l'exécution du contrôle de la navigation aérienne civile à Swisscontrol/Skyguide (art. 1 et art. 2 al. 1 et 2 ancienne ONA; art. 1 al. 1 de l'ancienne ordonnance sur la délégation des tâches de navigation aérienne et le calcul des redevances de navigation aérienne du 19 décembre 1995, dans sa version publiée au RO 1996 601). La réglementation actuelle maintient ce partage des tâches, tout en étendant les compétences de Swisscontrol/Skyguide également au contrôle de la navigation aérienne militaire (art. 2 al. 1 et 2 de l'ordonnance sur le service de la navigation aérienne du 18 décembre 1995 [OSNA], RS 748.132.1). On peut observer par ailleurs que Swisscontrol/Skyguide ne figure pas parmi les unités de l'administration centrale ou décentralisée énumérées en annexe à la LOGA. En conséquence, Swisscontrol/Skyguide ne fait pas partie de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

bb. Selon l'art. 2 al. 2 LMP, le Conseil fédéral est compétent pour désigner les organismes actifs dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (EET) qui tombent dans le champ d'application de la loi. Il ne peut le faire toutefois qu'à deux conditions.

Il faut d'abord que le pouvoir adjudicateur en cause relève de la compétence de la Confédération. Il ressort de la répartition des compétences en matière de marchés publics entre Confédération et cantons que les entités actives dans les secteurs EET et susceptibles de tomber dans le champ d'application de la LMP sont soit des pouvoirs publics ou organismes de droit public relevant de la Confédération, soit des entreprises publiques soumises à l'influence prépondérante de la Confédération. Selon le critère de la dominance, une entreprise publique passe ses marchés selon le droit fédéral, respectivement selon le droit cantonal

ou communal, lorsqu'elle est soumise, directement ou indirectement, à l'influence dominante de la Confédération, respectivement des cantons ou des communes, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (Message 2 GATT, p. 1215 s.; Clerc, Ouverture..., op. cit., p. 408 et 328). L'actionnariat de Skyguide étant détenu à 99.85% par la Confédération, cette société est à l'évidence dominée par la Confédération, de sorte que le droit fédéral en matière de marchés publics pourrait entrer en considération.

La seconde condition requise pour un assujettissement au titre de l'art. 2 al. 2 LMP est que l'organisme tombe dans le champ d'application de l'AMP ou d'un autre accord international. Les entités suisses opérant dans les secteurs EET et couvertes par l'AMP sont définies à l'annexe 3 de l'appendice I à l'AMP. La Commission de recours observe liminairement que, en dépit de la délégation de compétence au Conseil fédéral, aucune liste des entreprises EET tombant sous le coup de la LMP n'est jointe à l'OMP. Ce silence semble indiquer que tous les pouvoirs adjudicateurs visés à l'annexe 3 à l'AMP, à l'exception de l'administration fédérale et des services postaux et automobiles de la Poste, tombent dans la compétence de réglementation des cantons (Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay] - Message 1 GATT, FF 1994 IV 363 et Message 2 GATT, p. 1215 s.; Clerc, Ouverture..., op. cit., p. 407 s. et 328). En particulier, l'OMP ne fait aucune mention de Swisscontrol/Skyguide comme d'un pouvoir adjudicateur. En adoptant la LMP et l'OMP, le législateur suisse a voulu transposer l'AMP (Message 2 GATT, p. 1214 s.), et il n'a nullement indiqué sa volonté de déroger à ses engagements au titre de l'AMP sur l'un ou l'autre point (en particulier sur la question des pouvoirs adjudicateurs suisses assujettis; ATF 99 Ib 39 consid. 3). En conséquence, il faut interpréter les dispositions relatives au champ d'application de la LMP et de l'OMP de manière conforme à l'AMP. La condition prévue par l'art. 2 al. 2 LMP d'un assujettissement de Swisscontrol/Skyguide à l'AMP ou à un autre accord international est vérifiée de manière détaillée dans le considérant suivant (infra consid. 3c).

c. La Suisse étant partie à l'AMP, il faut vérifier si Swisscontrol/Skyguide tombe dans le champ d'application de cet accord. L'art. I § 1 AMP ne comporte pas de définition matérielle uniforme du champ d'application de l'accord, mais renvoie seulement à l'appendice I à l'AMP. Le champ d'application de l'AMP est fondé sur un système à géométrie variable, déterminé individuellement par chaque partie dans ses cinq annexes intégrées à l'appendice I (Clerc, Ouverture..., op. cit., p. 289-297). Positivement, il faut vérifier si Swisscontrol/Skyguide entre dans le champ de l'annexe 3, comme une entité active dans le secteur des transports (consid. aa et bb), ou dans le champ de l'annexe 1, comme une entité du gouvernement central (consid. cc et dd), ou si elle fait partie des entités soumises à des obligations limitées au titre de l'art. I § 3 AMP (consid. ee). Négativement, il faut vérifier si une des notes particulières à chaque annexe ou si les notes générales et dérogations à l'art. III déposées par la Suisse excluent les soumissionnaires américains du bénéfice de l'une ou l'autre annexe. Cette vérification négative est effectuée en relation avec chacune des annexes et dispositions de l'AMP examinées (infra bb, dd et ee).

aa. Sont assujetties à l'annexe 3 les entités adjudicatrices qui répondent à deux conditions cumulatives. L'entité doit, d'une part, être un pouvoir public ou une entreprise publique, au sens défini par l'annexe 3, et, d'autre part, exercer une des activités dans les secteurs EET, telles qu'énumérées dans l'annexe.

En l'espèce, il faut examiner en particulier si, au titre de la seconde condition cumulative, Swisscontrol/Skyguide exerce une des activités dans le secteur des transports énumérées dans l'annexe 3.

L'annexe 3 point 4 déposée par la Suisse prévoit que sont assujetties à l'AMP:

«les entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent au moins une des activités suivantes: [...]

4. l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport [spécifiés sous titre IV]; [...]

Le point IV de l'annexe 3, sous le titre «Aéroports», précise qu'on entend à ce titre:

«les pouvoirs publics ou entreprises publiques exploitant des aéroports en vertu d'une concession au sens de l'art. 37 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur la navigation aérienne.

Par exemple:

- Flughafen Zürich-Kloten
- Aéroport de Genève-Cointrin
- Aérodrome civil de Sion».

L'art. 37 de la loi fédérale sur la navigation aérienne, dans sa version en force lors de l'entrée en vigueur de l'AMP, se référait aux concession et exploitation nécessaires pour la création et l'exploitation d'un aérodrome. Il correspond en substance à l'art. 36a de la loi fédérale sur l'aviation dans sa version actuellement en vigueur. Selon une interprétation historique, le message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC précise que seules sont concernées par l'annexe 3 point 4 les entreprises publiques exploitant un aéroport (Message 1 GATT, p. 358). L'énumération figurant à titre d'exemple sous titre IV de l'annexe 3 de la Suisse, qui se réfère aux aéroports de Zurich-Kloten, de Genève et de Sion, démontre aussi que la Suisse n'a entendu assujettir à l'annexe 3 que les entités (pouvoirs publics ou entreprises publiques) exploitant un aéroport. Dans l'interprétation de l'annexe 3, on peut aussi se référer au droit européen, car la formulation de l'annexe 3 point 4 de la Suisse est calquée sur l'art. 2 § 2 al. b point ii de la directive-secteurs communautaire qui vise «l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à disposition des transporteurs aériens [...] des aéroports [...] ou d'autres terminaux de transport» (Directive 93/38/CEE, Journal officiel [JO] 1993 L 199/84, modifiée en dernier lieu par la Directive 98/4/CE, JO 1998 L 101/1). Il ressort des travaux préparatoires de la directive-secteurs que cette formulation visait à assujettir les exploitants d'aéroports, car les aéroports sont soit directement contrôlés par les pouvoirs publics, soit subissent autrement l'influence de l'Etat en raison notamment de la nécessité dans laquelle ils se trouvent d'obtenir le renouvellement de leur concession (COM [88] 377 final du 11 octobre 1988, p. 8, points 25 et 26; COM (88) 376 final du 11 octobre 1988, points 273 et 285). Cette limitation aux aéroports est confirmée par le contenu de l'énumération exemplative figurant dans l'annexe VIII à la directive-secteurs, qui contient uniquement une liste d'aéroports pour 13 Etats membres de l'Union européenne. Seuls deux Etats membres, la Belgique et l'Autriche, ont mentionné dans l'annexe VIII, outre leurs aéroports, la Régie des voies aériennes et Austro

Control GmbH, respectivement. Par ailleurs, dans sa propre annexe 3 à l'AMP, l'Union européenne assujettit les entités exerçant une activité de «provision of airport or other terminal facilities to carriers by air», en renvoyant au surplus à l'énumération figurant en annexe VIII de la directive-secteurs précitée. Dans ses notes générales et dérogations (point 1, 3e tiret), l'Union européenne n'a pas formulé de restriction pour l'accès des soumissionnaires suisses aux marchés passés par ses entités assujetties à l'annexe 3, ce qui, eu égard au principe de réciprocité codifiée sur lequel est basé l'accès concédé par chaque partie à ses marchés (Clerc, Ouverture..., op. cit., p. 290), implique que la Suisse assure un accès comparable dans sa propre annexe 3. Il en résulte que les seules entités actives dans le secteur du transport aérien qui sont assujetties à l'annexe 3 de la Suisse sont celles exploitant des aéroports. Si, comme le souligne la recourante, le contrôle de la navigation aérienne est certes indispensable à l'exploitation d'un aéroport - comme il l'est d'ailleurs aussi à l'activité des compagnies aériennes -, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de deux activités distinctes. Ainsi, la gestion du trafic aérien porte non seulement sur les avions qui atterrissent et décollent des aéroports suisses, mais aussi sur les avions qui survolent la Suisse en provenance et à destination d'aéroports d'autres Etats. Or, l'activité de Swisscontrol/Skyguide ne consiste pas à exploiter un aéroport, mais exclusivement à fournir des services de navigation aérienne. En conséquence, Swisscontrol/Skyguide n'est pas assujettie à l'annexe 3 de l'appendice I déposée par la Suisse.

bb. Même si l'on admettait que Swisscontrol/Skyguide puisse être assimilée à un aéroport et assujettie à l'annexe 3, il faudrait encore vérifier, dès lors que X est un soumissionnaire ayant son siège aux Etats-Unis, si la Suisse a exclu dans ses notes générales et dérogations l'accès des soumissionnaires américains aux marchés passés par des entités de l'annexe 3 actives dans le transport aérien.

Les notes générales et dérogations à l'art. III déposées par la Suisse prévoient que (point 1, 2e tiret, 3e sous-tiret):

«la Suisse n'étendra pas le bénéfice des dispositions du présent accord:

[...]

- en ce qui concerne les marchés passés par les entités mentionnées à l'annexe 3 dans les secteurs suivants;
- eau: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, des Etats-Unis d'Amérique et de Singapour;
- électricité: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, du Japon et de Singapour;
- aéroports: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, de la Corée et des Etats-Unis d'Amérique;
- ports: aux fournisseurs de produits et de services du Canada;
- transports urbains: aux fournisseurs de produits et de services du Canada, d'Israël, du Japon, de la Corée et des Etats-Unis d'Amérique;

tant qu'elle n'aura pas constaté que les Parties concernées assurent aux entreprises suisses un accès comparable et effectif aux marchés considérés».

Conformément au principe de la réciprocité codifiée, l'exclusion des soumissionnaires américains de l'accès aux marchés passés en Suisse par des «aéroports» soumis à l'annexe 3 était motivée par les engagements insuffisants pris par les Etats-Unis pour ce même type de pouvoir adjudicateur. Contrairement aux allégations de la recourante, la Convention d'extension du champ d'application de l'AMP conclue les 16/19 décembre 1996 entre les Etats-Unis et la Suisse (FF 1997 II 254 s.) n'a pas modifié l'accès des soumissionnaires américains aux marchés passés par les entités suisses actives dans le secteur des aéroports. Par cette extension, les Etats-Unis ont ouvert, au titre de l'annexe 2, les marchés publics de 37 de leurs 50 Etats et, au titre de l'annexe 3, les marchés des entités opérant dans le domaine de l'approvisionnement en électricité ainsi que, dans le secteur des transports, les marchés passés par les ports et aéroports de New York, du New Jersey et de Baltimore. En échange, la Suisse a ouvert aux soumissionnaires américains l'accès aux marchés de ses cantons selon l'annexe 2, ainsi que les marchés passés par les entités de l'annexe 3 actives dans les secteurs de l'électricité et des ports (Message du Conseil fédéral du 15 janvier 1997 sur la Convention avec les Etats-Unis relative à l'accord OMC sur les marchés publics et à une délégation de compétence au Conseil fédéral, FF 1997 II 245-248). Formellement, cette extension est intervenue par la suppression réciproque d'exclusions formulées par les Etats-Unis et par la Suisse dans leurs notes générales et dérogations respectives (FF 1997 II 255; de même les notifications faites à l'OMC par les Etats-Unis [GPA/W/41] et par la Suisse [GPA/W/42]). Ces modifications sont entrées en vigueur le 22 juin 1997 (voir document WT/Let/146). La modification apportée par la Suisse à ses notes générales et dérogations dans le cadre de la Convention d'extension prévoyait de «rayer le mot dans la note générale 1 en ce qui concerne les entités de l'annexe 2 et les entités des secteurs de l'électricité et des ports» (FF 1997 II 255) - «In General Note 1, delete with respect to entities in Annex 2 and entities in the electricity and port sectors» (GPA/W/42).

Le maintien de l'exclusion des soumissionnaires américains des marchés passés par les entités suisses actives dans le secteur des aéroports, bien que les Etats-Unis aient ouvert les marchés d'une partie de leurs aéroports, était volontaire. Il ne s'agit nullement d'un oubli, d'une inadvertance ou d'une confusion quant à la portée du terme américain de «Port Authority». Les négociateurs américains de la Convention d'extension, et à leur suite les entreprises américaines, ne pouvaient avoir de doute quant à l'étendue exacte de l'accès nouvellement concédé par la Suisse: dans les notes générales et dérogations de la Suisse, on peut observer que le point 1, 2e tiret susmentionné, distingue dans des sections séparées les exceptions formulées respectivement dans les secteurs de l'eau, de l'électricité, des aéroports, des ports et des transports urbains. Or, la modification apportée par la Suisse à ses notes générales et dérogations dans le cadre de la Convention d'extension avec les Etats-Unis prévoyait seulement de «rayer le mot dans la note générale 1 en ce qui concerne les entités de l'annexe 2 et les entités des secteurs de l'électricité et des ports». Il en résulte que l'exclusion des soumissionnaires américains formulée dans la note générale 1 de la Suisse en relation avec les marchés des entités actives dans le secteur des aéroports (point 1, 2e tiret, 3e sous-tiret) n'est pas modifiée et continue comme par le passé à inclure les fournisseurs des Etats-Unis d'Amérique. Cette situation juridique se reflète du reste dans la formulation actuelle précitée de la note générale 1. On peut en outre observer que l'Union européenne, qui a conclu un accord similaire avec les Etats-Unis élargissant le champ d'application de l'AMP, a aussi maintenu son exclusion des soumissionnaires américains pour les marchés passés par les aéroports communautaires, malgré l'inclusion des principaux aéroports américains dans le champ de l'AMP (note générale 1, 3e tiret, point c des notes générales et dérogations de l'Union européenne). Le maintien de l'exclusion des soumissionnaires américains des marchés passés par les

entités actives dans le secteur des aéroports est motivé par le fait que les Etats-Unis ont refusé de renoncer à appliquer leur clause de préférence nationale pour les fonds fédéraux destinés à l'amélioration des aéroports (voir la note 1 à l'annexe 3 des Etats-Unis, qui prévoit que: «With respect to these entities, the Agreement shall not apply to restrictions attached to Federal funds for airport projects»; M. King / G. de Graaf, L'accord sur les marchés publics dans le cadre de «l'Uruguay Round», Revue du Marché Unique Européen 4/1994, p. 80 s.). En conséquence, il ressort du texte clair de la note générale 1 de la Suisse (2e tiret, 3e sous-tiret), tel que résultant des modifications convenues à la suite de la Convention d'extension entre les Etats-Unis et la Suisse, que la Suisse a maintenu l'exclusion des soumissionnaires américains de l'accès aux marchés passés par les «aéroports» suisses, considérant ainsi expressément que les Etats-Unis n'assuraient pas (encore) aux entreprises suisses un accès comparable et effectif aux marchés passés par les «aéroports» américains.

L'art. 4 let. a LMP ouvre les marchés publics suisses soumis à la LMP aux soumissionnaires d'Etats parties à l'AMP, dans la mesure où ces Etats accordent la réciprocité. L'ouverture prévue par cette disposition ne va pas au-delà de celle statuée par les annexes suisses à l'AMP. Historiquement, le Conseil fédéral a explicité la portée de l'exigence de réciprocité en se référant aux annexes à l'AMP, sans que ce point ait fait l'objet de débats aux Chambres fédérales lors de l'adoption de la LMP (Message 2 GATT, p. 1221 s.). La portée de l'exigence de réciprocité doit être déterminée par le biais d'une interprétation conforme de l'art. 4 let. a LMP aux annexes et notes générales déposées par la Suisse. Il ne s'agit pas d'une simple réciprocité de fait, mais d'une «réciprocité codifiée»: Les annexes et notes générales à l'AMP ne contiennent pas une clause générale de réciprocité, mais une énumération exhaustive d'exceptions. Un pouvoir adjudicateur suisse ne peut refuser l'accès à un soumissionnaire d'un autre Etat partie à l'AMP que si et dans la mesure où la Suisse a expressément prévu une dérogation dans ses annexes et notes générales (Reich, op. cit., p. 136 s.; Clerc, Mondialisation ..., op. cit., p. 155 s.; Clerc, Ouverture..., op. cit., p. 290 et 411 s.). En conséquence, on ne saurait suivre la recourante dans son allégation selon laquelle l'assujettissement par les Etats-Unis de leurs grands aéroports de la côte nord-est, aux termes de la Convention d'extension entre les Etats-Unis et la Suisse, suffirait à remplir la condition de réciprocité de l'art. 4 let. a LMP. La Suisse a au contraire expressément choisi de maintenir, dans sa note générale 1, son exception à l'égard des soumissionnaires américains pour les marchés passés par les entités suisses actives dans le secteur des aéroports, et cela en dépit de la Convention d'extension. En conséquence, même si Swisscontrol/Skyguide constituait une entité active dans le secteur des aéroports, X, en sa qualité de soumissionnaire américaine, ne bénéficierait pas d'un accès garanti par la LMP ou l'AMP aux marchés passés par cette entité, car la réciprocité exigée par l'art. 4 let. a LMP et telle qu'interprétée à la lumière expresse de la note générale 1 (2e tiret, 3e sous-tiret) déposée par la Suisse, ne serait pas remplie.

cc. Il faut ensuite examiner si Swisscontrol/Skyguide constitue une entité centrale assujettie à l'annexe 1 à l'AMP.

L'annexe 1 vise des entités du gouvernement central. Contrairement aux annexes 2 et 3 qui contiennent une définition générique des entités assujetties, accompagnées d'exemples, l'annexe 1 énumère exhaustivement les pouvoirs adjudicateurs qui lui sont soumis. Il s'agit, pour la Suisse, des entités de l'administration fédérale centrale et décentralisée, selon l'annexe à la LOGA. Parmi les entités relevant du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), est mentionné l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC), qui est l'autorité régulatrice en matière de navigation aérienne ainsi que l'autorité chargée de la supervision générale du respect des tâches déléguées à Swisscontrol/Skyguide. En revanche, Swisscontrol/Skyguide n'est pas mentionnée expressément dans l'annexe 1. La question est dès lors de savoir si Swisscontrol/Skyguide peut être implicitement assujettie à l'annexe 1 à l'AMP, du fait de la relation de contrôle exercée sur elle par la Confédération, par l'intermédiaire de l'OFAC, ainsi que des tâches de puissance publique qui lui ont été déléguées par la loi sur la navigation aérienne. Le point de savoir si l'AMP peut trouver application du fait de la relation de contrôle existant entre deux entités, indépendamment du contenu des annexes, a été tranché par un rapport d'un panel OMC, et adopté par l'Organe de règlement des différends de l'OMC (Korea - Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, adopté par WT/DSB/M/84 le 15 juin 2000):

«[...] Members generally may, pursuant to negotiations, decide which entities [and procurement covered by those entities] are included in their Schedules and in which Annex they will be included. The question of or other indicia of affiliation is not an explicit provision of the GPA. Rather, it is a matter of interpretation for the content of the Schedules themselves [...]» (§ 7.71).

We must also note, however, that this ability to define the scope of commitments is not absolute. If a Party explicitly excludes an entity in a Note, that is conclusive. A Member may also affirmatively put entities in another Annex from an affiliated entity. But if the Schedule is completely silent on an entity, it may be necessary to look somewhat further to see if there is an affiliation of two entities such that they could be considered legally the same entity [...] or one could be acting on behalf of another (§ 7.72).

We do believe that entities that are not listed in an Annex 1 to the GPA whether in the Annex list or through a Note to the Annex, can, nevertheless, be covered under the GPA. We believe that this flows from the fact that an overly narrow interpretation of «central government entity» may result in less coverage under Annex 1 than was intended by the signatories. On the other hand, an overly broad interpretation of the term may result in coverage of entities that were never intended to be covered by signatories» (§ 7.58).

Selon le rapport du panel OMC, les parties sont généralement libres de décider quelles entités elles entendent inclure ou exclure de leurs engagements. Le critère du contrôle exercé par une entité sur une autre n'est pas expressément prévu par les dispositions de l'AMP, mais constitue plutôt une question qui relève de l'interprétation du contenu des annexes. Toutefois, la faculté d'une partie de définir la portée de ses engagements n'est pas absolue. Lorsque ni l'annexe, ni les notes ne disent rien sur l'assujettissement d'une entité, il peut s'avérer nécessaire de vérifier si cette entité est contrôlée ou affiliée à une autre entité expressément assujettie à un point tel que, soit les deux entités doivent être considérées comme en formant juridiquement une seule, soit l'entité non mentionnée agit au nom, - comme représentant ou agent - de l'entité expressément assujettie (Korea - Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, § 7.52-7.73).

Le premier test consiste à vérifier si les deux entités forment juridiquement une unité («Are the Entities Legally Unified?»). A ce titre, le panel OMC a vérifié en particulier si l'entité était dotée de la personnalité juridique, si elle avait rédigé et adopté ses statuts, si elle disposait de ses propres cadres et employés qui n'étaient pas des fonctionnaires du gouvernement, si elle a publié l'appel d'offres et adressé les invitations de son propre chef, si elle a conclu en son propre nom le contrat avec l'adjudicataire, si elle a financé le marché avec ses propres ressources. Le panel a aussi examiné la question de savoir qui nommait les membres du conseil d'administration, les directeurs et les cadres supérieurs de l'entité (Korea - Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, § 7.60 et 7.61).

En l'espèce, plusieurs éléments parlent en faveur de l'indépendance de Swisscontrol/Skyguide. L'entreprise est dotée de la

personnalité juridique en tant que société anonyme. Elle dispose de ses propres collaborateurs qui ne sont pas des fonctionnaires fédéraux. Avec un effectif de 1057 collaborateurs au 1er janvier 2001, elle est en mesure d'accomplir elle-même les tâches qui lui sont confiées. Aux termes de l'art. 2 al. 3 de l'ancienne ordonnance sur la délégation des tâches de navigation aérienne et le calcul des redevances de navigation aérienne du 19 décembre 1995, Swisscontrol/Skyguide était compétente pour mener les négociations et conclure les contrats dans son domaine de compétence lié à l'exploitation ainsi qu'aux applications techniques ou commerciales. De même, l'art. 2 al. 10 OSNA prévoit que Skyguide mène les négociations et conclut les contrats qui relèvent de sa sphère de compétence opérationnelle, technique et commerciale. Swisscontrol/Skyguide a en conséquence invité de son propre chef des entreprises à participer à la procédure d'acquisition du nouveau système ATM. Les contrats avec X et avec Y pour le RFQ III, de même que les contrats finals avec Y, ont été conclus par Swisscontrol/Skyguide, sans être soumis à une approbation de l'administration fédérale. Les ressources financières de Swisscontrol/Skyguide proviennent essentiellement des redevances de route et d'approche qu'elle perçoit ainsi que d'emprunts.

D'autres indices montrent toutefois une relation entre Swisscontrol/Skyguide et l'administration fédérale. Conformément à l'art. 40 al. 2 LA (version identique dans l'ancienne loi fédérale sur la navigation aérienne), la majorité du capital-actions de Swisscontrol/Skyguide est détenue par la Confédération. Actuellement, la Confédération détient 99.8525% du capital-actions de Skyguide, qui s'élève à Fr. 50'000'000.-. Les actions de la Confédération sont gérées par l'OFAC (art. 5 al. 2 ancienne ONA; disposition identique dans l'OSNA). Conformément à l'art. 40 al. 2 LA précité, les statuts de Swisscontrol/Skyguide, après avoir été adoptés par l'assemblée générale de la société, sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Selon la réglementation en vigueur lors du lancement de la procédure d'acquisition du nouveau système ATM, comme encore lors du RFQ III, le président et la majorité des membres du conseil d'administration étaient des représentants de la Confédération désignés par le DETEC, d'entente avec le Département militaire fédéral et le Département fédéral des finances (art. 5 al. 1 ancienne ONA). Sous l'empire du droit actuel, les membres du conseil d'administration et le président sont désignés par l'assemblée générale de Skyguide (art. 5 al. 1 OSNA). Aujourd'hui, seuls deux des 10 membres du Conseil d'administration sont des fonctionnaires de l'administration fédérale. Enfin, dans son activité de contrôle de la navigation aérienne, Swisscontrol/Skyguide exerce une fonction de puissance publique qui lui a été déléguée par la Confédération (art. 40 al. 2 LA). Aux termes de l'art. 2 al. 2 ancienne ONA, en vigueur en 1997, le DETEC fixait les modalités des services confiés à Swisscontrol. De même, selon l'art. 6 OSNA, le Conseil fédéral fixe pour trois ans les objectifs stratégiques de Skyguide en matière de sécurité, d'efficacité et de rentabilité.

Ces divers éléments indiquent un degré important de contrôle exercé par des pouvoirs adjudicateurs centraux assujettis à l'annexe 1 (en particulier l'OFAC) sur Swisscontrol/Skyguide. Si les organismes de droit public ou les entreprises publiques, au sens donné à ces notions par l'annexe 3, avaient été assujetties de manière générique dans l'annexe 1, il est probable que Swisscontrol/Skyguide en remplirait les conditions. En effet, Swisscontrol/Skyguide est dotée de la personnalité juridique. La Confédération, par l'intermédiaire de l'Office précité, est en mesure d'exercer indirectement une influence dominante sur Swisscontrol/Skyguide, du fait de la détention de la majorité du capital-actions de l'entreprise. Enfin, en étant chargée du contrôle de la navigation aérienne, Swisscontrol/Skyguide a été «créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial». Un service d'intérêt général n'a pas une nature économique, soit industrielle ou commerciale, lorsqu'il relève de la puissance publique. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi jugé qu'Eurocontrol, un organisme chargé de contrôler l'espace aérien, remplit une mission de puissance publique (affaire SAT Fluggesellschaft c / Eurocontrol, C-364/92, Rec. 1994 p. I-43). Cette conclusion vaut aussi pour Swisscontrol/Skyguide, comme le montrent les débats parlementaires lors de l'adoption de l'art. 40 al. 2 LA, qui portaient sur la constitutionnalité de la délégation de tâches de police à Swisscontrol (FF 1992 I 606-608). Cependant, les organismes de droit public et les entreprises publiques ne sont pas inclus de manière générique dans l'annexe 1, qui repose au contraire sur une énumération exhaustive d'entités spécifiques. Compte tenu du fait que les parties ont voulu un champ d'application à géométrie variable, il ne se justifie pas d'étendre le champ d'application de l'AMP au-delà de ce qui est positivement inclus dans les annexes, en l'absence d'indices clairs d'une unité effective entre deux entités (Korea - Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, § 7.61). En l'espèce, le contrôle de l'OFAC sur Swisscontrol/Skyguide est caractéristique de la surveillance usuellement exercée par l'Etat sur les organismes auxquels il délègue des tâches d'intérêt général, et plus encore lorsqu'il s'agit de tâches de puissance publique. Mais ce contrôle ne va pas jusqu'à faire de Swisscontrol/Skyguide une partie intégrante de l'OFAC. Dès lors que Swisscontrol/Skyguide ne forme pas une unité avec cet Office, elle n'est pas intégrée à ce titre dans l'annexe 1.

Le second test consiste à vérifier si Swisscontrol/Skyguide agissait pour le compte du DETEC ou de l'OFAC, au moins pour ce qui concerne le projet ATMAS («principal/agent relationship», Korea - Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, § 7.59, 7.62-7.70). Aux termes de l'art. 2 al. 3 ancienne ONA, Swisscontrol était compétente pour mener les négociations et conclure les contrats dans son domaine de compétence lié à l'exploitation ainsi qu'aux applications techniques ou commerciales (de même, l'art. 2 al. 10 OSNA). Comme déjà indiqué en relation avec le premier test, Swisscontrol/Skyguide dispose d'un personnel de plus de 1000 collaborateurs et ne constitue ainsi pas une simple coquille vide. L'organisation et le management du projet ATMAS développés par Swisscontrol/Skyguide aux fins du RFQ III n'indiquent aucune intervention de la Confédération (Annex 3 to RFQ III - Project organisation and project management). Le simple fait que la Confédération constitue l'actionnaire majoritaire de Swisscontrol/Skyguide n'implique pas que cette dernière serait automatiquement un simple agent de la Confédération. En principe, une société anonyme avec personnalité juridique a une existence indépendante de celle de ses actionnaires, et cela même si la société n'a qu'un seul actionnaire ou un actionnaire quasiment unique. Ce n'est que dans des cas d'abus que la jurisprudence et la doctrine admettent de faire abstraction de l'indépendance juridique de la société et prennent en considération la réalité économique au lieu de la réalité juridique. On parle alors de transparence ou de levée du voile corporatif («Durchgriff / lifting the corporate veil»; ATF 121 III 319 consid. 5, ATF 113 II 36 consid. 2c, Roland Ruedin, Droit des sociétés, Berne 1999, n° 709-713 et 2289; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8e éd., Berne 1998, § 2 n° 34; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., Zurich 1996, n° 1181a). En l'espèce, Swisscontrol/Skyguide existe depuis 1987 comme une société anonyme chargée d'assurer la navigation aérienne dans les secteurs qui lui sont attribués par la Confédération. Rien n'indique que la forme choisie ait eu pour but de contourner l'application des règles sur les marchés publics. Le seul contrôle exercé par la Confédération comme actionnaire quasiment unique ne suffit pas à faire de Swisscontrol/Skyguide un simple instrument dans les mains de la Confédération, ni un alter ego de l'OFAC. Les objectifs stratégiques à atteindre par Swisscontrol/Skyguide sont fixés par le DETEC (art. 2 al. 2 ancienne ONA et art. 6 OSNA), mais les moyens pour réaliser ces objectifs relèvent de la seule responsabilité de la société (art. 2 al. 3 de l'ancienne ordonnance sur la délégation des tâches de navigation aérienne et le calcul des redevances de navigation aérienne du 19 décembre 1995 et art. 2 al. 10 OSNA). Le contrôle général exercé par la Confédération (par l'intermédiaire de l'OFAC), du fait de sa qualité d'actionnaire quasiment unique, de ses représentants initialement majoritaires au sein du conseil d'administration, et de sa fixation des objectifs généraux à atteindre par la société, n'équivaut pas à un contrôle de l'activité quotidienne et du détail des opérations de Swisscontrol/Skyguide. Or, le degré détaillé d'intervention et de contrôle dans l'activité quotidienne de l'agent

est un élément central de la «principal/agent relationship», telle que définie en particulier en droit américain (Murphy v. Holiday Inns, Inc., 216 Va. 490; 219 S.E.2d 874). En outre, la conduite et la réalisation du projet ATMAS relève de la responsabilité de Swisscontrol/Skyguide. En conséquence, le contrôle exercé par l'administration générale de la Confédération sur Swisscontrol/Skyguide n'est pas tel qu'il fasse de celle-ci le simple agent de celle-là. On ne saurait dès lors assimiler à ce titre Swisscontrol/Skyguide à l'OFAC, afin de les assujettir ensemble à l'annexe 1.

En conclusion, même si le contrôle exercé par la Confédération sur Swisscontrol/Skyguide fait que celle-ci pourrait remplir la définition donnée aux organismes de droit public et aux entreprises publiques par l'annexe 3 déposée par la Suisse, ces deux types génériques d'entités ne sont pas inclus dans l'annexe 1 qui ne contient qu'une énumération exhaustive des entités du gouvernement central assujetties à l'AMP. Les parties à l'AMP ont expressément voulu un champ d'application à géométrie variable, de sorte qu'il ne se justifie pas d'étendre le champ d'application de l'AMP au-delà de ce qui est positivement inclus dans les annexes, en l'absence d'indices clairs que deux entités forment une unité effective ou que l'une agit comme agent pour le compte de l'autre. En l'espèce, les différents éléments indiquent une relation de contrôle entre la Confédération et Swisscontrol/Skyguide, mais celle-ci ne va pas jusqu'à faire de Swisscontrol/Skyguide une partie intégrante de l'OFAC, ni un agent dudit Office dans le cadre de l'acquisition du nouveau système ATM.

dd. Si même Swisscontrol/Skyguide était assujettie à l'annexe 1, il faudrait encore vérifier qu'elle n'en est pas exclue par la note relative à l'annexe 1. Selon cette note, «le présent accord ne s'applique pas aux marchés passés par des entités énumérées dans cette annexe et portant sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des communications». La portée exacte de cette exclusion est difficile à déterminer. Dès lors que les entités expressément énumérées dans l'annexe 1 répondent aussi à la définition générique des pouvoirs publics soumis à l'annexe 3, l'exclusion figurant dans la note 1 sert vraisemblablement à délimiter les champs respectifs des annexes 1 et 3. Cette délimitation est nécessaire dès lors que les seuils fixant la valeur des marchés assujettis sont plus élevés au titre de l'annexe 3 qu'à celui de l'annexe 1. Il reste cependant difficile de déterminer si les activités dans le secteur du transport aérien visées par la note relative à l'annexe 1 ont la même portée que celles visées par l'annexe 3. Si l'exclusion en matière de transport aérien a la même portée à la note relative à l'annexe 1 qu'à l'annexe 3, elle ne se rapporte qu'aux entités exploitant des aéroports (cf. supra 3c/aa et bb), et ne concerne ainsi pas Swisscontrol/Skyguide. Si l'exclusion de la note relative à l'annexe 1 avait une portée plus large qu'à l'annexe 3 et incluait toute entité assujettie à l'annexe 1 et active dans le secteur du transport aérien, elle constituerait une raison supplémentaire de ne pas assujettir Swisscontrol/Skyguide à l'AMP, même si cette entité devait être considérée comme relevant de l'annexe 1 du fait du contrôle exercé sur elle par la Confédération. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ici la portée exacte de l'exclusion de la note relative à l'annexe 1, dès lors que Swisscontrol/Skyguide ne constitue pas une entité assujettie à l'annexe 1.

ee. Enfin, il faut vérifier si Swisscontrol/Skyguide, bien que non visée par les annexes à l'appendice I déposée par la Suisse, tombe dans le champ de l'art. I § 3 AMP. Le courrier du 12 novembre 1996 de l'OFAGE produit par l'intimée porte en effet implicitement sur une analyse de cette disposition, en concluant que celle-ci serait inapplicable à Swisscontrol/Skyguide. La recourante fait valoir que cette lettre constitue une simple prise de position de l'Office précité, sans valeur juridique contraignante, qui date de cinq ans et qui réserve du reste expressément une évolution législative ou jurisprudentielle ultérieure.

La Commission de recours observe que le courrier de l'OFAGE constitue effectivement une simple prise de position, sans portée contraignante, formulée en 1996 et sous réserve, et qui se rapportait à un avis antérieurement donné par ce même Office à Swisscontrol à propos - comme on peut le déduire des indications implicites de l'Office - d'un rapport d'un panel rendu sous l'empire de l'ancien code GATT sur les marchés publics (US - Sonar Mapping system, GPA.DS1/R, 23 April 1992). Dès lors que le rapport de ce panel résulta en l'adoption de l'actuel art. I § 3 AMP, il convient d'analyser si Swisscontrol/Skyguide tombe dans le champ de cette disposition. Selon l'art. I § 3 AMP, «dans les cas où des entités, en ce qui concerne les marchés visés par le présent accord, exigent que des entreprises qui ne sont pas mentionnées à l'appendice I passent des marchés conformément à des prescriptions particulières, l'article III s'appliquera mutatis mutandis à ces prescriptions».

L'art. I § 3 AMP s'applique en ce qui concerne les marchés visés par le présent accord, c'est-à-dire seulement aux marchés qui tombent dans le champ de l'AMP en raison de leur type et de leur valeur. Il faut ensuite qu'une entité assujettie à l'AMP contraigne une autre entité non assujettie à respecter des prescriptions particulières lorsque cette dernière passe ses propres marchés. Lorsque ces conditions sont remplies, l'art. I § 3 AMP prévoit uniquement que les principes du traitement national et de la non-discrimination de l'art. III AMP s'appliquent à ces prescriptions particulières. En d'autres termes, l'entité non assujettie est tenue de passer ses marchés en respectant les principes du traitement national et de non-discrimination, mais sans devoir au surplus suivre les procédures de passation de l'AMP. Elle est aussi sujette aux procédures de recours de l'art. XX AMP en cas de violation de l'art. III AMP. Enfin, lorsque les notes générales d'une partie prévoient des dérogations au principe de non-discrimination en faveur des entités assujetties aux annexes, il n'y aurait aucun sens de soumettre les autres entités tombant dans le champ de l'art. I § 3 à une obligation de non-discrimination alors que les conditions d'une note ou dérogation seraient remplies (Pierre Didier, Le Code sur les marchés publics du Cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté, Cahiers de droit européen 1996, p. 281 s.). L'art. I § 3 AMP résulte d'un rapport d'un panel appliquant l'ancien code GATT sur les marchés publics, et rendu durant les négociations de l'AMP. L'assujettissement à l'ancien code GATT y résultait de l'obligation imposée par une agence gouvernementale américaine à une entreprise privée, adjudicataire d'un marché portant sur un système de cartographie par sonar, de respecter envers ses propres fournisseurs une obligation d'achat «Buy American». De plus, il était prévu que l'agence gouvernementale rembourserait un prix d'achat prédéterminé et deviendrait ensuite propriétaire du matériel acquis par l'adjudicataire auprès de ses fournisseurs et sous-traitants. Compte tenu de l'étendue du contrôle sur l'acquisition du système ainsi que de l'usage envisagé pour le système de cartographie, le panel avait conclu à une application de l'ancien code GATT aux achats auxquels procédait l'entreprise adjudicataire auprès de ses fournisseurs et sous-traitants (US - Sonar Mapping system, GPA.DS1/R, 23 April 1992).

En l'espèce, le budget de Swisscontrol/Skyguide n'est pas compris dans celui de la Confédération. Swisscontrol/Skyguide dispose de ses propres ressources financières; elle finance en particulier elle-même l'acquisition du système ATM, notamment grâce aux redevances d'aviation et par des emprunts. Rien dans la réglementation applicable à Swisscontrol/Skyguide, ni dans les documents du RFQ III n'indique que l'attribution du marché devait faire l'objet d'une approbation préalable par la Confédération ou était soumise à un droit de veto de la Confédération. Le système ATM acquis de Y ne devient pas la propriété de la Confédération, mais reste celle de Skyguide. En conséquence, Swisscontrol/Skyguide était responsable du choix du système ATM et en supportait le risque. Les seules prescriptions d'exploitation que Swisscontrol/Skyguide est tenue de respecter dans ses achats sont les normes et recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), les prescriptions techniques de l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) ainsi que d'éventuelles normes techniques complémentaires édictées par l'OFAC (art. 3 ancienne ONA et art. 3 OSNA). Au surplus, Swisscontrol/Skyguide

a elle-même indiqué dans le RFQ III qu'elle avait pour objectif d'acquérir un système qui corresponde autant que possible au standard européen et de limiter la «customisation» au minimum requis par l'environnement suisse. On ne saurait déduire de cette seule exigence du respect des standards techniques usuels pour un organisme de contrôle de la navigation aérienne, que Swisscontrol/Skyguide serait tenue par l'OFAC de respecter des «prescriptions particulières» au sens de l'art. I § 3 AMP dans le cadre de ses acquisitions, ni, en particulier, dans le cadre du projet ATMAS. En conséquence, Swisscontrol/Skyguide ne tombe pas dans le champ de l'art. I § 3 AMP.

En conclusion, Swisscontrol/Skyguide ne constitue pas un pouvoir adjudicateur relevant du champ d'application de l'AMP ou de la LMP.

4. L'incompétence de la Commission fédérale de recours ferme la voie du recours devant elle et rend superflu un examen du bien-fondé de la requête d'effet suspensif et, a fortiori, du fond de l'affaire. Le recours est irrecevable.

5. (...) L'art. 64 al. 1 PA confère à la partie qui obtient gain de cause un droit à des dépens. Bien que formellement potestative, cette disposition est interprétée par la jurisprudence et la doctrine comme une «Muss-Vorschrift» (JAAC 60.45 consid. 2.2; André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, n° 2.23 et 2.26, n° 4.15 et la doctrine citée). Il faut examiner si, comme le prétend l'intimée, la recourante doit verser des dépens à Skyguide. Les dépens sont fixés conformément à l'art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative du 10 septembre 1969 (RS 172.041.0), qui renvoie au Tarif pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 9 novembre 1978 (RS 173.119.1). A teneur de l'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités, les frais d'autorités fédérales parties et, en règle générale, d'autres autorités parties ne donnent pas droit à une indemnité. Le fait que Skyguide ne soit pas assujettie à l'AMP ou à la LMP ne permet pas à lui seul de conclure que Skyguide n'est pas une autorité selon l'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités. En effet, le champ d'application de l'AMP est le résultat de négociations internationales. Il est basé sur une ouverture à géométrie variable et sur le principe de la réciprocité codifiée. Seules les entités qui sont positivement incluses dans les annexes d'une partie, et qui ne sont pas expressément exclues par une note ou dérogation, sont assujetties à l'AMP. La LMP, qui a pour but de transposer l'AMP dans le droit fédéral, a aussi délimité strictement son champ d'application (art. 2 LMP). On ne saurait dès lors exclure qu'une entité non assujettie comme pouvoir adjudicateur à l'AMP et à la LMP soit néanmoins une autorité fédérale ou une autre autorité partie selon l'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités.

(...) L'art. 64 PA relatif aux dépens ne contient aucune indication sur la notion d'autorité fédérale ou autre autorité partie. Selon une interprétation systématique, on peut d'abord se rapporter à l'art. 1 al. 2 PA, qui définit les différents types d'autorités. Sont en particulier des autorités, selon l'art. 1 al. 2 let. e PA, d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération. L'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités peut en outre être rapproché de l'art. 159 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110), dès lors que ces deux dispositions ont été adoptées dans le cadre de la même réforme législative et sont entrées en vigueur simultanément le 1er octobre 1969, et qu'elles règlent chacune la question des dépens dus à une autorité, respectivement en procédure administrative et dans les recours de droit administratif. L'art. 159 al. 2 OJ prévoit que, dans les procédures de recours et d'action de droit administratif, aucune indemnité pour les frais de procès n'est allouée, en règle générale, aux autorités qui obtiennent gain de cause et aux organismes chargés de tâches de droit public. Il découle de l'art. 1 al. 2 let. e PA et de l'art. 159 al. 2 OJ que constituent notamment des autorités aux fins de l'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités, les organismes indépendants de l'administration fédérale et qui sont chargés par la Confédération de l'accomplissement d'une tâche de droit public. Ainsi, les Chemins de fer fédéraux (CFF), bien qu'ils ne soient plus une entreprise fédérale autonome selon l'art. 1 al. 2 let. c PA et ne soient dès lors plus une autorité selon la PA, sont une société anonyme de droit public chargée de tâches publiques et disposant du pouvoir de prendre des décisions. En leur qualité d'organisme chargé de tâches de droit public, les CFF n'ont pas droit à des dépens (ATF 126 II 54 consid. 8), et cela même lorsqu'ils agissent comme propriétaire d'immeuble et d'ouvrage (ATF 121 II 235 consid. 6). Tel est aussi le cas pour les assurances privées qui participent à l'application de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA, RS 832.20; ATF 112 V 44 consid. 3), ainsi que pour les institutions de prévoyance en faveur du personnel (ATF 118 V 158 consid. 7).

Swisscontrol/Skyguide est une société anonyme d'économie mixte, dont l'actionnaire quasiment unique est la Confédération, et qui est de ce fait dominée par la Confédération. Elle est de plus chargée par l'art. 40 al. 2 LA d'une tâche de puissance publique, le contrôle de la navigation aérienne. L'acquisition d'un nouveau système de gestion du trafic aérien civil sert aussi indéniablement à Swisscontrol/Skyguide à remplir la tâche publique qui lui a été déléguée. En attribuant la réalisation du projet ATMAS à Y et en excluant ainsi X, Swisscontrol/Skyguide a statué dans l'accomplissement de sa tâche de puissance publique. En conséquence, Skyguide doit être considérée comme une autorité au sens de l'art. 8 al. 5 ordonnance sur les frais et indemnités, de sorte qu'aucun dépens ne peut lui être alloué.

Dokumente der BRK