



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La notion de "marché public", une définition sans concession?

Bellanger, François

How to cite

BELLANGER, François. La notion de 'marché public', une définition sans concession? In: Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Auer, Andreas ; Flückiger, Alexandre ; Hottelier, Michel (Ed.). Genève : Schulthess, 2007. p. 399–422. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:41254>

La notion de « marché public », une définition sans concession ?¹

FRANÇOIS BELLANGER

Avocat, Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Le droit des marchés publics comprend de nombreuses définitions. Il précise notamment ce que sont les fournitures, services ou travaux de constructions² formant l'objet des marchés publics. Il donne également des indications précieuses sur la manière de calculer la valeur d'un marché³. En revanche, notre droit national est silencieux sur la notion même de « marché public ». Cette omission crée une certaine insécurité juridique. En effet, dès que l'on s'écarte des marchés classiques par lesquels l'Etat acquiert des fournitures ou des services en contrepartie du paiement d'un prix, l'on entre dans une zone grise à l'intérieur de laquelle le doute règne sur la qualification comme « marché public » de nombreuses opérations menées par l'Etat. La jurisprudence s'est exprimée sur ce point de manière contradictoire⁴, en raison d'une divergence d'interprétation entre le Tribunal fédéral et la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. La doctrine a également pris des positions souvent divergentes⁵.

Face à cette situation, il nous semblait utile d'essayer de tracer les contours d'une définition des marchés publics permettant de traiter ces cas limites et de déterminer avec une certaine certitude s'ils constituent ou non des « marchés publics » au sens du droit éponyme. Dans ce but, nous allons commencer par rappeler l'état du droit et de la jurisprudence sur cette question (II.). Nous

¹ Nous remercions Madame Roswytha Petry, assistante à la Faculté de droit, titulaire du brevet d'avocat qui a participé à la mise au point de l'appareil critique qui accompagne ce texte.

² Article 5 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1; « LMP »); article 6 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RS/Ge L 6 05; « AIMP-1 ») et de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001, sur les marchés publics (« AIMP-2 »).

³ Articles 6 et 7 LMP ainsi que 7 AIMP-1 et AIMP-2.

⁴ Voir, *infra*, le point II.B.

⁵ Voir, par exemple, J.-B. ZUFFEREY, « Eléments choisis de droit interne », in J.-B. ZUFFEREY, C. MAILLARD et N. MICHEL (éd.), *Droit des marchés publics – Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 58 ss et les références citées.

poserons ensuite les éléments d'une définition des marchés publics (III.) avant de la tester sur certains cas limites et, en particulier les concessions (IV.), puis de conclure.

II. L'état du droit et de la jurisprudence

A. Le retour à l'AMP

En l'absence de définition légale du concept de « marché public » en droit interne, il faut se référer au fondement de nos textes légaux nationaux, l'Accord du 15 avril 1994 du GATT/OMC sur les marchés publics⁶. Ce traité conditionne l'application du droit national, qui doit être interprété de manière conforme à celui-ci⁷.

L'article I, § 2, AMP déclare s'appliquer aux « *marchés passés par tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produit ou de service* ». Un tel marché est qualifié de « public » lorsque l'entité qui le passe est un pouvoir adjudicateur au sens du droit des marchés publics⁸. Cette définition comprend deux éléments.

Il faut en premier lieu l'existence d'un « moyen contractuel », soit un rapport bilatéral entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire. La qualification de ce rapport bilatéral importe peu comme l'illustrent les exemples insérés dans le texte de l'article I, § 2, AMP. En revanche, l'objet du rapport contractuel doit être un moyen pour le pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une manière ou d'une autre d'une prestation. Il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur procède à un achat; l'article I, § 2, AMP mentionne expressément l'hypothèse d'un bail. L'élément déterminant est la maîtrise obtenue pour un temps donné par le pouvoir adjudicateur sur la prestation en raison du rapport contractuel.

En deuxième lieu, la prestation peut prendre la forme de fournitures ou de services. Les fournitures sont tout objet mobilier dont le pouvoir adjudicateur peut avoir besoin. Les services recouvrent à la fois les services au sens usuel du terme visés par l'annexe 4 de l'Appendice I de l'AMP⁹ que les

⁶ RS 0.632.231.422; « AMP ».

⁷ O. RODONDI, « Le droit cantonal des marchés publics – Les premières expériences », RDAF 1999 I 265/269; C. WILHELM, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Thèse, Zurich 1993, p. 89 ss.

⁸ Voir les articles I § 1 AMP, complété par les annexes 1 à 3 de l'Appendice I de cet accord, 2 LMP et 2 à 2b OMP ainsi que 8 AIMP-1 et AIMP-2.

⁹ Nous les qualifierons par la suite de « services ordinaires » pour les distinguer des services de construction.

services de constructions selon l'annexe 5 de l'Appendice I de l'AMP, soit tous les travaux de construction, la location de machines ou encore la fourniture de services d'architecture ou d'ingénierie nécessaires pour l'exécution de tels travaux.

Ces deux composantes de la définition de la passation de marché ne se réfèrent pas expressément au prix dû pour les prestations acquises par le pouvoir adjudicateur. Ce silence ne signifie pas que le prix ne soit pas un élément important ou que ces prestations peuvent être fournies à titre gratuit. Bien au contraire, la mise en œuvre du droit des marchés publics dépend étroitement du prix du marché qui détermine non seulement l'applicabilité totale ou partielle des textes conventionnels¹⁰ et légaux¹¹, mais encore le choix de la procédure en droit cantonal¹². Dans ce sens, pour éviter que ces règles ne soient éludées, l'article II § 2 AMP impose d'évaluer la valeur du marché en tenant compte de « *toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir* » et l'article II § 3 AMP interdit au pouvoir adjudicateur toute scission artificielle de l'objet du marché pour diminuer sa valeur. Le prix est ainsi un élément incontournable du droit des marchés publics, avec pour conséquence que la prestation fournie au pouvoir adjudicateur par un moyen contractuel doit avoir un caractère onéreux¹³.

Partant, selon l'article I § 2 AMP, un marché public existe lorsque trois éléments sont réunis : un pouvoir adjudicateur (1.) acquiert la maîtrise par n'importe quel procédé contractuel d'un bien mobilier ou d'un service (2.) et le fournisseur de ce bien ou service reçoit d'une manière ou d'une autre une rémunération (3.) pour cette prestation.

Cette définition correspond à celle utilisée en droit communautaire. L'article premier § 2 a) de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹⁴ définit les marchés publics comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». Elle reprend ainsi les éléments que nous avons identifiés, l'existence d'un rapport contractuel, portant sur la fourniture de bien ou de services à un adjudicateur et ayant un caractère onéreux. Dans le même sens, l'article 2,

¹⁰ Articles I § 4 et II § 1 AMP.

¹¹ Articles 6 LMP et 7 AIMP-1 ou AIMP-2.

¹² Articles 12 AIMP-1 ou AIMP-2 et les règles cantonales d'exécution.

¹³ Dans ce sens, Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 février 2000, JAAC 64.60, c. 1b.

¹⁴ JO 30.04.2004 L 134/114 ; ci-après « Directive 2004/18/CE ».

litt. a de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la CNUDCI¹⁵ le 15 juin 1994, définit les mots « *passation de marché* » comme désignant « *l'acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services* ».

Face à ce concept, la jurisprudence des deux plus hautes autorités judiciaires helvétiques a été pour le moins divergente, le Tribunal fédéral optant pour une approche restrictive et la Commission fédérale de recours pour une définition alternative du concept de « marché public » lui permettant d'appréhender des opérations n'entrant *a priori* pas dans cette notion.

B. La vision de la jurisprudence

Le Tribunal fédéral a jugé en 1999 dans le cadre du marché de l'affichage public à Genève que l'on « *se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que demandeur* » (« *Nachfrager* »), *acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est* « *consommatrice* » (« *Konsument* ») *de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le* « *fournisseur* » (« *Produzent* ») [...]. *Le terme allemand* « *öffentliches Beschaffungswesen* » (« *acquisitions publiques* ») *utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant* »¹⁶. Cette approche reprend les trois éléments de la définition de la passation du marché et ajoute un quatrième facteur: l'Etat doit agir en qualité de « consommateur » face au fournisseur privé. Pour ce motif, le Tribunal fédéral a considéré que le marché de l'affichage n'était pas un marché public, car les collectivités publiques concernées « *n'entendaient pas acquérir des prestations de services, mais au contraire* » « *vendre* » le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire »¹⁷. Cette précision est importante, car elle établit une direction précise des flux des prestations qui doit pouvoir être identifiée. D'une part, l'Etat doit recevoir une prestation et d'autre part, il doit payer un prix. Cet élément rend la définition des « marchés publics » donnée par le Tribunal fédéral restrictive, car elle supprime la flexibilité souhaitée par l'AMP pour le paiement du prix de la prestation. L'ar-

¹⁵ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

¹⁶ ATF 125/1999 I 209/212-213, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*. Cette définition a été reprise par la suite dans un arrêt non publié du 16 mai 2001, N° 2P.19/2001, c. 1bb. Pour une analyse critique de cet arrêt, voir F. BELLANGER/C. BOVET, « Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage? », BR/DC 4/1999 pp. 164-165; E. POLTIER, « Les marchés publics – premières expériences vaudoises », RDAF 2000 I 297/310; P. RICHLI, « Bemerkungen zu BGE 125 I 209, PJA 2000/4 490; J.-B. ZUFFEREY, « Affichage sur le domaine public: monopole admissible », *Medialex* 03/99 169.

¹⁷ ATF 125/1999 I 209/213, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

ticle II § 2 accepte que le paiement intervienne sous d'autres formes que le versement d'un prix. Le Tribunal fédéral exclut ces formes alternatives de règlement.

En dépit de sa conclusion quant à l'absence d'un « Etat consommateur » dans le cas particulier, le Tribunal fédéral a tenu à préciser que l'octroi de la concession d'affichage n'était pas lié à l'accomplissement des tâches publiques, considérant que « *l'affichage de placards publicitaires à des fins commerciales, qui est l'élément central de la concession en cause, ne constitue pas une tâche publique à proprement parler* »¹⁸. Cet élément a permis au Tribunal fédéral d'affirmer que la société concessionnaire n'exerçait pas « *un service public pour le compte des autorités concédantes* »¹⁹. Notre Haute Cour n'a toutefois pas explicité ce volet de son raisonnement. On peut uniquement déduire de celui-ci que sa conclusion aurait éventuellement pu être différente si le marché avait porté sur le transfert d'une tâche publique, mais sans que l'on sache pourquoi.

La Commission de recours a suivi cette voie alternative dans une affaire concernant la qualification juridique du choix par la Confédération d'un organisme privé qui serait chargé de tâches en relation avec l'élimination et la valorisation des piles et accumulateurs usagés²⁰.

Après avoir relevé que la Confédération ne pouvait être considérée comme un « consommateur » de prestations dans un tel cas, la Commission de recours a considéré qu'à la différence du marché de l'affichage, celui de la valorisation respectueuse de l'environnement de piles et d'accumulateurs usagés constituait une tâche étatique que l'organisme privé devait exercer sous la surveillance de la Confédération²¹. Toutefois, ce seul élément ne suffisait pas pour admettre la qualification du marché comme public. La Commission de recours a ensuite relevé les buts recherchés par le droit des marchés publics : la transparence des procédures pour renforcer la concurrence et optimiser l'utilisation des deniers publics en choisissant l'offre économiquement la plus avantageuse et la garantie de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires. Au regard de ces objectifs, la Commission de recours a jugé qu'il n'y avait pas de raison de sortir du champ d'application du droit des marchés publics le choix d'entreprises privées chargées d'exécuter des tâches publiques pour le compte de l'Etat²². Elle a de même écarté une exclusion de

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181.

²¹ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/184.

²² Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/185.

principe des concessions de service du champ d'application de la LMP, même si une telle exclusion peut exister en droit communautaire²³.

En conséquence, en l'état de la jurisprudence, il existe un marché public dans deux hypothèses contradictoires. D'une part, l'Etat acquiert en qualité de consommateur à titre onéreux des prestations d'une entreprise privée; ce qui exclut qu'une concession de service public puisse être un marché public. D'autre part, l'Etat délègue l'exécution d'une tâche publique à une entreprise privée qui doit s'en charger à ses risques et périls sous surveillance étatique; ce qui ne correspond pas à la notion « d'Etat consommateur » définie par le Tribunal fédéral. Ces contradictions rendent difficile l'identification des marchés publics et compliquent la mise en œuvre du droit. Pour tenter de les résoudre, il convient de reprendre la définition de l'article I § 2 AMP en l'affinant au regard de l'objectif poursuivi par le droit des marchés publics.

III. Vers une nouvelle définition des « marchés publics »

Nous avons posé les trois éléments devant être réunis au regard de l'article I § 2 AMP pour qu'un marché public existe : un pouvoir adjudicateur acquiert la maîtrise par n'importe quel procédé contractuel d'un bien mobilier ou d'un service et le fournisseur de ce bien ou service reçoit d'une manière ou d'une autre une rémunération pour cette prestation. Cette définition est parfaitement adaptée aux marchés publics que l'on peut qualifier de « classiques », soit ceux qui existent lorsque l'administration acquiert les moyens dont elle a besoin pour fonctionner et reste seule responsable de l'exécution de ses tâches. C'est ce type d'opérations que la Suisse a entendu réglementer lorsqu'elle a accepté de signer l'AMP²⁴. Sont clairement visés par cette définition les trois types de marché classiques visés par les articles 5 LMP ou 6 AIMP-1 et AIMP-2. Il ne fait aucun doute que des achats de biens ou de services couverts par les annexes 3 à 5 de l'Appendice I de l'AMP seraient des marchés publics au sens de l'article I § 2 AMP et seraient soumis à la LMP ou l'AIMP-1 ou l'AIMP-2 pour autant que les autres conditions d'application de ces textes légaux soient réunies. Les limites de la définition apparaissent face à des situations non clairement visées par ces dispositions, comme l'illustrent les

²³ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/186-187.

²⁴ Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 IV 1/347. 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), FF 1994 IV 995/1216.

deux décisions judiciaires que nous avons commentées au point précédent. C'est pour résoudre ces cas particuliers qu'il est nécessaire de disposer de paramètres supplémentaires pour déterminer s'il s'agit ou non de marchés publics.

L'objet des marchés est l'acquisition de biens mobiliers, de prestations de services ordinaires ou des services de constructions au sens des articles 5 LMP et 6 AIMP-1 ou AIMP-2. Ce qui caractérise une telle opération est la nature bilatérale du contrat en cause: d'une part, un bien ou un service, et d'autre part, une rémunération versée par l'Etat. Ce dernier acquiert donc un certain résultat contre un certain prix. La définition de ce qui sera le prix le plus avantageux est l'objet de la procédure de marché public²⁵. Certes, la conclusion du contrat implique un choix, celui de l'entreprise retenue pour fournir les services ou biens dont l'Etat a besoin. Ce choix comporte un danger de discrimination entre les entreprises en raison de leur origine géographique de même qu'un risque de violation de l'obligation de neutralité concurrentielle de l'Etat si l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires n'est pas strictement respectée. La procédure imposée par le droit des marchés publics a été conçue pour assurer le respect de ces règles pour autant que l'on ait affaire à un « marché public » au sens de celles-ci²⁶. En revanche, le besoin ressenti d'appliquer ces règles ne peut justifier la qualification d'une opération comme « marché public », contrairement à ce qu'a jugé la commission de recours²⁷.

La prestation visée par le contrat bilatéral est la fourniture d'un bien mobilier ou d'un service permettant à l'Etat d'accomplir ses tâches. Cette définition signifie que l'Etat conserve la responsabilité de la tâche publique et qu'il l'exerce en utilisant les ressources acquises auprès des entreprises privées. Autrement dit, l'Etat assume les risques d'exécution de la tâche publique, dont il est directement responsable. C'est le modèle classique de la sous-traitance ; par exemple, lorsqu'un service de transport public charge par un contrat une entreprise privée d'exploiter en son nom une ligne de bus ou lorsqu'une administration publique confie le nettoyage de ses locaux à une entreprise privée.

²⁵ L'article 21, alinéa 1, LMP précise que le « *Le marché est adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique* ».

²⁶ Dans ce sens, l'article 1 LMP affirme que le but de la législation est d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires ainsi qu'une concurrence efficace entre eux et de permettre une utilisation économique des deniers publics.

²⁷ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/184-185.

La situation est différente si le risque est transféré intégralement au fournisseur privé, car il se substitue alors à l'Etat en vertu d'un transfert de compétences et agit à ses risques et périls²⁸. Dans ce cas, l'Etat n'acquiert plus les ressources nécessaires à la réalisation de ses tâches, mais bénéficie indirectement des prestations que le tiers auquel la tâche a été transférée fournit aux usagers du service en son nom et sous sa responsabilité. On peut imaginer, par exemple, le transfert de la gestion d'une infrastructure publique, comme une gare ou un aéroport, à une entreprise privée qui l'exploiterait entièrement à ses risques. Un tel transfert de compétences ne constitue pas une prestation visée par le droit des marchés publics²⁹.

En se fondant sur cette distinction, on peut qualifier comme « marché public » le contrat de sous-traitance par lequel l'entreprise privée exécute une tâche au nom et pour le compte de l'Etat et exclure de qualifier comme un tel marché l'accord contractuel par lequel l'Etat transfère la responsabilité d'exécuter une tâche publique à une entreprise privée qui s'engage à l'accomplir en son nom et pour son compte en assumant les risques.

De plus, dans le cas des contrats comprenant un ensemble de prestations, il est possible d'avoir une combinaison de prestations susceptibles de constituer un marché public et de prestations n'ayant pas cette qualité. Ce mélange n'exclut pas l'existence d'un marché public. Il faut, dans un tel cas, appliquer un double critère d'analyse portant, en premier lieu, sur le caractère dissociable ou non des prestations et, en second lieu, sur la valeur respective des prestations lorsqu'elles ne sont pas dissociables³⁰.

Lorsque les prestations sont dissociables, chaque type de prestation doit être traité de manière indépendante et est susceptible de faire l'objet d'un marché public³¹.

Lorsque les prestations sont indissociables, il faut déterminer si la prestation susceptible de faire l'objet d'un marché public est prépondérante ou pas. Le critère à utiliser est celui du poids financier respectif des deux types

²⁸ Le critère du risque d'exploitation a été retenu par l'Union européenne pour établir une distinction entre les marchés publics et les concessions de service public ou de travaux publics (Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, JO 29.04.2000 C 121/2ss; CJCE, aff. C-272/91, Commission des Communautés européennes c. République italienne, Rec. 1994, I-1409).

²⁹ L'absence d'application du droit des marchés publics ne signifie pas que ce transfert puisse intervenir librement. D'une part, si ce transfert implique la délégation d'une compétence du pouvoir de décider ou de réglementer à l'organisme privé, une base légale est nécessaire. D'autre part, le choix de l'organisme chargé de la tâche doit respecter des règles garantissant la neutralité de l'Etat du point de vue de la concurrence.

³⁰ E. CLERC, « Art. 5 LMI », in P. TERCIER & C. BOVET (éd.), *Droit de la concurrence*, Bâle 2002, N° 47.

³¹ Dans ce sens, Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, RDAF 1999 I 37/41.

de prestations. La valeur la plus élevée détermine, d'une manière globale, si le contrat peut ou non faire l'objet d'un marché public³². Par exemple, lorsque des services ne sont que partiellement assujettis au droit des marchés publics (mandat de direction de travaux, soumis au droit des marchés publics, prestations juridiques, non soumises), le marché sera globalement soumis au droit des marchés publics si les honoraires d'architectes correspondant à la direction des travaux sont plus élevés que ceux relatifs aux prestations juridiques ; à l'inverse, le marché sera totalement soustrait aux règles sur les marchés publics³³.

Enfin, par ce contrat, l'Etat adjudicateur peut acquérir des biens ou des services qui sont offerts sur le marché de manière indistincte aussi bien à l'Etat qu'à des entreprises privées. L'Etat peut aussi souhaiter acquérir des biens ou des services particuliers, conçus spécifiquement pour ses besoins et qui ne pourraient être utilisés par des entreprises du secteur privé. Tel sera le cas, par exemple, d'une caserne de pompiers qui serait construite en fonction des spécifications données par l'Etat. Dans un tel cas, la spécificité du bien en cause, conçu pour l'Etat, donne clairement un caractère « public » au marché.

Compte tenu de ces éléments, il est possible d'affirmer que l'on sera en présence d'un marché public lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- 1) Un pouvoir adjudicateur entend conclure un accord contractuel à caractère bilatéral avec un soumissionnaire.
- 2) Ce contrat concerne la fourniture d'un bien mobilier ou d'un service, qui permet à l'Etat d'accomplir ses tâches, sous réserve des trois précisions ci-après :
 - Lorsque le contrat comporte plusieurs prestations, chaque prestation constitue un marché distinct lorsqu'elles sont dissociables. Si elles ne le sont pas, il s'agit d'un contrat unique, avec un objet principal et un ou plusieurs objets accessoires ; l'objet principal correspond à la prestation ayant une valeur économique prépondérante.
 - Cette condition doit être interprétée de manière large en cas de prestations conçues spécifiquement en fonction des demandes formulées par le pouvoir adjudicateur et utilisables sans des frais importants de modification ou transformation uniquement par celui-ci de manière à appréhender des prestations qui ne correspondraient pas exactement à la notion de bien mobilier ou de service.

³² Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, RDAF 1999 I 37/39-40.

³³ D. ESSEIVA, « Droit applicable à un marché comportant des services en partie assujettis au droit des marchés publics », BR/DC 2/2000 p. 53.

- En cas de contrat portant sur un service, il doit s’agir d’un véritable contrat de prestation de service en faveur de l’Etat, soit un contrat n’ayant pas pour objet de transférer l’exécution de la tâche publique à ce soumissionnaire. Il est donc nécessaire pour qu’il y ait un marché public que l’Etat conserve la charge pleine et entière du risque d’exploitation de la tâche en se limitant à acquérir tout ou partie des ressources requises pour la tâche en cause, y compris en la sous-traitant.
- 3) Ce contrat a un caractère onéreux prenant la forme d’un prix payé, directement ou indirectement, par l’Etat, quelle que soit la forme de ce paiement³⁴.

IV. Les cas limites

C. L’achat de terrains ou d’immeubles

L’achat d’un terrain en vue de réaliser une construction ou d’un bâtiment existant par un pouvoir adjudicateur n’est, en principe, pas une opération assujettie au droit des marchés publics, car il ne s’agit ni de fournitures mobilières au sens de l’article 5 litt. a LMP, ni de travaux selon l’article 5 litt. c LMP³⁵. Toutefois, l’opération d’achat peut être qualifiée comme marché public de services de construction si elle présente les mêmes caractéristiques. Notre définition des « marchés publics » permet d’identifier ces transactions immobilières.

Une opération d’acquisition d’un immeuble peut être qualifiée comme un contrat à caractère bilatéral avec un soumissionnaire permettant à l’adjudicateur d’obtenir un service de construction contre le paiement d’un prix dans trois hypothèses :

- la transaction immobilière est couplée avec un contrat de services de construction, comme un contrat d’architecte ou un contrat d’entreprise générale, et porte sur un bâtiment sans spécifications particulières ;
- la transaction immobilière est couplée avec un contrat de services de construction, et porte sur un bâtiment réalisé en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur, mais utilisable néanmoins conformément à sa destination sans grands travaux de transformation par une personne privée ;

³⁴ Dans ce sens, D. KUNZ, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen*, Berne 2004, p. 169.

³⁵ Au surplus, il convient de préciser que la note 3 de l’annexe 4 de l’Appendice I de l’AMP précise expressément que cet accord ne s’applique pas « aux marchés de services qui ont pour objet l’acquisition ou la location, qu’elles qu’en soit les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d’autres biens immeubles ou qui concerne des droits sur ces biens ».

- la transaction immobilière porte sur l'acquisition d'un bâtiment clef en mains construit exclusivement en fonction des besoins de l'adjudicateur de telle sorte qu'il ne soit pas utilisable par des tiers de manière conforme à sa destination ou sans subir des transformations importantes.

Dans le premier cas, le caractère couplé de la transaction permet de distinguer l'opération d'achat en cause d'une opération immobilière ordinaire qui n'est manifestement pas soumise au droit des marchés publics : l'Etat est libre d'acquérir un immeuble de bureaux mis en vente sur le marché par un opérateur immobilier ; il se comporte alors comme n'importe quel acheteur en concurrence avec les autres acquéreurs potentiels. En revanche, si l'Etat acquiert un terrain vierge et signe simultanément avec le vendeur ou une société proche de celui-ci un contrat d'entreprise générale en vue de la réalisation d'un immeuble, il se place dans la position de l'adjudicateur maître d'ouvrage, qui doit veiller au respect du droit des marchés publics. La situation serait similaire face à une opération plus complexe comme un échange de terrain aux termes de laquelle l'Etat recevrait un immeuble et le terrain où il est construit en échange d'un terrain lui appartenant et, éventuellement, le paiement d'une soulte. En conséquence, toute transaction couplée ou mixte remplirait la première condition d'existence d'un marché public.

Le contrat entre les parties porterait dans un tel cas sur la réalisation d'un immeuble. Il serait donc susceptible de remplir la deuxième condition. Toutefois, admettre cette réalisation sans autre analyse serait prématuré, car il est concevable que l'achat d'un terrain avec un contrat d'entreprise générale prévoyant la livraison clef en main d'un immeuble sans spécification particulière puisse correspondre à une transaction immobilière ordinaire. Il est donc nécessaire d'appliquer le paramètre du risque d'exploitation à ce type d'opération. Si le pouvoir adjudicateur acquiert le terrain et, au terme de la construction, le bâtiment terminé, sans qu'il supporte le moindre risque financier, la situation est analogue à l'achat d'un bâtiment construit, étant rappelé qu'il s'agit d'un bâtiment utilisable par toute personne privée. Le pouvoir adjudicateur ne court dans cette hypothèse aucun risque lié à la construction et n'est pas dans une position correspondant à celle visée par l'article 5, alinéa 1, litt. c LMP. En revanche, si le risque financier de la construction est supporté par le pouvoir adjudicateur, il n'y a plus de différence entre l'opération immobilière et un marché de services de construction ; partant, il faut admettre que l'opération remplirait alors la deuxième condition d'existence d'un marché public.

Enfin, l'opération que nous avons décrite a clairement un caractère onéreux. A moins d'être dans l'hypothèse irréaliste d'une véritable donation du bâtiment par le constructeur, le pouvoir adjudicateur supportera d'une manière ou d'une autre, selon les termes prévus par les contrats en cause, le prix de la construction.

Dans le deuxième cas, la différence est que le bien immobilier en cause est réalisé en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur. L'immeuble reste une construction ordinaire, comme un immeuble de bureaux ou de logements, mais est construit et aménagé en fonction des besoins spécifiques de l'Etat. Un tiers pourrait néanmoins également utiliser le bâtiment conformément à sa destination moyennant probablement des travaux de modification de faible ou moyenne importance. La situation n'est, dans ce cas, pas différente de celle de l'immeuble de bureaux ou un nouveau propriétaire effectue des travaux de transformation avant d'entrer dans les locaux pour que ces derniers correspondent parfaitement à ses besoins. Le fait que l'Etat ait spécifié de telles exigences particulières pour la réalisation du bâtiment ne suffit pas pour remplir la deuxième condition d'existence d'un marché public, dès lors que ces exigences n'excluent pas l'utilisation conforme à sa destination de l'immeuble par un tiers. Il est donc nécessaire de vérifier également le paramètre du risque comme dans l'hypothèse précédente³⁶. En effet, si l'Etat n'a aucun risque financier lié à la construction et que l'immeuble pourrait aisément être offert sur le marché par l'entrepreneur, la situation est toujours similaire à celle de l'achat d'un immeuble terminé, moyennant quelques travaux de transformation, ou d'un immeuble en voie d'achèvement pour lequel la fin des travaux seraient menée de manière à répondre aux exigences de l'acquéreur. La situation serait différente si le risque financier de la construction était supporté par le pouvoir adjudicateur, l'opération remplirait alors la deuxième condition d'existence d'un marché public. Au surplus, la troisième condition serait également remplie en raison du caractère onéreux de la transaction.

Dans le troisième cas, la différence est que le bien immobilier en cause n'est pas un bien substituable : il ne s'agit pas d'un immeuble de bureaux pouvant être occupé par toute entreprise intéressée ou de logements pouvant être mis en location ; au contraire, l'objet du contrat est la réalisation d'un immeuble répondant aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur, comme une caserne de pompier ou un abri de protection civile. Cette caractéristique de l'immeuble a pour effet qu'il ne pourrait pas être utilisé par un tiers de manière conforme à sa destination, dès lors que seul l'Etat assume la tâche pour laquelle le bâtiment a été construit. Cela n'exclut pas toute autre utilisation, mais la rend très difficile ; elle impliquerait des adaptations ou des transformations importantes du bâtiment en cause pour lui permettre de répondre aux besoins de la personne privée qui souhaiterait en faire usage. Dans cette hypothèse très particulière, même si les conditions contractuelles prévoyaient

³⁶ Dans ce sens, voir D. ESSEIVA, «Achat d'un bâtiment», BR/DC 4/1999 137 et J.-B. ZUFFEREY, précité note 5, p. 61.

que le risque de construction soit entièrement assumé par l'entrepreneur, il conviendrait de considérer que l'opération est un marché public en raison de la spécificité du bien à construire. Il ne s'agirait pas d'un immeuble qu'une entreprise privée prendrait le risque de construire sans une commande de l'Etat, car il n'y a, par définition, pas de marché pour ce genre de bâtiment. Il n'existe qu'un client. La situation est donc parfaitement analogue à un marché de services de construction visant la construction d'un tel immeuble. Au surplus, les réflexions faites pour la première hypothèse concernant le caractère onéreux s'appliquent par analogie. Il s'agirait donc également d'un marché public³⁷.

D. La concession de travaux publics

La concession de travaux public est définie en droit communautaire comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix³⁸. Ce type de concession est un moyen de réaliser des infrastructures et de les faire financer par leurs utilisateurs. Ce procédé est peu utilisé en Suisse³⁹, mais pourrait se développer à l'avenir compte tenu du souci des collectivités publiques de limiter leurs dépenses⁴⁰.

La concession est un acte mixte, composé de clauses bilatérales et de clauses unilatérales ou décisionnelles. Ces dernières clauses résultent directement ou impérativement de la loi, tandis que le contenu des clauses bilatérales est négocié par les parties⁴¹. La concession a généralement une durée déterminée fixée qui est fonction de l'intérêt du concédant à exercer lui-même l'activité confiée et de la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un

³⁷ *Contra* D. ESSEIVA qui estime nécessaire en tout hypothèse la réalisation de deux conditions cumulatives, les risques à charge de l'adjudicateur et la définition des besoins par le futur utilisateur, pour qu'une telle opération immobilière soit considérée comme un marché public (BR/DC 4/1999 137). Dans ce sens, également, J.-B. ZUFFEREY, précité note 5, p. 61. A notre avis, en raison du caractère non commercialisable du bâtiment, la condition du risque ne devrait pas être appliquée.

³⁸ Article premier § 3 de la Directive 2004/18/CE. L'article premier § 3 a) de la Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 30.04.2004 L 134/1) contient la même définition.

³⁹ Voir l'exemple du tunnel du Grand St-Bernard, dont l'historique est retracé dans un avis de droit de la Direction du droit international public du 15 mars 2005, JAAC 70.67.

⁴⁰ En matière routière, l'usage de ce type de concession est entravé par l'article 82, alinéa 1, Cst. qui garantit une utilisation des routes publiques exempte de taxes, sous réserve d'exceptions décidées par l'Assemblée fédérale.

⁴¹ ATF 130/2004 II 18/21.

temps suffisant pour amortir les investissements consentis. Au terme de la concession, en principe, l'autorité concédante acquiert les installations sans devoir indemniser le concessionnaire qui est censé avoir amorti ses frais. La concession définit aussi généralement les contraintes imposées dans l'intérêt public au concessionnaire.

En principe, le concessionnaire prend en charge l'activité concédée de manière indépendante et s'engage à la remplir en son propre nom et à ses risques et périls⁴². Il poursuit normalement un intérêt lucratif: il estime que l'exercice de l'activité concédée lui procurera un profit et est censé, en sa qualité d'entreprise privée, rechercher un tel profit. Dans le cas d'une concession de travaux publics, le concessionnaire sera intéressé à construire une infrastructure correspondant aux besoins spécifiques de la collectivité publique et à l'exploiter pour en retirer les fruits pendant une certaine durée, de manière à générer un revenu suffisant pour amortir les frais de construction, assurer la couverture des frais d'entretien et produire un bénéfice.

La caractéristique de la concession de travaux publics est le devoir du concessionnaire de construire l'ouvrage et son droit de l'exploiter pendant une certaine durée contre rémunération de ses usagers sous forme de péage ou de redevance. Le concessionnaire peut parfois recevoir une partie du prix de construction ou d'exploitation de l'Etat de manière à ce que le coût final déterminant le montant du péage ou de la redevance soit réduit. L'octroi du droit d'exploitation s'accompagne normalement de la responsabilité d'une bonne exploitation; le concessionnaire assume ainsi les risques liés à la construction elle-même, mais aussi son entretien, voir les travaux d'amélioration imposés par les besoins de l'exploitation comme l'accroissement des exigences de sécurité⁴³.

L'objet de la concession et, partant, des dispositions contractuelles, qui la composent⁴⁴, est double: il consiste, d'une part, dans la construction d'un ouvrage et, d'autre part, dans l'exploitation de cet ouvrage dans l'intérêt public. Le premier élément permet de créer l'infrastructure qui sera ensuite utilisée pour accomplir la tâche publique dont l'exercice est confié au conces-

⁴² A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I p. 282 ss; B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 294 ss; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 119 ss; U. HÄFELIN, G. MÜLLER, F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zürich 2006, N° 2591 ss.

⁴³ Voir sur ce point l'analyse détaillée de la concession de travaux publics et de sa délimitation par rapport aux marchés publics de travaux dans la Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, JO 29.04.2000 C 121 2/3-4.

⁴⁴ Dans ce sens, voir la Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/186, où la Commission de recours a insisté sur le fait que le droit attribué à l'organisme privé de prendre des décisions ne supprimait ni la nature contractuelle des rapports entre l'Etat et l'organisme ni la qualification des services.

sionnaire. Ce double objet différencie la concession de travaux publics de la concession de service public qui ne porte que sur l'exécution d'une tâche publique⁴⁵. L'analyse de la concession doit être effectuée en fonction de cette dualité.

Le premier volet de la concession, la construction de l'ouvrage, doit être traité de manière analogue à celle de l'achat d'un terrain ou d'un bâtiment⁴⁶. En effet, on est confronté à un ouvrage construit, sur la base d'un accord contractuel, en fonction des contraintes spécifiques de l'Etat, qui est destiné à l'exécution d'une tâche publique et pour lequel le prix est payé de manière différée au moyen du revenu de l'exploitation intégralement ou partiellement selon qu'il y ait participation de l'Etat au coût de construction. En conséquence, ce volet constitue potentiellement un marché public.

Le second volet de la concession concerne l'octroi au concessionnaire du droit d'exploiter l'ouvrage qui a été construit. Ce volet a également une nature contractuelle, ce qui remplit la première condition d'existence d'un marché public. L'exploitation de l'ouvrage est considérée comme un service public dès lors que l'ouvrage répond à un intérêt public. En conséquence, l'élément crucial pour déterminer si ce volet de la concession constitue ou non un marché est le critère du risque d'exploitation. Si le concessionnaire exploite l'ouvrage en son nom et à ses risques et périls, il est pleinement responsable de l'exécution de cette tâche publique et l'Etat en est libéré, ce qui exclut d'admettre la qualification de marché public.

En revanche, si l'Etat supporte tout ou partie des risques, il n'y a plus de véritable transfert de tâche. Dans ce cas, la deuxième condition que nous avons posée pour qualifier une opération de marché public serait remplie. Il en va de même, dans cette hypothèse, de la troisième condition, à savoir l'existence d'un prix payé par les utilisateurs au concessionnaire avec l'accord du concédant qui renonce à le percevoir permettant d'affirmer le caractère onéreux de l'opération.

Si les deux volets du marché constituent un marché public, l'ensemble de la concession est soumise potentiellement au droit des marchés publics. En revanche, la situation est plus compliquée si seule la construction de l'ouvrage peut constituer un tel marché en raison du caractère indissociable des deux volets de la concession, dès lors que la rémunération perçue dans le cadre de l'exploitation doit également couvrir les frais de construction de l'ouvrage. Dans ce cas, la qualification de l'ensemble de la concession comme marché public dépend du caractère principal ou accessoire du volet « exploitation ». Si celui-ci a un poids économique prépondérant par rapport à la construction,

⁴⁵ Voir, *infra*, le point IV.C.

⁴⁶ Voir, *supra*, le point IV.A.

notamment en raison de la durée de la concession, il constituera l'objet principal du rapport contractuel et cela exclura une éventuelle application du droit des marchés publics à celui-ci. A l'inverse, si le volet « construction » constitue l'objet principal de la concession, la qualification de marché public de ce volet entraînera l'assujettissement potentiel de l'ensemble de la concession au droit des marchés publics.

E. La concession de service public

La concession portant sur l'exécution d'une tâche publique est l'acte par lequel une collectivité publique accorde le droit à une personne privée, le concessionnaire, d'exercer tout ou partie d'une tâche publique ou des droits qu'elle détient en vertu d'un monopole de droit, de fait ou virtuel pour accomplir une telle tâche publique. Le concessionnaire prend en charge l'activité concédée de manière indépendante et s'engage à la remplir en son propre nom et à ses risques et périls. Il poursuit normalement un intérêt lucratif. Il estime que l'exercice de l'activité concédée lui procurera un profit et est censé, en sa qualité d'entreprise privée, rechercher un tel profit.

Une telle concession est qualifiée de concession de service public⁴⁷. Elle peut parfois se combiner avec une concession de domaine public lorsqu'elle autorise l'usage de ce dernier⁴⁸. Elle est différente des concessions régaliennes, comme les concessions de radiocommunication, qui visent un objectif fiscal et tirent leur principale justification du fait que les biens concédés sont en quantité limitée⁴⁹.

Lorsque l'Etat transfère l'exécution de tâches publiques à une entreprise privée au moyen d'une concession, il externalise l'exécution même de la tâche publique. L'entreprise privée, tout en poursuivant un intérêt lucratif, va exécuter la tâche publique pour le compte de l'Etat et agir dans le cadre de sa mission publique comme une autorité administrative soumise à l'ensemble du droit public en vigueur, notamment les principes constitutionnels et de procédure régissant l'activité de l'administration. Les autres activités de l'entité, qui revêtent un caractère commercial restent naturellement dans le champ du droit privé.

L'objet de l'accord contractuel intégré à la concession est le choix de l'organisme privé auquel l'Etat va transférer la compétence d'exercer le service public. Si l'Etat transfère au concessionnaire la responsabilité complète de

⁴⁷ Voir, par exemple, RVJ 2002 239/241.

⁴⁸ Y. FELLE, « Ouverture du marché de l'électricité – Quelques considérations juridiques », RDAF 2002 I 65/74.

⁴⁹ JdT 2005 III 16/18.

l'exécution de la tâche publique, de telle sorte que le concessionnaire exerce l'activité en assumant tous les risques, la deuxième condition requise pour admettre la qualification de marché public n'est pas réalisée. Il n'y a pas de marché public même si le pouvoir adjudicateur doit opérer un choix pour sélectionner le concessionnaire et que celui-ci perçoit une rémunération indirecte de la part de l'Etat en ayant le droit de conserver le produit du prix de ses prestations. Dans ce cas, l'Etat n'achète pas une prestation au sens du droit des marchés publics mais transfère une compétence d'exercer une tâche publique. La solution serait identique en cas de versement d'une subvention à l'organisme privé, dans la mesure où cette subvention ne serait pas le prix d'achat d'une prestation mais un moyen de diminuer le coût du service public à charge des usagers.

En conséquence, l'octroi d'une concession de service public n'est pas un marché public⁵⁰. Cette solution est conforme au droit communautaire, qui définit la « concession de services » comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix⁵¹. Ce droit exclut l'application des procédures de marchés publics à de telles concessions⁵², sauf si un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public⁵³⁻⁵⁴. Elle correspond également à une récente recommandation de la Commission des achats de la Confédération⁵⁵.

Cette analyse peut être transposée aux deux décisions judiciaires que nous avons évoquées, *supra*, au point II.B.

⁵⁰ Dans ce sens, E. CLERC, précité note 30, N° 52 ; P. GALLI, A. MOSER & E. LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2003, N° 97 ; E. POLTIER, précité note 16, pp. 311-312 ; J.-B. ZUFFEREY, précité note 5, p. 63.

⁵¹ Article premier § 4 de la Directive 2004/18/CE et article premier § 3b) de la Directive 2004/17/CE.

⁵² Article 17 de la Directive 2004/18/CE. Une exclusion est également prévue dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux par l'article 18 de la Directive 2004/17/CE. Voir sur ce point H.-J. PRIESS, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3^e éd., Cologne 2005, pp. 145-147.

⁵³ Pour une analyse détaillée du régime juridique des concessions de service public en droit communautaire, voir T. GACHET, « Les principaux développements du droit européen des marchés publics en 2004 », in A. EPINEY, F. RIVIÈRE, S. THEUERKAUF, M. WYSSLING (éd.), *Annuaire suisse de droit européen*, Zurich 2005, p. 141 ss.

⁵⁴ Dans un tel cas, la seule exigence est que l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée respecte le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (Article 3 de la Directive 2004/18/CE).

⁵⁵ Secrétariat de la Commission des achats de la Confédération, *Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das Öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)*, Berne, 7 avril 2005, p. 30.

En premier lieu, dans l'affaire de l'affichage, il convient de distinguer les différentes prestations fournies. La SGA fournissait les prestations suivantes⁵⁶ :

- 1) la gestion de l'affichage sur le domaine public pour le compte de l'Etat et de la Ville de Genève mais aux frais et risques de la SGA ;
- 2) l'élaboration d'un concept d'affichage et de mobilier ;
- 3) l'installation et l'entretien d'un nouveau mobilier urbain ;
- 4) l'exécution à titre gratuit, sous la forme de la mise à disposition d'emplacement et de la pose des affiches, pour la Ville et l'Etat de Genève d'affichage de campagnes à des fins prophylactiques ou à des fins de prévention routière, ainsi que de l'affichage officiel et militaire.

Il ne fait aucun doute que les clauses contractuelles contenues dans la concession constituaient un contrat bilatéral entre l'Etat et la Ville, d'une part, et la SGA, d'autre part. La première condition que nous avons posée⁵⁷ était donc réalisée.

Pour les prestations visées sous 1), dès lorsque le Tribunal fédéral admettait la validité du monopole d'affichage et conférait ainsi à sa gestion le caractère de tâche publique, le contrat avait pour objet de transférer à la SGA cette tâche qui s'engageait à l'exercer en son nom et à ses risques⁵⁸. L'objet principal du marché était ainsi de choisir l'entreprise à qui l'Etat et la Ville allait transférer la compétence de gérer l'affichage sur le domaine public et les risques liés à l'exploitation de cette mission. Ce volet de la concession ne pouvait constituer un marché public vu le contenu que nous avons donné à la deuxième condition d'existence d'un marché public⁵⁹.

En revanche, la situation était différente pour les prestations visées sous 2) à 4). Le contrat portait sur la prestation de services et la fourniture de biens mobiliers à l'Etat et à la Ville. Le fait que ces prestations aient été prévues en annexe de la concession de gestion de l'affichage sur le domaine public n'était pas déterminant. Il fallait déterminer si ces prestations pouvaient ou non être dissociées de la concession de gestion de l'affichage. Dans l'affirmative, l'Etat et la Ville auraient pu passer un marché séparé.

La partie de l'accord concernant la conception et l'installation du mobilier urbain étaient dissociables. En effet, l'Etat et la Ville auraient pu parfaitement obtenir le mobilier d'une autre entreprise tout en garantissant la compati-

⁵⁶ ATF 125/1999 I 209/212-215, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

⁵⁷ Voir, *supra*, le point III.

⁵⁸ ATF 125/1999 I 209/222 ss, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

⁵⁹ Voir, *supra*, le point III.

lité de ce mobilier avec son concept d'affichage. En revanche, il était inconcevable de confier le monopole de l'affichage à une entreprise et de mettre au concours la gestion des prestations d'affichage requises par la Ville et l'Etat. De plus, il ne fait guère de doute, si l'on suit l'analyse effectuée par le Tribunal fédéral, que la valeur des prestations d'affichage étaient nettement inférieure à celle de la concession. En conséquence, cette dernière était prépondérante⁶⁰. Seuls remplissaient donc la deuxième condition d'existence d'un marché les volets 2) et 3) concernant le mobilier urbain.

Enfin, pour ces volets, le contrat avait clairement un caractère onéreux dès lors que la conception, l'installation et l'entretien du mobilier avait un coût financier. Ce coût a été payé par l'Etat et la Ville sous la forme d'un abandon d'une partie de la redevance pour la concession de gestion de l'affichage. En effet, le montant de la redevance aurait été supérieur sans les obligations liées au mobilier urbain. En conséquence, même en l'absence d'un flux financier apparent, ces prestations avaient un coût assumé par l'Etat et la Ville. Ce volet des prestations remplissait ainsi la troisième condition requise pour l'existence d'un marché public.

En second lieu, dans le cas du « marché » de la valorisation des piles et accumulateurs, l'existence d'un accord contractuel est établie. En revanche, comme pour la concession de l'affichage, le transfert de la tâche publique à un organisme privé qui l'exerce à ses risques et périls excluait la réalisation de la deuxième condition. Partant, contrairement à ce qu'a décidé la Commission de recours, il ne s'agissait pas d'un marché public dans ce cas particulier. Les arguments retenus par la Commission de recours gardent toutefois toute leur validité quant au régime juridique applicable à ce type de situation⁶¹.

F. La concession d'usage du domaine public ou du patrimoine administratif

La concession d'usage du domaine public est similaire à la concession de service public quant à son régime juridique, mais différente quant à son objet : il concerne le droit octroyé à une personne privée d'utiliser une partie du domaine public ou du patrimoine administratif à des fins commerciales en contrepartie du paiement d'une redevance, généralement fixée en pourcentage du chiffre d'affaire, au concédant. Ce type de concession est courant dans les infrastructures de transport, comme les gares ou les aéroports où se trouvent de nombreux magasins au bénéfice de telles concessions. Il se

⁶⁰ Dans ce sens, P. ZEN-RUFFINEN, « Affichage sur les domaines public et privé : la fin du monopole ? », *Medialex* 1/03 34/41.

⁶¹ Voir, *supra*, le point II.B.

développe également dans d'autres bâtiments administratifs, comme les hôpitaux, en raison de la volonté des collectivités publiques ou entités de droit public concernées de bénéficier de sources de revenus supplémentaires.

Une telle concession présente un caractère contractuel suffisant pour permettre sa qualification éventuelle comme marché public. En revanche, elle ne permet pas à l'Etat d'obtenir directement une prestation. Son objet est de fixer les conditions auxquelles une personne privée pourra exploiter une activité commerciale. En octroyant une telle concession, l'Etat ne cherche pas principalement à obtenir un service ; son intérêt premier est d'obtenir un revenu aussi important que possible. Le choix de l'activité ou de l'opérateur est lié à cet intérêt lucratif : les services ou produits pouvant être fournis dans les espaces concédés sont ceux que l'Etat estime correspondre aux besoins des clients et qui rapporteront donc un profit maximal.

En conséquence, ce type de concession ne remplit pas la seconde condition requise pour permettre la qualification de la procédure de marché public au sens de la LPM ou de l'AIMP-1 ou 2⁶².

G. Les partenariats publics-privés

Le partenariat entre un pouvoir adjudicateur et une ou plusieurs entreprises privées a pour objet la réalisation d'un objectif commun à ces partenaires. Les formes qu'ils peuvent revêtir sont multiples. L'analyse de ces partenariats devra être effectuée de cas en cas, en fonction des éléments de la définition que nous avons posés et des analogies éventuelles avec les autres cas limites⁶³.

A notre avis, dans la majorité des cas, l'élément déterminant sera la réalité économique des rapports contractuels pour l'Etat. Si les relations qu'il noue pour réaliser un projet commun visent à lui permettre de se procurer les moyens d'accomplir une tâche en bénéficiant des prestations des partenaires privés qui sont rémunérés en nature ou au moyen des profits générés par le partenariat, la situation sera semblable à celle des marchés publics ordinaires. Le paramètre qui permettra de distinguer cette situation d'un véritable marché public sera le critère du risque : si les partenaires privés assument à un niveau correspondant à celui de leur apport de prestations, le

⁶² Dans ce sens, M. HEER, *die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private*, Zurich 2006, pp. 72-74.

⁶³ Sur cette question, voir U. BOLZ, *Public Private Partnership in der Schweiz – Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung*, Zurich 2005, notamment p. 253 ss ; W. STRAUB, « Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht », PJA 2005 1330/1336 ss ; J.-B. ZUFFEREY, précité note 5, p. 65 ss. Voir également J.-B. ZUFFEREY, J. LE FORT, « L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics », BR/DC 2/2006 pp. 99-102.

risque d'échec du partenariat et de perte de leur investissement, il n'y a pas d'achat de prestations de la part de l'Etat et, par voie de conséquence, pas de marchés publics.

V. Esquisse des règles applicables pour les concessions qui ne sont pas des marchés publics

L'exclusion de certaines concessions de travaux publics, des concessions de service public et des concessions d'usage du domaine des marchés publics peut laisser craindre une absence de protection des candidats à l'obtention d'une éventuelle concession. La plupart des auteurs émettent le souhait d'une certaine réglementation de l'octroi de ces concessions afin de garantir la neutralité concurrentielle de l'Etat⁶⁴.

De la même manière, le droit communautaire des marchés publics ne s'applique pas aux concessions de services et prévoit uniquement un régime allégé pour les concessions de travaux publics. Toutefois, dans sa Communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, la Commission a souligné que l'octroi d'une concession est un acte étatique devant notamment respecter des règles fondamentales comme les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité⁶⁵.

A l'instar du droit communautaire, notre droit contient des principes fondamentaux devant être respectés par les autorités étatiques. Ils découlent tant de la liberté économique que de la loi fédérale sur le marché intérieur.

Selon l'article 27, alinéa 1, Cst., la liberté économique est garantie. Cette liberté protège toutes les autres formes d'activités économiques privées exercées à des fins lucratives⁶⁶. La liberté économique impose le respect du principe de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique et de celui de l'égalité de traitement des concurrents⁶⁷. Selon ce dernier, les mesures étatiques qui faussent les rapports de concurrence entre concurrents directs⁶⁸,

⁶⁴ P. GALLI, A. MOSER & E. LANG, précité note 50, N° 97 et en particulier la note 211; P. ZEN-RUFFINEN, précité note 60, p. 40; J.-B. ZUFFEREY, précité note 5, pp. 59 & 63-64.

⁶⁵ JO 29.04.2000 C 121 2/6.

⁶⁶ ATF 128/2002 I 19/29, *Associazione L.U.de.S. Libera Università degli Studi di Scienze Umane*; A. AUER, M. HOTTELIER & G. MALINVERNI, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, N° 876 ss.

⁶⁷ ATF 119/1993 Ia 59, 67-68, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungs-institute*; 119/1993 Ia 445, *Circus Gasser Olympia AG I*; 121/1995 I 129, 135, *Margot Knecht*.

⁶⁸ ATF 119/1993 Ia 433, *S. B. und Mitbeteiligte*; 120/1994 Ia 236, S.

ou dont les effets sur les rapports de concurrence ne sont pas neutres⁶⁹, sont prohibées. Sont des concurrents directs les entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins⁷⁰. Comme toutes les libertés, la liberté économique peut faire l'objet de restrictions⁷¹, aux conditions fixées par l'article 36 Cst. et par les exigences propres à la liberté en cause, qui sont la qualification particulière de l'intérêt public prépondérant⁷² et le respect de l'égalité de traitement entre les concurrents⁷³. Cette exigence est essentielle, car elle interdit les différences de traitement qui favorisent ou désavantagent certains acteurs économiques par rapport à leurs concurrents, notamment dans les réglementations étatiques de l'accès au marché, quand bien même les distinctions seraient fondées sur des motifs sérieux et objectifs⁷⁴.

La liberté économique comporte également un volet institutionnel en garantissant un ordre économique fondé sur l'idée de l'autonomie privée et s'appuyant sur les principes de l'économie de marché⁷⁵⁻⁷⁶. L'article 94, alinéa 4, Cst. n'autorise des dérogations au principe de la liberté économique, que si elles sont prévues, implicitement ou expressément⁷⁷, par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons. Les dérogations impli-

⁶⁹ ATF 119/1993 Ia 445, 450-451, *Circus Gasser Olympia AG I*.

⁷⁰ ATF 119/1993 Ia 433, 436, *S. B. und Mitbeteiligte*.

⁷¹ En général, voir U. HÄFELIN & W. HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht: die neue Bundesverfassung*, 6^e éd., Zurich 2005, N° 302 ss.

⁷² De telles limitations peuvent exister dans l'intérêt de la protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité et de la sécurité ou de la bonne foi dans les affaires. Sont également admissibles les restrictions fondées sur des mesures de politique sociale, qui tendent à accroître le bien-être de l'ensemble ou d'une grande partie de la population par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs, pourvu que ces mesures n'interviennent pas dans la libre concurrence.

⁷³ ATF 119/1993 Ia 59/67-68, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungs-institute*; 119/1993 Ia 445, *Circus Gasser Olympia AG I*; 121/1995 Ia 129/135, *Margot Knecht*.

⁷⁴ A. AUER, M. HOTTELIER & G. MALINVERNI, précité note 66, N° 986 ss; G. BIAGGINI, «Wirtschaftsfreiheit», in D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 779, N°s 12-13; E. GRISEL, *Liberté économique*, Berne 2006, p. 228 ss; U. HÄFELIN & W. HALLER, précité note 71, N° 676 ss; J. P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 1999, pp. 649-650.

⁷⁵ J. P. MÜLLER, précité note 74, pp. 647-648; R. RHINOW, G. SCHMID & G. BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998, p. 93; L. SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 1994, p. 17 ss; Klaus A. VALLENDER, P. HETTICH & J. LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4^e éd., Berne 2006, p. 188 ss.

⁷⁶ L'article 94, alinéa 1, Cst. complète l'article 27 Cst. en exprimant la dimension institutionnelle de la liberté économique, soit le choix fondamental du droit constitutionnel en faveur d'un ordre économique basé sur les principes de l'économie de marché.

⁷⁷ Les dérogations explicites figurent aux articles 100, alinéa 3, 101, alinéa 2, 102, alinéa 2, 103 et 104, alinéa 2 Cst.

cites doivent reposer sur une clause constitutionnelle attribuant une compétence à la Confédération.

En conséquence, à l'aune de la liberté économique, l'attribution d'une concession, pour laquelle une dérogation à cette liberté n'est pas prévue, devra impérativement respecter l'égalité de traitement entre les concurrents. Cette obligation impose au concédant de choisir un mode d'attribution de la concession qui assure une stricte égalité entre toutes les entreprises aptes à exercer la tâche concédée. Partant, le concédant n'a pas d'autre choix que d'organiser une procédure d'appel d'offre, analogue à une procédure de marché public, permettant à toutes les entreprises concernées de déposer une offre et de la voir évaluée en toute transparence et impartialité⁷⁸.

De plus, sauf si les droits régaliens historiques des cantons sont concernés, le choix du concessionnaire éventuel doit respecter le principe de non discrimination découlant de la Loi fédérale sur le marché intérieur⁷⁹. Les règles appliquées par le concédant assureront la liberté d'accès au marché conformément aux articles 2 et 3 LMI. Dans ce sens, l'article 2, alinéa 7, LMI, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006 prévoit expressément 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 et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse⁸⁰. Dans ce cas, les règles d'attribution des marchés publics devraient être appliquées par analogie pour garantir les droits des soumissionnaires⁸¹. En revanche, contrairement à l'avis exprimé par E. CLERC⁸², nous ne pensons pas que l'article 5 LMI puisse être applicable dès lors que la notion de « marché public » contenue dans cette disposition n'est pas différente de celle découlant de l'AMP et concrétisée dans la LMP, l'AIMP-1 et l'AIMP-2.

Enfin, l'octroi de la concession devrait être susceptible de recours afin de permettre un contrôle des principes que nous avons mentionnés. La voie de recours dépendra du domaine en cause. En toute hypothèse, au niveau cantonal, l'article 9, alinéas 1 & 2, LMI impose l'existence d'une voie de droit cantonale indépendante de l'administration permettant de contester les décisions restreignant l'accès au marché.

⁷⁸ Dans ce sens, voir M. HEER, précité note 62, p. 74 ; D. KUNZ, précité note 34, p. 210 ss.

⁷⁹ RS 943.02 ; « LMI ».

⁸⁰ Sur la portée de cette nouvelle disposition, voir D. ESSEIVA, « Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI », BR/DC 4/2006 p. 203 ss.

⁸¹ Voir sur ce point le Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421/441.

⁸² E. CLERC, précité note 30, N° 53.

VI. Conclusion

Les débats doctrinaux ou jurisprudentiels sur la qualification des procédures d'octroi des concessions comme des « marchés publics » peut donner l'impression d'une querelle sur le sexe des anges. Pourtant l'enjeu est de taille, compte tenu de l'importance économique de certaines de ces concessions.

En 1999, à l'époque de l'arrêt *Decaux*, les décisions judiciaires étaient encore rares et il était possible de parler de premières expériences dans le domaine des marchés publics. De la même manière, la LMI venait d'entrer en vigueur et sa portée effective restait encore incertaine. Dans ces conditions, la tentation était grande d'essayer d'assujettir au droit des marchés publics les procédures d'octroi des concessions. C'était un moyen de rompre avec les pratiques ancestrales des autorités administratives et de créer non seulement une transparence des procédures d'attribution mais aussi d'établir une égalité de traitement entre les candidats potentiels. Le Tribunal fédéral n'a pas saisi cette opportunité dans l'arrêt *Decaux*. Il a, au contraire, fermé cette porte et ouvert celle de la controverse doctrinale.

Huit ans après, la situation est différente. De nombreux arrêts et décisions judiciaires ont permis de développer et d'affiner la matière des marchés publics. De plus, la LMI a fait ses preuves et a fêté ses dix ans d'existence avec un lifting qui a renforcé ses moyens. Le résultat est qu'il n'est plus réellement nécessaire de se battre au sujet des concessions. En effet, quelle que soit la qualification des procédures relatives à leur octroi, les autorités administratives ne peuvent plus choisir leur candidat dans le secret et en toute liberté. Elles sont forcées de suivre des procédures équitables, transparentes et non discriminatoires.

Il est ainsi possible de revenir à une lecture sans concession de la notion de « marché public », tout en garantissant que les concessions soient octroyées dans des conditions similaires à celle d'un marché public.