

Fiche d'information

Délégation de tâches publiques et octroi de concessions (art. 9 LMP/AIMP)

Juillet 2021

Phase de la procédure de passation de marchés concernée: l'art. 9 LMP/AIMP élargit le champ d'application objectif du droit des marchés publics.

La délégation de tâches publiques et l'octroi de concessions sont expressément soumis au droit des marchés publics – à condition que le soumissionnaire obtienne ainsi un droit exclusif pour accomplir une tâche publique et reçoive une contrepartie. L'art. 9 LMP/AIMP soumet cette délégation au **droit des marchés publics**, s'il n'y a pas de loi spéciale. Les tâches publiques ou la concession font ensuite l'objet d'un appel d'offres dans le cadre d'une procédure d'adjudication selon la LMP/l'AIMP.

Les **lois spéciales** peuvent comporter des réglementations différentes et elles peuvent concrètement exclure le processus de sélection du champ d'application du droit des marchés publics (p. ex. art. 3a LApEI, LTV). [Le droit cantonal peut également prévoir des exceptions ou des réserves en ce sens dans des lois spéciales.](#)

Classification: de quoi s'agit-il?

L'art. 9 LMP/AIMP étend le champ d'application du droit des marchés publics en assujettissant ainsi à ces règles non seulement les marchés «classiques», c.-à-d. l'achat de marchandises et de prestations par l'administration, mais aussi en principe la délégation de tâches à un prestataire (privé) ou l'octroi d'une concession en vue d'accomplir une tâche publique.

Cette extension du champ d'application par l'art. 9 LMP/AIMP n'est pas prévue par le GPA. La délégation de tâches et l'octroi de concessions relèvent donc des «*marchés non soumis aux accords internationaux*».

Lors de la délégation de tâches publiques et de l'octroi de concessions, les *valeurs seuils* s'appliquent par analogie avec le choix de la procédure d'adjudication correcte. Tout comme pour les autres marchés publics, le type de marché respectif doit être déterminé à l'aide de la prestation caractéristique (travaux de construction, fournitures ou services), les marchés mixtes selon le principe de l'élément prépondérant.

Délégation d'une tâche publique

Le principal cas d'application de délégation d'une tâche publique est la délégation d'une tâche à un particulier ou à une organisation privée (mandataire) qui fournit les prestations aux citoyens à la place ou sur mandat de la collectivité. Typiquement, mais non exclusivement, il s'agit d'offres de «service public». Une *convention de prestations* (ou aussi «mandat de prestations») est conclue entre la collectivité ou l'administration et le mandataire.

Les conditions générales suivantes doivent être respectées:

- La délégation suppose une base légale qui règle les grandes lignes du type d'exécution de la tâche par les particuliers, afin de s'assurer que les intérêts publics sont suffisamment préservés. L'art. 9 LMP/AIMP ne constitue pas en lui-même une telle base.
- L'Etat doit *surveiller/contrôler* les particuliers dans leur activité.
- Il faut s'assurer que les particuliers respectent la Constitution, notamment les *droits fondamentaux*, lors de l'exercice de leur activité.

Exemples: offres de transports publics (trafic local), prestations d'aide et de soins à domicile, exploitation d'un hôpital figurant sur la liste cantonale des hôpitaux, construction et exploitation d'une infrastructure publique, conseil énergétique.

Demeurent réservées les procédures d'adjudication prévues dans certaines lois spéciales (cf. ci-dessous).

Octroi d'une concession

Jusqu'à présent, les octrois de concessions n'étaient soumis au droit des marchés publics que s'ils servaient l'*exécution d'une tâche publique* (ATF 144 II 177, consid. 1.3.2). Cela vaut toujours en vertu de l'art. 9 LMP/AIMP, même si le libellé permettrait de déduire qu'un simple intérêt public pour l'octroi de la concession est suffisant pour que celle-ci soit soumise au droit des marchés publics. Il est donc déterminant que le particulier assume une tâche publique:

- Un mandataire privé reçoit des *droits* particuliers et exclusifs qui sont *en principe réservés à l'Etat* et qui ne revenaient pas précédemment au particulier (caractère de monopole). Il peut exploiter ces droits en échange d'une rémunération (p. ex. contre des émoluments perçus auprès des utilisateurs).
- Le domaine à déléguer est en relation avec une tâche publique. Les concessions qui n'ont aucun rapport avec l'accomplissement d'une tâche publique (p. ex. concessions d'usage spécial en relation avec l'utilisation du domaine public, telles que stands de marché, surfaces d'affichage publicitaire, etc.) ne relèvent en revanche **pas** de l'art. 9 LMP/AIMP. Des formes mixtes sont cependant possibles, qui sont éventuellement soumises au droit des marchés publics (cf. par exemple un système municipal de prêts de vélos).
- L'octroi d'une concession confère au mandataire une *position unique* vis-à-vis des concurrents (exclusivité, statut monopolistique).

Exemples: construction et/ou exploitation d'un parking public, élimination de certains déchets, protection de l'ordre public et de la sécurité, tâches de soins dans le domaine de la santé et social, mise en place et exploitation d'un système municipal de prêts de vélos (au moins pour autant que la collectivité ait défini une tâche publique correspondante, p. ex. la promotion de la mobilité douce et qu'il ne s'agit pas uniquement de mettre à disposition le domaine public).

Schéma de contrôle

Pour vérifier si l'on est en présence d'un cas d'application de l'art. 9 LMP/AIMP (concession ou délégation de tâches) on peut appliquer le schéma suivant:

1.) Délégation de la responsabilité pour l'exécution d'une tâche publique sur la base de la loi

Pour la délégation de tâches publiques et la concession portant sur un monopole de droit, il faut en premier lieu une *base légale* autorisant l'administration à déléguer la *responsabilité de l'exécution* d'une tâche publique concrète à des particuliers. Il doit en outre ressortir de la loi spéciale que la délégation de la tâche publique s'accompagne aussi de l'octroi des droits (exclusifs) requis pour assumer cette responsabilité. L'art. 9 LMP/AIMP ne constitue pas une

telle base légale, mais règle uniquement la manière ou la procédure selon laquelle un mandataire est sélectionné, la tâche devant être déléguée ou la concession devant être octroyée dans une procédure d'adjudication. **Important:** Les concessions octroyées, respectivement les tâches déléguées (de manière illicite) sans base légale spéciale peuvent néanmoins tomber dans le champ d'application de l'art. 9 LMP/AIMP.

2.) Exercice des droits concédés dans l'intérêt public

Les mandataires exercent une fonction étatique. Ils doivent donc avant tout œuvrer dans l'*intérêt public*. Parallèlement, ils peuvent aussi poursuivre des intérêts commerciaux; leur activité dans l'intérêt public est financée de la sorte.

3.) Rémunération ou indemnisation directe ou indirecte

La *contrepartie* peut aussi consister simplement en l'octroi du droit de jouissance (exclusif), de sorte que le mandataire n'est pas indemnisé par la collectivité, mais par des tiers, p. ex. les utilisateurs d'une installation (rémunération indirecte). Les rémunérations financières dans le sens de la législation sur les subventions peuvent également constituer une telle indemnisation.

4.) Exceptions

Les *exceptions générales au champ d'application* selon l'art. 10 LMP/AIMP (catalogue des exceptions selon l'al. 1, monopoles et adjudications à l'intérieur de la sphère étatique selon l'al. 2/al. 3, autres exceptions selon l'al. 3/al. 4) doivent être respectées dans tous les marchés publics, donc également lors de la délégation de tâches publiques ou de l'octroi de concessions.

Réserve d'une loi spéciale et de la loi sur le marché intérieur

Les lois spéciales de la Confédération et des cantons peuvent prévoir des **règles divergentes**. Ainsi la délégation de tâches publiques ou l'octroi de concessions peuvent être assurés dans une autre procédure dédiée, réglée par une loi spéciale, de sorte que l'art. 9 LMP/AIMP et le droit des marchés publics ne sont **pas applicables**.

Exemples en droit fédéral: On trouve des exemples dans le domaine de l'approvisionnement en électricité et en eau: art. 3a LAPeI, art. 60 al. 3^{bis} et art. 62 al. 2^{bis} LFH. De même, l'octroi de concessions pour le transport de

voyageurs selon la LTV n'est pas réglé par le droit des marchés publics. Au niveau fédéral, la Loi sur les subventions (LSu) est considérée comme une loi spéciale par rapport à la LMP (ce qui a des incidences sur les voies de droit et la publication).

Les cantons peuvent également prévoir des exceptions dans des lois spéciales.

Exemple: un canton peut p. ex. connaître une procédure dédiée pour l'octroi d'une concession pour l'utilisation du sous-sol (extraction des matières premières, etc.) qui évince le droit des marchés publics, mais doit être conçue comme une procédure transparente et non discriminatoire avec des critères définis dans une loi spéciale.

Lorsque la tâche doit exceptionnellement être déléguée à des bénéficiaires de droit privé sans respecter le droit des marchés publics et que plusieurs soumissionnaires sont disponibles, la procédure de sélection doit néanmoins être *transparente, objective et impartiale*. Cela ressort déjà des principes généraux de l'Etat de droit (et, en cas de transmission de l'exploitation d'un monopole, p. ex. aussi de l'art. 2 al. 7 LMI). Par ailleurs, la loi spéciale doit désormais aussi régler séparément la forme juridique de la délégation (décision ou contrat de droit public), les exigences concernant la délégation de tâches et les voies de droit.

Voies de droit

Tout comme pour les autres marchés publics, les voies de recours sont régies par les art. 51 ss LMP/AIMP. Toutefois, au niveau fédéral, la portée de l'art. 9 LMP est limitée, du fait que l'octroi de concessions est pratiquement toujours régi par des lois spéciales. En outre, s'agissant de la délégation de tâches fédérales contre rémunération, l'art. 15b LSu constitue une disposition spéciale d'une portée relativement étendue comprenant des règles spécifiques en matière de publication de la procédure de sélection et de «décision finale», y compris les voies de droit (art. 35 LSu). Au niveau des cantons et des communes, les voies de droit ordinaires sont en principe ouvertes, c'est-à-dire que la délégation de tâches, respectivement l'octroi de la concession en question est soumis au contrôle des tribunaux et, cas échéant, à la correction qui s'impose.

Conseil complémentaire concernant le droit des marchés publics: Direction de la DTAP/CMP ou Centre de compétence des marchés publics de la Confédération (CCMP)