

Unil

UNIL | Université de Lausanne



Rencontres ASMP, 25 septembre 2025, Lausanne

La commande publique sous forme de concessions

***Etienne Poltier, professeur honoraire de l'Université de
Lausanne***

Sommaire

I. Introduction

II. Notions et délimitations

A. Marchés publics (stricto sensu): 8 LMP/AIMP

B. 1. Les concessions, comme opérations d'aliénation: 2 VII LMI

2. Les concessions impliquant une commande publique:
9 LMP/AIMP

C. Opérations combinées

D. Délimitations

E. Les lois spéciales

III. Régimes applicables

II. Notions et délimitations

- A. Marchés publics (stricto sensu): 8 LMP/AIMP
- B. 1. Les concessions, comme opérations d'aliénation:
2 VII LMI
 - 2. Les concessions impliquant une commande publique: 9 LMP/AIMP
- C. Opérations combinées
- D. Délimitations
- E. Les lois spéciales

A. La notion de marchés publics

Définition provisoire/simple:

Par marchés publics*, on désigne toutes les **acquisitions** par l'Etat de biens et de services auprès d'agents économiques privés moyennant le paiement d'un prix.

(voir ATF 125 I 209; pour des développements et une définition plus complète: ATF 135 II 49, affichage et vélos en libre service)

**öffentliche Beschaffungen/public procurement*

A. La notion de marchés publics

Définition du droit positif:

Section 2 Champ d'application objectif

Article 8 al. 1 AIMP 2019

¹ Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, **la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.**

[...]

B. Les concessions

Implique:

- le transfert d'un droit découlant d'un monopole;
- plus précisément le droit (exclusif) d'exploiter une activité économique (*Verleihung*)

Comprend l'autorisation d'exercer l'activité en cause, qui peut être soumise à diverses (et parfois nombreuses) conditions

B. 1. Les concessions, comme opérations d'aliénation: 2 VII LMI

- ⁷ La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Les dispositions légales spéciales priment.

En vigueur dès le 1.7.2006; concerne les monopoles de droit ou de fait (i.e. sur le domaine public ou le patrimoine administratif – et non le patrimoine financier: ATF 145 II 252)

Exemples: ATF 143 II 598 (taxis, Lausanne); exploitation de buvettes; concessions d'usage exclusif du domaine public. Exemples analogues en droit fédéral: publicité dans les trains et les transports publics (TAF, Décision incidente du 16 mai 2018, B-6872/ 2017).

B. 2. Les concessions impliquant une commande publique: 9 LMP/AIMP

Art. 9 LMP/AIMP Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou *l'octroi d'une concession* sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, **des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte**. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales.

Dans ce contexte, la concession va au-delà d'une autorisation, à vocation de régulation de l'activité en cause, et comporte une commande de la collectivité publique (Il y a Verleihung et Beleihung).

Exemples: vélos en libre-service? Voir C

C. Opérations combinées

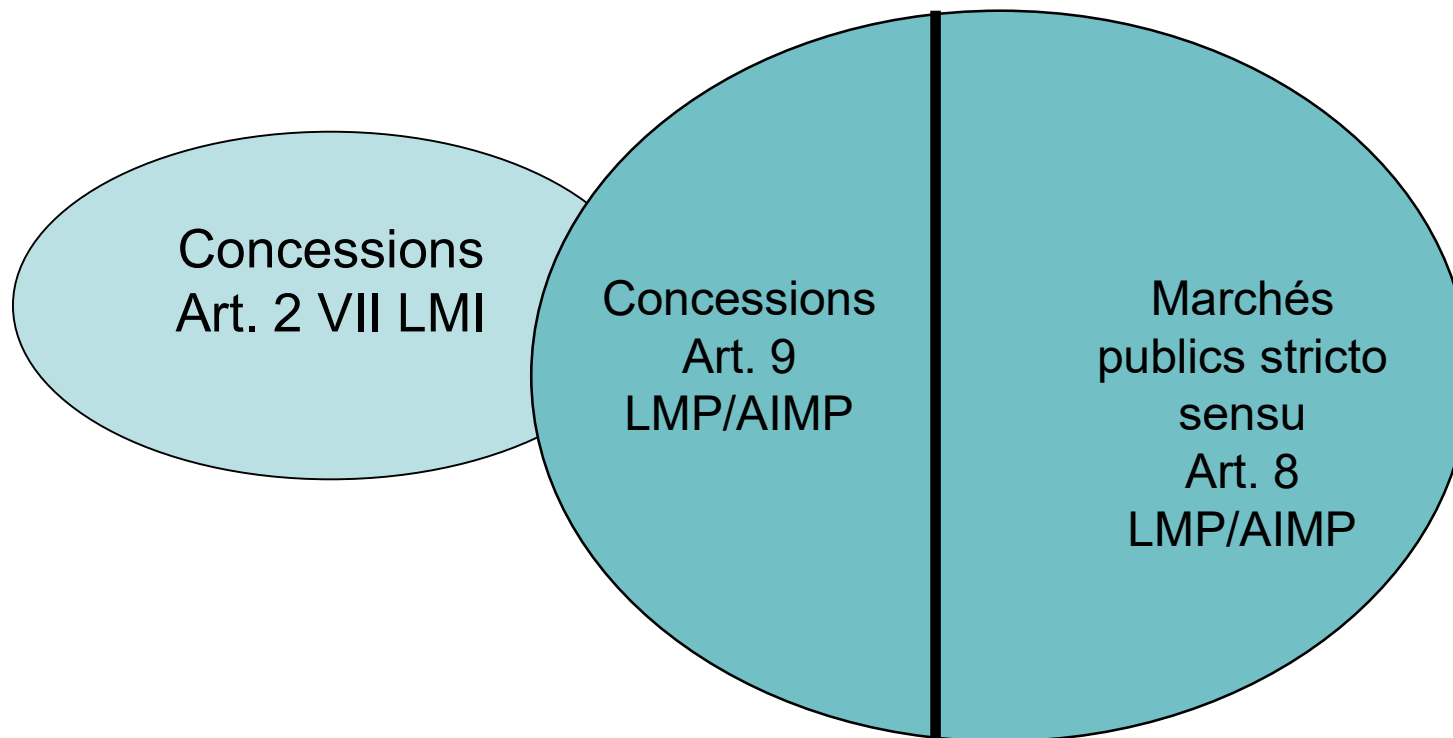
1. Opération combinant une concession selon 2 VII LMI et une commande publique:
 - sous forme de marché public stricto sensu (8 LMP/AIMP)
 - sous forme de concession au sens de 9 LMP/AIMP
2. Opération combinant une concession selon 9 LMP/AIMP et un marché public stricto sensu

Exemples: vélos en libre-service; affichage; services de taxis (?); concessions de travaux

ATF 144 II 177; 181; Tribunal cantonal de Neuchâtel, arrêt du 8 août 2024, CDP.2024.20 et note Beyeler, in DC 1/2025, p. 10 ss

D. Délimitations – 1.Généralités

(NB: ce schéma ne figure pas les opérations combinées)



D. Délimitations – 1. Généralités

Quels critères retenir pour qualifier une opération déterminée?

- entre les opérations relevant resp. des art. 8 et 9 LMP/AIMP? Question non tranchée; le risque d'exploitation (Message CF, FF 2017, p. 1745)?
- entre celles qui constituent des concessions resp. avec ou sans commande publique (art. 9 LMP/AIMP; 2 VII LMI)? Il faut cerner la notion de « commande publique » (et d'acquisition); on peut y opposer l'octroi d'un droit valant « simple » autorisation.

Ex: *direction d'un théâtre (?)*: ATF 145 II 303; *buvette d'un théâtre ou d'un musée; vélos en libre-service selon le nouveau droit*

D. Délimitations – 2. Opérations combinées

Premier test:

Les prestations liées – dont l'une est soumise au droit des marchés publics, l'autre non – dans l'opération en cause sont-elles dissociables?

i) Si oui, la combinaison n'est pas admissible et la prestation soumise doit faire l'objet d'une mise en concurrence selon ce droit.

ii) si non – **deuxième test** – il faut rechercher la prestation prépondérante économiquement; celle-ci détermine la qualification à retenir.

Ex. ATF 135 II 49; affichage

E. Les lois spéciales

Art. 2 VII LMI

⁷ La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. **Les dispositions légales spéciales priment.**

*Le texte résultant de l'amendement **en rouge** ci-dessus n'est en vigueur que depuis le 1.1.2025*

Art. 9 LMP/AIMP Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

La délégation d'une tâche publique ou *l'octroi d'une concession* sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. **Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales.**

E. Les lois spéciales

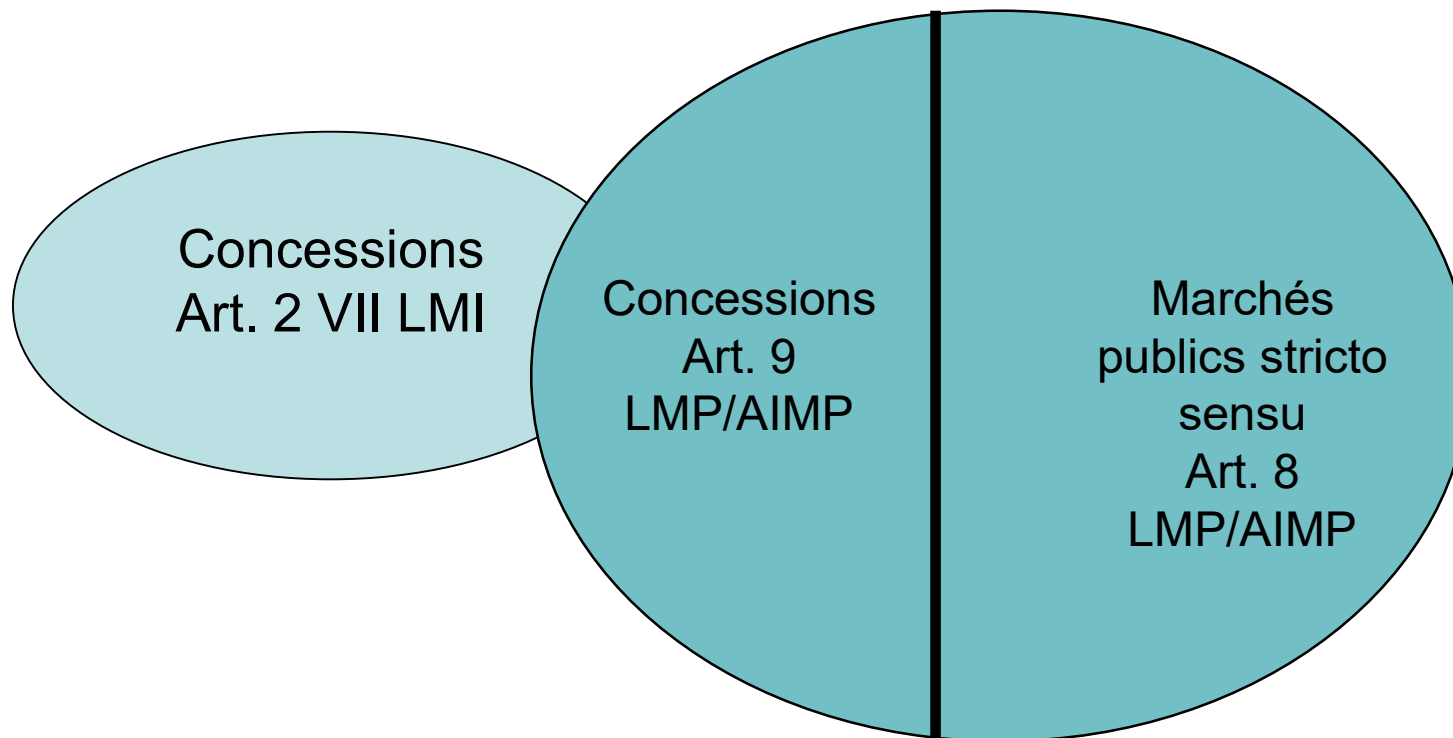
La portée des réserves exprimées aux art. 9 LMP/AIMP et 2 VII LMI, *in fine*, n'est pas entièrement claire; cependant:

- en droit fédéral, les lois spéciales sont très nombreuses à régir les concessions qui en relèvent au point que la portée de l'art. 9 LMP paraît restreinte;
- l'art. 9 AIMP autorise des dérogations par le biais de lois spéciales cantonales et communales;
- l'art. 2 VII LMI semble en faire de même pour les concessions régies par cette disposition.

Ex. dans lesquels l'exigence d'une mise en concurrence est supprimée: les concessions de la LFH; s'agissant de l'art. 2 VII LMI: les concessions pour l'exploitation de réseaux de chaleur, pour autant qu'une base légale cantonale le prévoie

III. Régimes applicables

(NB: ce schéma ne figure pas les opérations combinées)



III. Régimes applicables

L'opération de qualification – évoquée sous II – permet de déterminer le régime applicable.

Ces régimes sont au nombre de six (*sans compter ceux découlant des lois spéciales*):

- certains relèvent du droit fédéral et concernent des concessions fédérales (art. 8 et 9 LMP; régime de droit fédéral équivalent de l'art. 2 VII LMI);
- d'autres concernent des concessions cantonales ou communales (ils relèvent, outre de la LMI, du droit cantonal ou communal; art. 8 et 9 AIMP ; 2 VII LMI);
- d'autres relèvent enfin des lois spéciales

III. Régimes applicables

Deux aspects examinés ci-après:

- A. L'exigence d'une mise en concurrence et ses modalités
- B. La protection juridique

III. Régimes applicables

A. L'exigence d'une mise en concurrence et ses modalités

1. La plupart des textes prévoient cette exigence de principe, avec de nombreuses restrictions ou exceptions:
 - l'art. 8 LMP/AIMP est le plus large à cet égard (on renonce ici à faire l'inventaire des différences, nombreuses, entre droit fédéral et cantonal);
 - l'art. 9 AIMP (on laisse de côté l'art. 9 LMP, écarté par de nombreuses lois spéciales) prévoit le même principe; l'ouverture à la concurrence doit bénéficier à tout le moins aux fournisseurs suisses.

III. Régimes applicables

A. L'exigence d'une mise en concurrence et ses modalités

1. La plupart des textes prévoient **cette exigence de principe**, avec de nombreuses restrictions ou exceptions (suite):

- l'art. 2 VII LMI prévoit le même principe; l'ouverture à la concurrence est limitée aux fournisseurs suisses.

Exceptions légales: art. 60 III^{bis} LFH (ATF 142 I 99), 3a LApEl; ces dispositions prévoient qu'un appel d'offres n'est pas nécessaire, mais que la procédure doit être transparente et non discriminatoire.

III. Régimes applicables

A. 2. La mise en concurrence, ses modalités

Art. 8 et 9 LMP/AIMP

- Valeurs-seuils:

identiques pour les marchés publics stricto sensu et pour les concessions; calcul de ces valeurs pour les secondes?

- Critères d'adjudication:

Régime commun de l'art. 29 LMP/AIMP

- violation de l'obligation de mise en concurrence: ATF Thurgovie (2D_14/2024; conséquences en matière de protection juridique; l'arrêt ne mentionne pas l'art. 9 III LMI)

Art. 2 VII LMI

- Valeurs-seuils: applicables?

- Critères d'adjudication:

Régime plus souple (ATF 143 II 598); mais rien n'empêche le pouvoir adjudicateur d'appliquer par analogie les règles du droit des marchés publics

- violation de l'obligation de mise en concurrence: ATF 148 II 564 (Lancy; nullité de la « décision » d'adjudication/adjudication *de facto*)

III. Régimes applicables

B. La protection juridique

Remarque liminaire:

Pour les **marchés cantonaux** (marchés publics et toutes catégories de concessions; mais avec certaines règles spécifiques aux marchés publics), **l'art. 9 LMI**, relatif aux voies de droit, s'applique (Ex: TF, arrêt du 18 mars 2025, 2C_347/2024, sauvetage héliporté, VS):

« 1 Les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions.

2 Le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration. Dans le domaine des marchés publics, cela vaut:

- a. pour les marchés dont la valeur est égale ou supérieure à la valeur seuil qui, selon le droit cantonal ou intercantonal, est applicable à la procédure sur invitation;
- b. pour la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier et pour le prononcé d'une sanction;
- c. lorsqu'il est fait grief que, selon les dispositions applicables, le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres public.

2^{bis} La Commission de la concurrence peut, pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché, déposer un recours.

3 Si, en matière de marchés publics, un recours est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit déterminant. »

III. Régimes applicables

B. La protection juridique

1. En *droit fédéral*, le régime de protection juridique est moins favorable qu'en droit cantonal, spécialement pour **les marchés non soumis aux traités internationaux**; or, les concessions régies par l'art. 9 LMP font partie de cette catégorie (*mais est-ce bien conforme à l'AMP?*). La protection juridique « primaire » (i.e. celle que confère la possibilité de recourir contre l'adjudication et d'en obtenir, cas échéant, l'annulation) est donc, pour elles, assez limitée.
2. Les *concessions cantonales* régies par l'art. 9 AIMP bénéficient du régime ordinaire de protection juridique valant pour les marchés publics (art. 52 ss AIMP), avec les mêmes barrières, en termes de valeurs-seuils notamment (art. 9 II LMI). Le soumissionnaire évincé bénéficie ainsi d'une protection juridique « primaire » assez large (voir cependant 9 III LMI).

III. Régimes applicables

B. La protection juridique (suite)

3. La protection juridique applicable en matière de concessions cantonales régies par l'art. 2 VII LMI relève des règles générales de la procédure administrative cantonale – et non des dispositions particulières des art. 52 ss AIMP! L'art. 9 III LMI (limitation à la protection juridique « secondaire ») ne s'applique pas.

NB: ces solutions valent auprès des différentes juridictions compétentes (cantonales notamment; même si elles ne sont pas toujours suivies), en particulier devant le TF: l'art. 83 let. f LTF ne s'applique donc pas aux concessions de l'art. 2 VII LMI.

Remarques conclusives

L'introduction de l'art. 9 LMP/AIMP visait un objectif de clarification (FF 2017, p. 1713). Cependant, le maintien de l'art. 2 VII LMI dans le droit positif a quelque peu brouillé le message.

Le Conseil fédéral* a toutefois estimé qu'une révision législative n'était pas nécessaire et laissé à la jurisprudence le soin de définir les contours de ces dispositions. Le système légal demeure donc complexe!

De toute manière, la régulation des concessions en droit suisse (art. 2 VII LMI et 9 LMP/AIMP) apparaît bien maigre en comparaison avec la Directive de l'Union européenne sur les concessions, 2014/23/UE.

*Voir rapport du Conseil fédéral du 18 octobre 2023 intitulé "Accès aux marchés fermés des cantons Procédure équitable. Rapport faisant suite au postulat 19.4379 CER-E » (ce rapport s'appuie sur un avis de droit du Professeur Bernhard Rütsche, qu'il cite largement)

Repères bibliographiques:

*Trüeb Hans Rudolf (édit.), **Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht**, Zurich 2020*

Poltier E., Deux énigmes autour de la notion de marché public, Analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019, in : RDS 2022 I 123 ss.

*Poltier E., **Droit des marchés publics**, 2^e éd., Berne 2023*

*Diebold N./Rütsche B., **Wettbewerbsrecht und Marktregulierung I**, Zürich 2023*

Diebold N. (2025), Ausschreibung des Zugangs zu geschlossenen Märkten der Kantone, in: RSDCC 2/2025, p. 85 ss.

Rütsche B., Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht, Rechtsgutachten (10.02.2023).