

Aide pratique pour délimiter les appels d'offres sur la base des art. 8 et 9 AIMP₂₀₁₉ ou de l'art. 2 al. 7 LMI

Remarques préliminaires à l'intention de la CMP

L'état du droit concernant la relation entre l'applicabilité des art. 8 et 9 AIMP₂₀₁₉ ou l'art. 2 al. 7 LMI n'est pas encore définitivement clarifié, il est en partie controversé et dépend du cas particulier respectif ainsi que de la législation cantonale ou communale. La jurisprudence relative au nouveau droit fait en grande partie défaut. ETIENNE POLTIER¹ s'est intéressé de près à cette thématique et ses conclusions diffèrent en partie de celles d'autres auteurs (p. ex. THOMAS MÜLLER² ou NICOLAS DIEBOLD³). E. Poltier considère notamment que l'applicabilité de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉ ne suppose pas qu'une tâche publique ou la responsabilité de son accomplissement doit être octroyée au concessionnaire. Seul l'usage d'une concession dans l'intérêt public serait déterminant. Cela vaudrait d'ailleurs également pour les concessions d'usage privatif, dont l'octroi ne relève pas de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉ selon d'autres auteurs mais aussi selon le message LMP et le message type concernant l'AIMP₂₀₁₉.

Selon un rapport actuel du Conseil fédéral⁴ (rapport du CF), qui se fonde notamment sur une expertise juridique⁵ de BERNHARD RÜTSCHKE, la question de savoir si l'art. 9 AIMP₂₀₁₉ est également applicable à l'octroi de concessions d'usage privatif est encore incertaine, faute de jurisprudence. Ce n'était pas prévu. On pourrait toutefois imaginer que des tâches publiques soient octroyées conjointement avec des concessions d'usage privatif ou que leur exercice soit d'intérêt public.⁶ De façon générale, le Conseil fédéral se prononce en faveur d'une application plus large de l'art. 2 al. 7 LMI et/ou de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉. Ainsi, certaines activités économiques doivent en principe relever du champ d'application de ces dispositions lorsqu'il existe un marché avec plusieurs soumissionnaires et acheteurs, par exemple aussi les autorisations pour des usages communs accrus ou des admissions relevant du droit des assurances sociales.⁷

¹ ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e édition, Berne, 2023.

² THOMAS P. MÜLLER, Art. 9 BöB/IVöB, in: Hans Rudolf Trüeb (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2020.

³ NICOLAS DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch (éd.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3^e éd., Bâle 2020, p. 465 ss, Cm 99.

⁴ Rapport du Conseil fédéral du 18.10.2023 donnant suite au postulat 19.4379 CER-E, Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable (cit. rapport du CF).

⁵ BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsgutachten vom 10.2.2023, Analyse der binnenmarktrechtlichen Ausschreibungspflicht (Art. 2 Abs. 7 BGBM).

⁶ Rapport du CF, p. 20.

⁷ Rapport du CF, p. 25.

On parle d'usage commun accru lorsque l'utilisation du domaine public n'est plus conforme à sa destination ou compatible avec l'ordre public et que d'autres utilisateurs sont ainsi fortement restreints, sans pour autant être exclus.⁸ La délimitation entre usage commun simple et accru et usage privatif dépend du droit cantonal qui décrit notamment dans quelle mesure le domaine public peut être utilisé par la collectivité.⁹ Il faut alors toujours se baser sur les circonstances locales et temporelles concrètes ainsi que sur la nature et l'étendue de l'usage habituel.¹⁰ Les stands de marché et les manifestations sur le domaine public (qui ne sont toutefois pas déterminantes ici) sont des exemples typiques d'un **usage comme accru**. Dans le cadre d'un **usage privatif** (cette expression n'est pas employée dans tous les cantons), le domaine public est en revanche utilisé de façon exclusive pendant une période prolongée, notamment pour la construction et l'exploitation d'infrastructures ou pour l'extraction ou l'utilisation de ressources naturelles.¹¹ Le droit à l'usage privatif est généralement octroyé au moyen d'une concession et selon la législation cantonale aussi par le biais d'une autorisation. Avec une **admission relevant du droit des assurances sociales**, l'autorité compétente donne le droit à une entreprise de décompter ses prestations à la charge d'une assurance sociale. La limitation des médecins qui fournissent des prestations ambulatoires à la charge de la caisse-maladie est un exemple d'un tel régime d'admission.

La directive de l'UE sur l'attribution de contrats de concession (2014/23/UE) porte sur les concessions de services et de travaux d'une valeur du contrat estimée d'EUR 5 186 000. La différence avec les marchés de services et de travaux publics traditionnels réside principalement dans le fait que la contrepartie consiste exclusivement en un droit d'exploiter les ouvrages ou services correspondants ou en ce droit accompagné d'un prix. Dans les deux cas, le risque d'exploitation est transféré au concessionnaire (cf. art. 5 ch. 1 et art. 8 al. 1 de la directive 2014/23/EU).

Ci-après, nous nous sommes principalement basés sur la fiche d'information TRIAS [«Délégation de tâches publiques et octroi de concessions»](#) qui, en relation avec l'octroi d'une concession visée à l'art. 9 AIMP₂₀₁₉, maintient l'exigence de l'accomplissement d'une tâche publique (ou du moins du lien avec une tâche publique), ce que nous jugeons toujours correct.

⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e éd., Zurich 2020, Cm 2274 ss

⁹ ATF 135 I 302, consid. 3.1.

¹⁰ ATF 126 I 133, consid. 4c.

¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (note 8) Cm 2308 ss. Tous les cantons n'utilisent pas le terme d'«usage privatif».

1) Contexte et but

Le droit des marchés publics révisé définit le marché public à l'art. 8 al. 1 AIMP₂₀₁₉ et retient en référence à la jurisprudence selon l'ancien droit, que la délégation d'une tâche publique et l'octroi d'une concession sont également considérés comme des marchés publics, sous réserve des dispositions des lois spéciales (art. 9 AIMP₂₀₁₉). L'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI¹²) prévoit en outre une obligation de mise au concours en relation avec les monopoles cantonaux ou communaux.

Les marchés de fournitures (l'acquisition de marchandises en tout genre) doivent être adjugés conformément aux règles du droit des marchés publics. Mais lorsqu'il s'agit de services ou de travaux de construction, il n'est souvent pas évident à première vue de déterminer si le droit des marchés publics ou la loi fédérale sur le marché intérieur est applicable. En pratique, il existe des incertitudes et des difficultés de délimitation; les avis juridiques divergent et il n'existe encore pratiquement pas de jurisprudence relative au nouveau droit pour l'instant.

La présente aide pratique complète le guide des marchés publics TRIAS (notamment le ch. 1.3: «Quel est l'objet du marché public?») ainsi que la fiche d'information TRIAS [«Délégation de tâches publiques et octroi de concessions»](#). Grâce à des exemples; elle doit notamment aider les personnes des **services administratifs et des autorités des cantons et des communes** à mieux évaluer

- 1) si la délégation de tâches publiques et l'octroi d'une concession représentent un marché public «traditionnel» (art. 8 AIMP₂₀₁₉) ou un marché public dans le sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉, ou
- 2) si l'octroi d'une concession pour l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal doit faire l'objet d'un appel d'offres selon les règles de l'art. 2 al. 7 LMI.

Le droit applicable au cas particulier reste cependant toujours déterminant, tout comme les circonstances du cas individuel et l'organisation concrète de la «transaction» en question. L'application de l'art. 8 AIMP₂₀₁₉ est conseillée en cas de doute.

¹² Loi fédérale sur le marché intérieur, RS 943.02.

2) Schéma de contrôle

Lorsqu'il est question de déléguer une tâche publique ou d'octroyer une concession, il faut commencer par vérifier que la transaction relève du champ d'application du droit des marchés publics et qu'elle doit faire l'objet d'un appel d'offres public selon les règles de l'AIMP₂₀₁₉. L'appel d'offres public est obligatoire lorsque la valeur estimée du marché atteint ou dépasse la valeur seuil de l'AIMP₂₀₁₉ pour la procédure d'adjudication ouverte ou sélective (aucun appel d'offres n'est en revanche requis dans la procédure sur invitation ou pour les marchés d'une faible valeur passés de gré à gré).

Il faut commencer par vérifier si la loi sectorielle applicable exclut l'applicabilité du droit des marchés publics. Si ce n'est pas le cas, il faut vérifier s'il s'agit d'un marché public dans le sens de l'art. 8 ou de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉.

S'il ne s'agit pas d'un marché public au sens de l'AIMP₂₀₁₉, il faut également vérifier si la transaction relève du champ d'application de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) et doit faire l'objet d'un appel d'offres selon les règles de l'art. 2 al. 7 LMI. La question de l'applicabilité de la LMI ne se pose que si le droit des marchés publics n'est *pas* applicable. En revanche, les prescriptions de la LMI sont de toute façon réputées satisfaites cas d'appel d'offres selon l'AIMP₂₀₁₉.

Si aucun appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI n'est requis, les pouvoirs publics sont en principe libres de choisir le prestataire auquel ils veulent confier le marché. Les principes de l'État de droit, notamment le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, doivent cependant toujours être respectés.

Concrètement, une procédure selon la **«check-list»** suivante (en tant qu'aide) est cependant recommandée:

1. L'application du droit des marchés publics dans la loi fédérale ou dans la loi sectorielle cantonale applicable sera-t-elle exclue ou celle-ci indique-t-elle à qui une tâche publique sera déléguée?
2. Si non: s'agit-il d'un marché public «traditionnel» dans le sens de l'art. 8 AIMP₂₀₁₉, où le canton, la commune ou un autre adjudicateur public en tant qu'acquéreur achète des marchandises/biens, des services ou des travaux de construction au soumissionnaire sur le marché?
3. Si non: s'agit-il d'un marché public dans le sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉, où une tâche publique ou la responsabilité de son accomplissement est déléguée à un prestataire typiquement avec des droits/pouvoirs régaliens)?
4. Si non: un appel d'offres dans le sens de l'art. 2 al. 7 LMI est-il nécessaire?

3) Pas d'exclusion du droit des marchés publics

Il faut commencer par se demander si le législateur a exclu le droit des marchés publics dans le cas en question. Vérifiez si une disposition de la loi sectorielle applicable dans le cas concret exclut explicitement le droit des marchés publics ou prévoit une autre procédure. Les cantons mais non les communes peuvent prévoir des exceptions fondées sur des lois spéciales dans leur droit, pour autant qu'elles n'enfreignent pas le droit fédéral ou l'AIMP.

Exemples d'exceptions fondées sur des lois spéciales	Remarques
Octroi d'une concession de transport de voyageurs	Procédure réglée dans une loi spéciale selon les prescriptions de la loi sur le transport de voyageurs (art. 6 al. 5 LTV ¹³)
Octroi de concessions hydrauliques	Procédure réglée dans une loi spéciale selon les prescriptions de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (art. 60 al. 3 ^{bis} et art. 62 al. 2 ^{bis} LFH ¹⁴) et règles de procédure cantonales et communales
Octroi de concessions en relation avec le réseau de transport et de distribution pour l'approvisionnement en électricité	Procédure transparente et non discriminatoire sans appel d'offres, exception selon la loi sur l'approvisionnement en électricité (art. 3a LApEI ¹⁵)
Octroi d'une autorisation/concession pour l'extraction de gravier dans les eaux	Procédure d'autorisation selon la législation cantonale (cf. art. 44 Leaux) ¹⁶ - p. ex. art. 48 ss LAE ¹⁷ du canton de Berne; art. 6 let. f KGSchV ¹⁸ du canton des Grisons

¹³ Loi sur le transport de voyageurs, RS 745.1.

¹⁴ Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, RS 721.80.

¹⁵ Loi sur l'approvisionnement en électricité, RS 734.7.

¹⁶ Loi fédérale sur la protection des eaux, RS 814.20.

¹⁷ Loi sur l'entretien et sur l'aménagement des eaux, RSB 751.11.

¹⁸ Verordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Kantonale Gewässerschutzverordnung), BR 815.200.

Si la loi sectorielle n'exclut pas le droit des marchés publics ou si elle ne contient aucune prescription relative à la procédure, il faut répondre à la question de savoir s'il s'agit d'un marché public dans le sens de l'art. 8 ou de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉.

Le fait qu'une transaction relève du champ d'application de l'AIMP₂₀₁₉ n'a cependant pas automatiquement pour conséquence qu'elle doive faire l'objet d'un appel d'offres public. La procédure applicable doit être choisie selon les critères de l'AIMP₂₀₁₉, notamment selon la valeur estimée du marché et les valeurs seuils de l'AIMP₂₀₁₉. Il existe par ailleurs certaines exceptions qui autorisent une adjudication du marché de gré à gré, même si la valeur du marché dépasse la valeur seuil pour la procédure d'adjudication ouverte ou sélective.

4) Marché public au sens de l'art. 8 AIMP₂₀₁₉

Il faut vérifier s'il s'agit d'un marché public «traditionnel» (art. 8 AIMP₂₀₁₉). C'est le cas lorsqu'un soumissionnaire fournit une prestation contre rémunération pour l'adjudicateur public. La demande émane de la collectivité. On distingue les marchés portant sur des travaux de construction, des fournitures et des services. *Aucune* tâche publique n'est déléguée ni aucune concession ni aucun droit et pouvoir régalien n'est accordé. Autrement dit, le soumissionnaire n'est pas perçu par les tiers comme régalien et n'a pas de pouvoirs administratifs. Les services sont généralement accomplis sur la base d'un contrat de droit privé conclu avec les pouvoirs publics.

Le choix et le déroulement de la procédure applicable dépendent de la valeur estimée du marché (cf. [TRIAS, ch. 1.4](#), tableau 1 – Valeurs seuils sur les marchés non soumis aux accords internationaux; [TRIAS, ch. 3.1](#) – Quelle est la procédure applicable?). Il s'agit en outre de vérifier au cas par cas si un marché peut exceptionnellement être adjugé de gré à gré¹⁹ ou s'il existe une autre exception²⁰ (p. ex. adjudication in-house ou in-state).

Si le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres, il faut en outre vérifier s'il est soumis aux accords internationaux: dans le cas de marchandises et de travaux de construction, la réponse est toujours «oui» à partir d'une certaine valeur du marché (cf. [TRIAS, ch. 1.4](#), tableau 2 – Valeurs seuils sur les marchés soumis aux accords internationaux; [TRIAS, ch. 3.4](#) – Projets de construction sur les marchés soumis aux accords internationaux). Les services ne doivent en revanche faire l'objet d'un appel d'offres sur les marchés soumis aux accords internationaux que s'ils figurent sur la liste des services soumis à l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP²¹) (cf. [AMP, Annexe 5](#))²² et atteignent la valeur seuil déterminante (p. ex. élimination des déchets dès CHF 350 000).

¹⁹ Art. 21 al. 2 AIMP₂₀₁₉.

²⁰ Art. 10 AIMP₂₀₁₉.

²¹ Accord révisé sur les marchés publics, RS 0.632.231.422.

²² L'Annexe 5 se réfère à la Classification centrale de produits des Nations Unies (CPCprov): cf. [version française](#).

Exemples

- **Achat/location de marchandises en tout genre** (dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
- **Travaux de construction pour le bâtiment et le génie civil** (dès CHF 8,7 millions sur les marchés soumis aux accords internationaux)
- **Collecte et transport de déchets ménagers** (monopole de l'élimination; dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
- **Nettoyage et administration d'hébergements d'asile** (dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
- **Services d'hôtellerie et autres services d'hébergement** (dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
- **Exploitation de cantines selon des prescriptions claires de la collectivité** (dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
 - p. ex. cantine scolaire, restaurant d'hôpital, restaurant universitaire subventionné, cantine de chantier²³
- **Services de publicité et d'information** (dès CHF 350 000 sur les marchés soumis aux accords internationaux)
 - p. ex. conception et management de campagnes (p. ex. dans le domaine de la santé); impression et publication de la feuille cantonale²⁴

5) Marché public au sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉

Selon l'art. 9 al. 1 AIMP₂₀₁₉, 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, (i) **des droits exclusifs ou spéciaux** qu'il (ii) exerce dans l'**intérêt public** en contrepartie (iii) d'une **rémunération** ou d'une **indemnité**, directe ou indirecte. Un tel marché public ne relève généralement pas des marchés soumis aux accords internationaux, ce qui signifie qu'il ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres international, même si les valeurs seuils des accords internationaux sont atteintes.²⁵ Si toutefois une tâche publique est déléguée et si cette prestation figure parallèlement sur la liste positive des services soumis à l'AMP et si la valeur seuil de CHF 350 000 est atteinte, il est conseillé d'adjuger le marché dans le cadre d'un appel d'offres pour un marché soumis aux accords internationaux²⁶ (p. ex. élimination des déchets ou exploitation d'un restaurant).

²³ TAF B-2522/2021 du 20.9.2021.

²⁴ TC VD, MPU.2023.0017 du 2.10.2023.

²⁵ Cf. message type concernant l'AIMP, p. 35

²⁶ Cf. aussi TAF B-2457/2020 du 23.8.2021 relatif à l'ancien droit.

Deux aspects du marché public au sens de l'art. 9 AIMP, à savoir la délégation d'une tâche publique et l'octroi d'une concession, sont présentés plus en détail ci-après.

a. Délégation d'une tâche publique

Une procédure selon la «check-list» suivante (en guise d'aide) est conseillée pour vérifier s'il s'agit d'une délégation de tâche au sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉:

1. La demande émane-t-elle de l'État / la collectivité?
2. Si oui: la délégation de la tâche publique à une entreprise privée est-elle prévue ou autorisée par la loi?
→ La base légale peut résider dans le droit fédéral, le droit cantonal ou communal.
3. Si oui: la loi sectorielle désigne-t-elle le délégataire?
4. Si non: la loi sectorielle règle-t-elle la procédure de sélection du futur délégataire?
(→ si oui, la procédure prévue par la loi spéciale s'applique)
5. Si non: plus d'une entreprise privée est-elle envisageable en tant que délégataire ou la tâche publique pourrait-elle être accomplie par plus d'une entreprise privée?
6. Si oui: le soumissionnaire retenu agit-il dans l'intérêt public, en son propre nom et pour une certaine durée à la place de l'État?
7. Si oui: le soumissionnaire retenu perçoit-il une rémunération (directe ou indirecte) pour l'acceptation et l'accomplissement de la tâche publique, p. ex. une rémunération versée par la collectivité ou des émoluments de ceux qui ont recours à sa prestation?
8. Si oui: le soumissionnaire retenu bénéficie-t-il de droits particuliers ou exclusifs, généralement des pouvoirs régaliens (c.-à-d. peut-il ordonner des mesures contraignantes dans le domaine d'attributions concerné ou percevoir des émoluments²⁷)?
9. Si oui: le soumissionnaire retenu est-il surveillé ou contrôlé par l'État? L'externalisation d'une tâche publique entraîne généralement des restrictions importantes de la liberté entrepreneuriale du soumissionnaire.²⁸

→ **Les critères précités plaident en faveur d'un marché public dans le sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉**

²⁷ Lorsque la délégation de tâches s'accompagne de pouvoirs de contrainte, des exigences accrues s'appliquent quant à la détermination de la base légale (cf. ATF 148 II 218; TAF B-2457/2020 du 23.8.2021, consid. 4.3.3).

²⁸ TAF B-2457/2020 du 23.8.2021, consid. 5.3.2.

L'art. 9 AIMP₂₀₁₉ couvre également les transactions qui peuvent être qualifiées à la fois de délégation d'une tâche publique et d'octroi d'une concession (combinaison d'un service avec une concession, p. ex. l'exploitation d'une aire d'autoroute). Les concessions en lien avec des biens dans le patrimoine financier qui servent uniquement à accroître le capital des pouvoirs publics ne sont en revanche pas couvertes.

Dans un marché au sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉, le choix et le déroulement de la procédure applicable dépendent également de la valeur estimée du marché ([TRIAS, ch. 3](#) – Choix et déroulement de la procédure d'adjudication). Il faut également vérifier au cas par cas si une adjudication de gré à gré est exceptionnellement autorisée ou s'il existe une exception (p. ex. adjudication in-house ou in-state).

Exemples	Remarques
Mise à jour de la mensuration officielle par des géomètres mandatés par l'État²⁹	Des différences cantonales sont possibles, en fonction du droit cantonal.
Délégation de tâches d'exécution cantonales dans le domaine de la loi sur l'agriculture³⁰ - Certification de la provenance régionale - Contrôle des vins	
Collaboration des cantons et des communes avec les organisations économiques dans le but d'exécuter la loi sur l'énergie³¹ - «Conseil énergétique»³² L'intérêt public consiste à réduire les émissions de CO₂; la rémunération est indirecte (par les entreprises qui ont recours au conseil). - Traitement des demandes dans le cadre de programmes cantonaux d'encouragement pour l'efficacité énergétique et les énergies renouvelables dans le domaine des bâtiments, y compris le refus ou l'octroi d'aides financières dans le domaine des bâtiments³³	
Exploitation d'un hôpital figurant sur la liste cantonale des hôpitaux	Des différences cantonales sont possibles, en fonction du droit cantonal.

²⁹ Cf. TF 2C_111/2018 du 2.7.2019 concernant la mise à jour de la mensuration officielle dans le canton de Lucerne (appel d'offres selon l'ancien droit sous forme de marché public).

³⁰ Art. 180 LAgr, RS 910.1.

³¹ Cf. art. 4 al. 2 LEne, RS 730.

³² TAF B-2457/2020 du 3.7.2020 concernant le mandat de prestation «Pool de conseillers» (appel d'offres selon l'ancien droit sous forme de marché public).

³³ ATF 146 II 276, concernant le parc énergétique de Bâle-Campagne (appel d'offres selon l'ancien droit sous forme de marché public).

Services d'aide et de soins à domicile³⁴	Des différences cantonales / communales sont possibles, en fonction du droit cantonal.
Élimination de déchets ménagers³⁵, y c. la perception d'émoluments - Monopole cantonal légal qui est souvent délégué aux communes (art. 31b al. 1 phrase 1 LPE)	«Uniquement» collecte et transport de déchets → art. 8 AIMP ₂₀₁₉
Construction et/ou exploitation d'une infrastructure publique - p. ex. installations annexes de routes nationales (exploitation d'aires d'autoroute)	Une durée de contrat supérieure à 5 ans est conseillée, notamment pour des raisons liées à la sécurité routière et des investissements, ce qui doit être justifié plus en détail.
Mise en place et exploitation d'un système municipal de vélos en libre-service³⁶ - quand la promotion de la mobilité douce a été déclarée tâche cantonale / communale	Des différences cantonales / communales sont possibles, en fonction du droit cantonal/communal.

b. Octroi de concessions

Une procédure selon la «check-list» suivante est conseillée pour vérifier s'il s'agit d'un marché public ou de l'octroi d'une concession au sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉:

- La collectivité veut-elle déléguer à un tiers, généralement une entreprise privée, son droit exclusif ou particulier d'exercer une certaine activité économique?
- Si oui: la demande émane-t-elle de la collectivité?
- Si oui: la loi s'exprime-t-elle sur la procédure de sélection?

³⁴ TF 2C_861/2017 du 12.10.2018 (qualification de marché public traditionnel dans l'ancien droit).

³⁵ ATF 125 II 508, ATF 123 II 359.

³⁶ ATF 144 II 177.

- Si non: la loi sectorielle désigne-t-elle le concessionnaire?
- Si non: la concession est-elle en rapport avec une tâche publique ou est-elle exercée dans l'intérêt public?
- Si oui: y a-t-il un échange de prestations? Ou le concessionnaire perçoit-il une rémunération directe ou indirecte pour l'utilisation ou l'exercice de la concession? Celle-ci peut par exemple consister en une indemnité versée au concessionnaire par l'État ou en la possibilité pour l'entreprise privée de demander de l'argent à des tiers.
- Si oui: le risque d'exploitation est-il supporté par le concessionnaire?

➔ **Les critères précités plaident en faveur d'un marché public dans le sens de l'art. 9 AIMP₂₀₁₉.**

Exemples
Concession de service en relation avec un monopole d'approvisionnement de base (concession de service public)
Ramonage - si aucune libéralisation dans le canton concerné
Assurance bâtiments - si aucune libéralisation dans le canton concerné
Protection de l'ordre public et de la sécurité - p. ex. contrôle du stationnement (parkings publics), rédaction de procès-verbaux comprise
Tâches de soins dans le domaine social et de la santé - p. ex. secours assistés par hélicoptère selon la planification cantonale lorsque les coûts sont facturés à l'assurance-accidents ou maladie
Offres du transport public local - p. ex. service de bus local ou transports scolaires financés par les communes / le canton.
Concession d'usage privatif en lien avec une tâche publique
Construction et/ou exploitation d'un parking public

6) Appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI

Selon l'art. 2 al. 7 LMI, 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. La différence par rapport au droit des marchés publics réside dans le fait que la procédure d'appel d'offres selon la LMI n'est pas assujettie aux mêmes prescriptions «rigoureuses» détaillées et que la collectivité compétente a donc plus de latitude, notamment lors du choix des critères. Il n'y a par ailleurs aucune obligation de retenir des soumissionnaires étrangers. Les voies de recours suivent les règles générales de la procédure administrative, ce qui signifie qu'un recours a généralement un effet suspensif en vertu de la loi et que des délais de recours plus longs s'appliquent, ce qui peut entraîner des retards en comparaison avec une procédure selon le droit des marchés publics. Dans les affaires de droit public, un recours devant le Tribunal fédéral est en outre possible, généralement sans autre formalité. Dans le droit des marchés publics, l'effet suspensif constitue en revanche l'exception, le délai de recours est désormais de 20 jours (art. 56 al. 1 AIMP₂₀₁₉) et les voies de recours (complètes) au Tribunal fédéral se limitent aux questions de droit d'importance fondamentale.

Une procédure selon la «check-list» suivante est conseillée pour vérifier si un appel d'offres fondé sur l'art. 2 al. 7 LMI est nécessaire:

- Y a-t-il un monopole légal ou de fait des cantons ou des communes (vérifier notamment la loi sectorielle)?
- Si oui: l'État agit-il comme prestataire ou comme autorité de régulation?
- Si oui: le concessionnaire veut-il réaliser un gain avec l'activité concessionnée et régulée par l'État (cf. art. 1 al. 2 LMI)?
- Si oui: le concessionnaire agit-il dans le cadre de l'économie privée (sans pouvoirs régaliens)?

➔ **Les critères précités plaident en faveur d'un appel d'offres fondé sur l'art. 2 al. 7 LMI.**

Le droit cantonal décrit dans quelle mesure les biens publics peuvent être utilisés par la collectivité. L'octroi de concessions ou d'autorisations pour un **usage commun accru** n'est généralement pas couvert par l'art. 2 al. 7 LMI. On parle d'usage commun accru lorsque l'utilisation du domaine public n'est plus conforme à sa destination ou compatible avec l'ordre public et que d'autres utilisateurs sont ainsi fortement restreints, sans pour autant être exclus. Il faut alors toujours se baser sur les circonstances locales et temporelles concrètes ainsi que sur la nature et l'étendue de l'usage habituel. Les stands de marché sur le domaine public sont un exemple typique d'usage commun accru auquel l'art. 2 al. 7 LMI n'est pas applicable.

Dans le cadre d'un **usage privatif** (qui n'est pas courant dans tous les cantons), le domaine public est utilisé de façon exclusive pendant une période prolongée, notamment pour la construction et l'exploitation d'infrastructures ou pour la démolition ou l'utilisation de ressources naturelles,

contrairement à l'usage commun accru. Dans de tels cas, l'art. 2 al. 7 LMI n'est en principe pas applicable. Ce n'est qu'en présence d'un **usage privatif monopolistique**, où la collectivité est tenue d'intervenir d'un point de vue réglementaire, que l'art. 2 al. 7 LMI est exceptionnellement applicable. Le territoire déterminant au plan géographique, le nombre de concessions ou d'autorisations ainsi que la durée et l'intensité de l'usage doivent être pris en compte pour déterminer s'il s'agit d'un usage privatif monopolistique.

Les projets qui relèvent d'une **initiative entrepreneuriale personnelle** ne doivent pas faire l'objet d'un appel d'offres. Les concessions qui ne visent pas à réaliser un gain/bénéfice/profit ne doivent pas non plus faire l'objet d'un appel d'offres.

La question de savoir si les concessions en lien avec des biens du patrimoine financier qui servent uniquement à accroître le capital des pouvoirs publics doivent faire l'objet d'un appel d'offres selon la LMI, le droit des marchés publics, voire d'aucun appel d'offres, est controversée et n'a pas encore été définitivement tranchée par la jurisprudence.

Exemples
Affichage sur le domaine public³⁷
Monopoles dans le domaine culturel - Exploitation d'un centre culturel communal/cantonal qui appartient au patrimoine de l'administration - Direction d'un théâtre municipal qui appartient au patrimoine de l'administration³⁸
Location de stands de glace sur le domaine public³⁹
Location de (trois) stands de buvette sur le domaine public qui appartiennent au patrimoine de l'administration⁴⁰
Autorisation d'exploitation particulière dans le secteur des taxis qui ne peut être accordée qu'à un nombre déterminé de personnes (y compris le droit d'utiliser des aires de stationnement de taxis sur le domaine public)

³⁷ ATF 143 II 598.

³⁸ ATF 145 II 303.

³⁹ TF 2C_167/2012 et 2C_444/2012 du 1.10.2012.

⁴⁰ TF 2C_228/2020 du 21.7.2020.