

## Les attributions de concessions par voie d'appel d'offres

Les concessions présentent un caractère exclusif, puisqu'elles ne peuvent être attribuées qu'à un seul ou, éventuellement, à un nombre limité d'entités privées. D'où l'importance de leur mode d'attribution. Le rapport étroit qui lie les pouvoirs publics aux principes de la Constitution et de l'État de droit, de même que les objectifs visés par l'attribution d'une concession – à commencer par l'efficacité économique – plaident naturellement pour un appel d'offres public. Si l'attribution de concessions utilise peu ce moyen en Suisse, cela tient à la fois à l'absence de bases légales ou à leur manque de clarté, et à diverses réserves vis-à-vis de ce genre de procédure.



L'attribution de concessions par voie d'appel d'offres est un enjeu pour l'État, non seulement sous l'angle du travail que cela représente, mais aussi et surtout politiquement, étant donné que la concurrence inhérente à un appel d'offres va de pair avec une ouverture du marché.

Photo: Keystone

Le rôle de l'État en tant que fournisseur de prestations a entamé voici peu une profonde mutation, comme en témoignent le recours accru à des entités privées pour accomplir des tâches publiques et l'abandon, par les pouvoirs publics, d'activités économiques qui leur étaient jusqu'ici réservées. Aujourd'hui, l'État se pose davantage en organisateur, régulateur et contrôleur. Les raisons de ce changement sont multiples, à commencer par les ressources limitées des pouvoirs publics, la libéralisation de marchés (d'État) monopolistiques, l'exigence

d'efficacité dans la fourniture des prestations, ainsi que des considérations de principe concernant le rôle de l'État et la concurrence. Dans ce contexte, la concession se pose comme un instrument essentiel de l'intégration du secteur privé dans ces processus.

Après une brève explication de la notion de concession, le présent article propose un tour d'horizon des bases juridiques sur lesquelles s'appuient le régime de l'appel d'offres en matière de concessions. La dernière partie comprend une appréciation succincte du cadre actuel et quelques réflexions concernant l'avenir.



**Thomas Zwald**  
Responsable du Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence COMCO, Berne

### Concession: notion et typologie

Par concession, il faut entendre l'octroi du droit d'exercice d'une activité monopolisée (concession de monopole) ou du droit d'utilisation exclusive d'un bien public (concession d'usage privatif)<sup>1</sup>. La première se fonde sur un monopole juridique de l'État et la seconde sur un monopole de fait résultant de la souveraineté exercée par la puis-

sance publique sur les biens publics comme le sol et l'eau. En contrepartie du droit octroyé, le bénéficiaire (le concessionnaire) doit s'acquitter d'une taxe envers la collectivité.

Il faut distinguer ces deux premières formes de la *concession de service (public)*, par laquelle l'État transfère l'accomplissement d'une tâche publique à une entité privée. Contrairement aux concessions de monopole ou d'usage privatif, celle-ci ne confère pas une position économique exclusive au concessionnaire<sup>2</sup>. De même, il n'est pas usuel que l'entité privée chargée de l'accomplissement de la tâche verse une indemnité à la collectivité en contrepartie.

### Bases juridiques

Dans les bases juridiques actuelles régissant l'attribution de concessions, on peut faire la distinction entre les *réglementations sectorielles* et *générales*.

#### Réglementations sectorielles

Dans certains domaines, le législateur a édicté des réglementations spécifiques à la branche pour l'attribution de concessions. L'art. 24 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10) prévoit par exemple que l'octroi d'une concession de radiocommunication doit en règle générale faire l'objet d'un appel d'offres public si les fréquences utilisées servent à fournir des services de télécommunication et qu'il n'existe pas assez de fréquences disponibles pour satisfaire tous les intéressés présents et futurs. Les modalités de l'appel d'offres sont réglées dans l'ordonnance du 9 mars 2007 sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication (art. 20 ss. OGC; RS 784.102.1), qui dispose que l'autorité chargée de l'appel d'offres peut adjuger la concession sur la base de certains critères ou au plus offrant dans le cadre d'une mise aux enchères.

On trouve aussi des réglementations sectorielles au niveau cantonal. Certaines lois sur la pêche disposent notamment que le bail ou la concession donnant droit à l'exercice de la pêche à titre professionnel est attribué par voie d'appel d'offres public<sup>3</sup>. La loi zurichoise prévoit une sélection par critères, tandis que le législateur lucernois a opté pour un système d'enchères.

#### Réglementations générales

La réglementation générale comprend les législations qui régissent les marchés publics et la loi sur le marché intérieur.

#### Les législations régissant les marchés publics

La législation fédérale et (inter)cantonale sur les marchés publics règle l'acquisition de biens, de services et de constructions par les pouvoirs publics, et vise notamment à garantir une utilisation économique des fonds publics et à favoriser une concurrence équitable entre les soumissionnaires privés<sup>4</sup>. Les acquisitions doivent se faire par voie d'appel d'offres public à partir d'une certaine valeur seuil qui est fonction de la nature de l'achat.

Quant à savoir si les règles régissant les achats peuvent servir de base à l'adjudication de concessions, tout dépend de la définition retenue pour les marchés publics. Dans l'acceptation classique du terme, ceux-ci correspondent à une demande des pouvoirs publics qui se posent sur le libre marché pour acquérir, auprès d'entreprises du secteur privé et contre paiement, les biens et prestations nécessaires à l'accomplissement de leur mission<sup>5</sup>. Ainsi comprise, la notion exclut complètement les concessions.

Or, notamment sous le feu nourri des critiques émanant de la doctrine, la jurisprudence a aujourd'hui pris ses distances par rapport à la définition classique, ouvrant (largement) la porte à l'assujettissement de l'octroi de concessions à la législation régissant les marchés publics. En 1999, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) a, par exemple, qualifié de marché public le fait de charger une entreprise privée de mettre en place et d'exploiter un système recouvrant la perception et la gestion d'une taxe anticipée d'élimination des piles et des accumulateurs, ainsi que l'utilisation de son produit. À la lumière de la LMP, la CRM a estimé que le principe de l'adjudication selon l'offre la plus avantageuse est aussi valable en cas d'externalisation d'une tâche publique déléguée à une entreprise privée, qui s'en charge pour son compte et à ses risques (CRM 1999-006, JAAC 64.30 consid. 1b).

Plusieurs années plus tard, le Tribunal fédéral a dû déterminer si la mise à disposition de vélos à emprunter en libre-service était assimilable à un marché public (ATF 135 II 49). Il s'agissait en l'occurrence d'une prestation accessoire exigée par la ville de Genève en vue de l'attribution d'une concession d'affichage dans le domaine public. Il était prévu que le futur concessionnaire s'occupe du service d'emprunt des vélos à ses frais et verse à la ville l'intégralité des recettes de l'émolument fixé par les pouvoirs publics. En contrepartie, le soumissionnaire intéressé pouvait tenir compte de frais (prévisionnels) d'investissement et d'exploitation dans son offre pour l'obtention de la concession d'affichage. Le Tribunal fédéral a estimé que la prestation

1 Voir Häfelin/Müller (2002).

2 Voir Häfelin/Müller (2002).

3 Voir notamment l'art. 10 de la loi du 5 décembre 1976 dans le canton de Zurich et l'art. 10 de la loi du 10 juin 1997 dans le canton de Lucerne.

4 Art. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1); art. 1, al. 3, de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RO 2003 196).

5 Voir Galli, Moser, Lang et Clerc (2007), avec renvois à la jurisprudence.

accessoire en question devait faire l'objet d'un appel d'offres dans le cadre de la réglementation régissant les marchés publics, jugeant que le service d'emprunt était un moyen d'accomplir une tâche publique. De l'avis du Tribunal fédéral, la notion de tâche publique doit être prise dans un sens large, et recouvre toutes les activités qui servent la promotion d'un intérêt public – une mobilité respectueuse de l'environnement, en l'occurrence. Concernant la contre-prestation de l'État, l'arrêt précise qu'elle ne doit pas forcément consister dans le paiement d'un certain prix, la rétribution pouvant prendre n'importe quelle forme (ATF 135 II 49, consid. 5.2.2).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé sa jurisprudence selon laquelle l'attribution d'une concession concernant l'affichage dans le domaine public ne doit pas être qualifiée de marché public, en arguant du fait que, dans ce cas, les pouvoirs publics n'acquièrent pas de moyens visant à accomplir une tâche publique. Il n'a toutefois pas tranché sur la question de savoir si l'attribution de ladite concession tombait sous le coup de l'art. 2, al. 7, de la loi sur le marché intérieur (135 II 49 consid. 4.1 et 4.3.2).

#### *La loi sur le marché intérieur*

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire national (art. 1, al. 1, LMI). L'art. 2, al. 7, LMI dispose que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. Cette disposition, introduite à l'occasion de la révision de la loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, répond à l'objectif fixé par la LMI, en renforçant la concurrence et en permettant la naissance d'un véritable marché intérieur pour les activités soumises à concession<sup>6</sup>.

La LMI impose ainsi la procédure de l'appel d'offres pour l'attribution des concessions de monopole ou d'usage privatifs. Le principe reste toutefois contesté dans ce dernier cas et n'a pas été confirmé à ce jour par voie judiciaire<sup>7</sup>.

Il faut admettre avec ceux qui critiquent l'assujettissement que l'attribution d'une concession d'usage privatif ne se traduit «que» par l'utilisation exclusive d'un bien public, alors qu'un monopole s'étend sur une activité économique. Cependant, une concession d'usage privatif sur laquelle s'appuie une certaine activité économique (utilisation d'un cours d'eau pour produire de l'électricité,

p. ex.) exclut de fait les tiers de ladite activité. La situation étant, en dernière analyse, comparable à celle d'une concession de monopole, l'assujettissement des concessions d'usage privatif satisfait aussi à l'objectif visé à l'art. 1, al. 1, LMI. La garantie d'un accès libre et non discriminatoire à une activité économique dont l'exercice présuppose un droit d'utilisation privatif sur un bien public commande dès lors que la délégation de ce droit se fasse dans le cadre d'un appel d'offres public.

Conformément à sa vocation de loi-cadre, la LMI n'impose pas de contraintes concernant les modalités de la procédure de transfert du droit d'utilisation pour ce genre de monopole. Ces modalités sont définies par l'autorité adjudicatrice. Le message relatif à la révision de la LMI se borne à indiquer que les règles d'attribution des marchés publics peuvent être appliquées par analogie (voir le message, FF 2005 441).

#### **Appréciation et perspectives**

Il ressort de ce qui précède que les bases qui ont jusque-là fait défaut pour l'attribution de concessions par voie d'appel d'offres ont été créées ces dernières années. Cette évolution réjouissante s'appuie sur deux approches réglementaires qui se complètent l'une l'autre.

L'*approche sectorielle* présente l'avantage de la clarté en ce qui concerne l'objet de l'appel d'offres et permet de tenir compte des spécificités de la concession dans la définition des modalités. Elle se révèle par contre gourmande en ressources (et en temps) eu égard à son objectif, qui est d'attribuer toutes les concessions par voie d'appel d'offres public.

L'*approche générale* suit une démarche inverse. Elle vise à soumettre globalement à la procédure de l'appel d'offres public des concessions qui peuvent être très différentes les unes des autres. Son inconvénient est que, dans certains cas, la soumission peut donner lieu à controverse, notamment vis-à-vis du droit des marchés publics. En étendant la notion d'achat public, la juridiction suprême a certes créé une base pour l'assujettissement des concessions de services, mais cela ne veut pas dire que ses conditions d'application soient claires et que le droit offre toutes les garanties nécessaires. Pour que ce soit le cas, le législateur est appelé à intégrer les concessions de services dans le droit des marchés publics. Au niveau fédéral, la révision de la LMP, actuellement suspendue, en offre l'occasion. Pour les cantons, la modification passe par une adaptation de l'AIMP.

L'intégration de l'adjudication en matière de concessions de services au droit des mar-

6 Message du 24 novembre 2004 relatif à la modification de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 438.

7 Arguments pour l'applicabilité, voir Rey et Wittwer (2007) et Beyeler (2008). Arguments contre l'applicabilité, voir Rechsteiner et Waldner (2007); question laissée en suspens par l'ATF 135 II 49 concernant la concession d'affichage dans le domaine public.

chés publics doit aller au-delà de l'élargissement du champ d'application matériel. Il faudrait, par exemple, aussi régler la question des seuils qui, en fonction de la nature du service concerné, commandent un mode de calcul différent de celui appliqué dans les marchés publics. Le chiffre d'affaires estimé du concessionnaire pendant la durée de la concession pourrait notamment être un critère pertinent.

Pour ce qui est des modalités et des critères d'adjudication, la question est de savoir si l'application des dispositions du droit des marchés publics – par analogie dans le cas de l'art. 2, al. 7, LMI – est indiquée pour toutes les concessions. Des dérogations ou la création de règles spéciales pourraient être indiquées selon la spécificité et la complexité de la concession.

### Conclusion

L'attribution de concessions par voie d'appel d'offres est un enjeu pour l'État, non seulement sous l'angle du travail que cela représente, mais aussi et surtout politiquement, étant donné que la concurrence inhérente à un appel d'offres va de pair avec une ouverture du marché. Dans ce contexte, on pourrait craindre qu'une obligation de procéder par appel d'offres n'amène les pouvoirs publics à se distancier d'un recours accru au secteur privé, voire à revenir sur certaines situations de délégation établies. Or on est en

droit d'attendre de pouvoirs publics agissant rationnellement qu'ils ne se laissent pas guider par la crainte, mais par des considérations de rationalité économique. ■

Encadré 1

#### Bibliographie

- Beyeler M., «Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts», dans Zufferey J.-B. et Stöckli H. (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 27.
- Galli P., Moser A., Lang E. et Clerc E., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève, 2007, n. 107.
- Häfelin U. et Müller G., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève, 2002, n. 2591.
- Rechsteiner S. et Waldner M., «Netzgebietzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung», *PJA*, 2007, p. 1288 ss.
- Rey A. et Wittwer B., «Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach dem revidierten Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs», *PJA*, 2007, p. 585 ss.

# La meilleure adresse pour vos événements

[www.seedamm-plaza.ch](http://www.seedamm-plaza.ch)

MEETING

HOTEL

RESTAURANT

CASINO

EVENTDOME



SEEDAMMSTRASSE 3, CH-8808 PFÄFFIKON SZ, TELEFON +41 55 417 17 17  
FAX +41 55 417 17 18, [info@seedamm-plaza.ch](mailto:info@seedamm-plaza.ch), [www.seedamm-plaza.ch](http://www.seedamm-plaza.ch)