
La commande publique portant sur des objets complexes : les solutions du droit actuel et du P-LMP, ainsi qu'un regard sur le droit de l'Union européenne

ETIENNE POLTIER

Table des matières

I.	Introduction	40
II.	Le champ d'application objectif du droit des marchés publics, aujourd'hui et demain	41
1.	Les balbutiements	41
a)	L'absence de définition dans les textes en vigueur	41
b)	Opérations simples, assujetties.....	42
c)	Opérations non assujetties	42
2.	Les formes complexes	43
a)	Stratégies d'évitement des pouvoirs publics	43
b)	Les opérations complexes, rattrapées par la jurisprudence (ATF 135 II 49).....	44
3.	Le projet de révision de la LMP présenté par le Conseil fédéral	45
a)	La codification de solutions jurisprudentielles.....	45
aa)	Définition de la notion de marchés publics	45
bb)	Les exceptions	46
cc)	Les prestations combinées (art. 8 al. 3 P-LMP).....	46
dd)	Cas particuliers	47
b)	Les restrictions nouvelles du champ d'application objectif	47
c)	Deux extensions	48
aa)	Les concessions	50
bb)	Les délégations de tâches publiques	51
aaa)	La notion. Rappel de quelques principes	51
bbb)	La délégation dans l'article 9 P-LMP	54
ccc)	Appréciation du projet sur ce point.....	57
III.	Le régime procédural applicable à la mise en concurrence de tels projets.....	58
1.	La solution actuelle.....	59
2.	Les négociations et le dialogue dans le P-LMP.....	60
3.	Le dialogue (art. 24 P-LMP) ; champ d'application.....	61
IV.	La modification des contrats	62

1.	Le droit de l'Union européenne.....	63
	a) Les modifications substantielles et non substantielles	64
	b) Les modifications (substantielles) possibles sans nouvelle mise en concurrence.....	65
	aa) Les prestations supplémentaires devenues nécessaires.....	65
	bb) Les modifications liées à des circonstances imprévisibles.....	66
	cc) Les modifications prévues par le contrat initial.....	67
	c) Le changement de concessionnaire	68
2.	Le droit suisse.....	69
	a) Le droit actuel	70
	b) Le P-LMP.....	71
	c) Appréciation.....	72
V.	Le renouvellement du contrat de durée.....	73
VI.	Observations finales.....	73
	Bibliographie sommaire	74

I. Introduction¹

La législation suisse sur les marchés publics remonte aux années 90, c'est donc une réglementation jeune. Elle a été créée de toutes pièces sous l'impulsion internationale, suite à l'adoption d'un traité sur cette matière sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce. À cette occasion, l'on a omis, dans la loi ou dans d'autres réglementations, la précaution d'arrêter une définition de la notion de « marchés publics » ; il en est résulté d'emblée des difficultés à délimiter le *champ d'application* de ce droit, sur le plan objectif notamment. Vingt ans plus tard, cette matière atteint en Suisse une certaine maturité ; c'est l'occasion pour le législateur de revisiter ces questions. Le projet de nouvelle loi fédérale sur les marchés publics, présenté récemment par le Conseil fédéral², vient ainsi à point nommé.

La présente contribution fait ainsi le point, au regard de ces propositions, sur la thématique du champ d'application objectif du droit des marchés publics ; l'approche retenue est centrée sur des projets complexes, tels les partenariats public-privé (PPP). Elle étend la réflexion, à l'image de l'article 9 P-LMP, à

¹ L'auteur tient à remercier vivement M. Nathan Broquet, assistant diplômé, pour ses travaux de relecture de la présente étude.

² FF 2017 1851 (et le message p. 1695 ss).

des configurations similaires, les concessions et les délégations de tâches publiques (*infra* II).

D'autres questions surgissent encore autour des projets complexes. On note tout d'abord que le projet précité retient une approche « unificatrice ». L'ensemble des opérations visées (qu'il s'agisse ou non de projets complexes) devraient être soumises aux mêmes *règles de procédure de mise en concurrence*. Certes, ce texte prévoit la possibilité d'engager des négociations dans le cadre du « dialogue » et cette voie serait ouverte notamment en présence de projets complexes. C'est apparemment la principale, sinon la seule cautèle prévue par le projet en présence de telles configurations particulières (voir à ce propos III).

Les projets complexes (spécialement les PPP, les concessions, voire les délégations de tâches publiques) se déploient généralement sur une longue période. Dans la pratique, cela débouche fréquemment sur *la nécessité d'adapter les contrats* qui s'y rapportent en raison de l'évolution du contexte de fait. Consciente de cette problématique, l'Union européenne a adopté des règles spécifiques pour traiter ce problème. Tel n'est en revanche pas le cas, pour l'essentiel, en droit suisse, qu'il s'agisse du droit actuel ou futur (*infra* IV).

II. Le champ d'application objectif du droit des marchés publics, aujourd'hui et demain

1. Les balbutiements

a) L'absence de définition dans les textes en vigueur

Les « marchés publics » : le sens de ces termes paraissait évident, de sorte que le législateur, en particulier le législateur fédéral, a renoncé à en donner une définition dans la loi. Le Tribunal fédéral a pourtant été confronté très tôt à cette difficulté et il l'a fait en ces termes :

« 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 < *öffen-*

tliche Beschaffungswesen › (« acquisitions publiques ») utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant. »³

Cette définition met ainsi l'accent sur le fait qu'il doit s'agir d'acquisitions (et ce par un acteur rattaché au secteur public)⁴. D'emblée, l'on peut d'ailleurs distinguer, parmi les activités étatiques, celles qui correspondent à l'exécution de tâches publiques (administration de police, administration de prestations, notamment⁵) de celles qui consistent à acquérir les biens et services nécessaires à l'exécution de ces tâches (on parle de couverture des besoins courants de l'administration ou de *Bedarfsverwaltung*) ; le domaine des marchés publics correspond ainsi dans les grandes lignes à celui de la *Bedarfsverwaltung*⁶. On verra cependant que la législation sur les marchés publics est susceptible de s'appliquer – potentiellement – au-delà de la *Bedarfsverwaltung*.

b) Opérations simples, assujetties

On distingue traditionnellement des marchés de fournitures, portant sur l'acquisition de biens mobiliers, des marchés de travaux, qui ont trait à des prestations tendant à la réalisation d'un ouvrage immobilier, et les autres marchés de services. Cette typologie est propre au domaine du droit des marchés publics ; d'ailleurs, à chaque catégorie correspondent des règles qui diffèrent quelque peu. En outre, ces différents marchés correspondent usuellement à des types de contrats déterminés (le marché de fournitures débouche sur un contrat de vente, le marché de travaux sur un contrat d'entreprise et les marchés de services sur un contrat de mandat ; toutefois, d'autres contrats sont possibles en pratique, sinon fréquents).

Sur le terrain du droit des marchés publics, il faut observer surtout que les valeurs seuil (ainsi que le mode de calcul de celles-ci) varient en fonction du type de marché en cause.

c) Opérations non assujetties

L'opération qui consiste, pour une collectivité publique, à *aliéner* un bien ou un droit ne correspond pas à la notion de marchés publics ; elle n'est donc

³ ATF 125 I 209, 212, consid. 6b.

⁴ POLTIER, p. 33 et 83 ss.

⁵ Sur la notion, voir la contribution de RÜTSCHÉ.

⁶ Il faut toutefois exclure l'engagement de personnel, qui ne relève pas du droit des marchés publics.

pas assujettie à ce droit, tout au moins lorsqu'elle est réalisée en contrepartie d'un prix.

Par ailleurs, il en va de même de l'opération consistant à *acquérir un immeuble ou un droit sur un immeuble* ; la LMP n'en dit rien, mais cette solution a été tirée des précisions apportées par la Suisse en lien avec la ratification de l'Accord sur les marchés publics de 1994 (ci-après : AMP)⁷. En substance, le droit des marchés publics repose sur l'idée que divers offreurs peuvent présenter des prestations substituables et donc entrer en concurrence les uns avec les autres. Or, l'acquisition d'un terrain ou d'un bâtiment existant ne peut généralement pas être remplacée – comme le serait une prestation substituable – par l'achat d'un autre immeuble ; il n'y a donc pas de véritable relation de concurrence entre les différents acteurs susceptibles d'offrir cette prestation, ce qui justifie de renoncer à l'application du droit des marchés publics pour de telles opérations⁸.

De même, la conclusion d'un *contrat de société* simple échappe au droit des marchés publics, en principe ; il n'en va pas différemment de l'opération consistant pour une collectivité publique à souscrire une participation dans une société commerciale aux côtés d'un acteur privé. Dans ce type d'opération, il s'agit pour les parties de poursuivre un but commun, chacun fournissant des apports, qui peuvent être de nature différente (versement en argent ; activité). L'idée est en effet que la collectivité publique, engagée dans un tel processus, n'acquiert pas des biens ou des services. Toutefois, une telle opération peut être couplée avec une acquisition, auquel cas le droit des marchés publics devrait être applicable⁹.

2. Les formes complexes

a) Stratégies d'évitement des pouvoirs publics

La réception du droit des marchés publics par les collectivités publiques suisses a été marquée, dans un premier temps, par une certaine réticence. Elles ont parfois cherché des voies pour échapper aux nouvelles règles ; l'une des méthodes a consisté à recourir à des opérations complexes, dans l'idée d'éviter ainsi, au bénéfice d'un certain flottement au plan juridique, les exigences du droit des marchés publics. Tel a été le cas avec certains partenariats public-privé (ci-après : PPP) ; on pense ici à l'octroi d'un droit distinct et permanent à un acteur privé, afin qu'il réalise, puis exploite un ouvrage important d'intérêt public, avant de le transférer à la fin de

⁷ Voir Appendice I à l'AMP pour la Suisse, annexe 4, note 3.

⁸ BEYELER, p. 513 ss, N 1005 ss.

⁹ POLTIER, p. 101 s.

l'opération à la collectivité publique. Un tel PPP implique l'aliénation d'un immeuble, ainsi qu'un contrat de société simple (ces deux éléments ne sont pas assujettis) ; l'opération suppose en outre la réalisation d'un ouvrage, transmis dans la règle à la collectivité après la période d'exploitation (il y a là acquisition d'un ouvrage et donc, à première vue, un marché de travaux). On voit d'ailleurs, à l'aide de cet exemple, que la question de l'assujettissement ou non d'une opération complexe au droit des marchés publics peut se révéler délicate.

b) Les opérations complexes, rattrapées par la jurisprudence (ATF 135 II 49)

Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une opération complexe, qui comportait à la fois l'octroi d'une concession d'affichage et la mise en place d'un système de vélos en libre-service. Le premier volet de cette opération impliquait en effet le transfert à l'opérateur privé d'une concession d'affichage sur le domaine public ; selon la jurisprudence précitée, la collectivité publique n'acquiert dans ce cas aucune prestation, mais se limite au contraire à céder un droit qu'elle détient sur les voies publiques. En tant que telle, une opération de ce type n'est pas assujettie au droit des marchés publics. Le second volet de l'acte en cause obligeait le bénéficiaire de la concession à réaliser ; ce dernier devait aussi exploiter les stations automatisées où seraient stockés les vélos, en assurer l'entretien et encaisser la contribution due par les utilisateurs de ces machines (la recette ainsi obtenue étant remise à l'autorité concédante). Les soumissionnaires devaient présenter une offre, comprenant l'ensemble de ces prestations et fixant en conséquence le montant de la contribution domaniale offerte. Le second volet, qui combinait des fournitures, des prestations de travaux et de services, était quant à lui soumis, selon l'arrêt, au droit des marchés publics. En substance, il convient d'assujettir de telles opérations complexes, dès lors qu'elles présentent un caractère synallagmatique parfait (marqué par un échange de prestations et donc de nature onéreuse). L'arrêt se prononce également au sujet des opérations combinées ; il retient que le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté de grouper des prestations, dont l'une est assujettie et l'autre non, lorsqu'elles apparaissent comme dissociables ; dans une telle configuration, il est en effet possible d'adjuger séparément les deux prestations (correspondant respectivement au premier et au second volet), en prévoyant une mise en concurrence pour celle qui est assujettie au droit des marchés publics.

3. Le projet de révision de la LMP présenté par le Conseil fédéral

Le 15 février 2017, le Conseil fédéral a adopté un projet de révision de la LMP (ci-après P-LMP), pour le soumettre au Parlement¹⁰.

Confédération et cantons ont retenu l'option de lancer, en parallèle, une procédure de révision de la loi fédérale, d'une part, de l'accord intercantonal, d'autre part (ci-après : AIMP). Le constat avait été posé que les divergences entre les règles du droit fédéral et celles du droit intercantonal étaient défavorables au bon fonctionnement du marché unique suisse. Un groupe de travail commun à la Confédération et aux cantons a donc été mis sur pied (groupe de travail AURORA) ; il avait pour mandat d'adopter des règles respectivement fédérales et intercantionales, harmonisées dans la plus large mesure possible. En l'état, les divergences entre ces deux textes paraissent secondaires. Au surplus, le P-LMP sera examiné en priorité par les Chambres fédérales ; les cantons, pour leur part, reprendront leurs travaux après l'adoption de la loi fédérale révisée.

S'agissant du champ d'application objectif du droit des marchés publics, le P-LMP est caractérisé par trois éléments :

- une codification : l'article 8 al. 1 P-LMP reprend la jurisprudence précitée de l'ATF 135 II 49 (let. a) ;
- un resserrement (let. b) ;
- deux extensions, en relation avec les concessions et les délégations de tâches publiques (let. c).

a) La codification de solutions jurisprudentielles

aa) *Définition de la notion de marchés publics*

L'article 8 al. 1, 2^e phrase P-LMP prévoit tout d'abord, sous la note marginale « Marchés publics », ce qui suit :

« [...] il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire. »

Cette définition rejoint la solution découlant de l'ATF 135 II 49. Comme dans cet arrêt, l'accent est mis sur l'échange de prestations, conférant au contrat un caractère synallagmatique et onéreux (dans l'exemple de l'arrêt, les prestations du soumissionnaire avaient trait à la mise en place d'un sys-

¹⁰ FF 2017 1851 ss ; Voir aussi le Message, FF 2017 1695 ss.

tème de vélos en libre-service, la contre-prestation de la collectivité portant sur l'octroi d'une concession d'affichage). Par ailleurs, le fait que le contrat ait une structure « triangulaire » n'est pas déterminant ; en l'occurrence, la prestation commandée par les pouvoirs publics est fournie à des tiers, les usagers des vélos. Cela n'empêche pas la qualification de marché public. La rémunération, selon le projet, peut en outre revêtir un caractère indirect ; autrement dit, l'adjudicataire peut percevoir cette rémunération par des prélèvements auprès des tiers¹¹. Il résulte enfin de la définition précitée que la contre-prestation de la collectivité peut ne pas consister dans un prix, mais dans une prestation en nature (par exemple dans la remise d'un terrain) ou dans l'octroi d'un droit d'exploiter (ainsi dans le cas d'une concession).

bb) Les exceptions

L'article 10 al. 1 let. b P-LMP transcrit désormais dans la loi le *privilège immobilier* : l'acquisition d'un immeuble ou d'un droit sur un immeuble échappe ainsi expressément au droit des marchés publics. Il en va ainsi, comme par le passé, s'agissant des contrats régis par le droit du personnel (art. 10 al. 1 let. f P-LMP).

cc) Les prestations combinées (art. 8 al. 3 P-LMP)

Là aussi, la jurisprudence dégagée sous l'empire du droit actuel se trouve codifiée. Elle l'est tout d'abord expressément s'agissant des marchés mixtes, qui se composent de plusieurs types de prestations (travaux de construction, fournitures ou services) ; dans un tel cas, la qualification du marché dépend de la prestation prépondérante (une telle qualification est nécessaire pour déterminer les valeurs seuil applicables). Cependant, la question de l'assujettissement de prestations combinées est plus délicate lorsque l'opération réunit des prestations assujetties au droit des marchés publics et d'autres qui ne le sont pas ; l'article 8 al. 3 P-LMP prévoit à ce propos que le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté de prévoir un tel regroupement de prestations s'il a pour but ou pour effet de contourner la loi. En revanche, à lire le texte du Message, un regroupement objectivement fondé de prestations (au motif que les prestations en cause sont étroitement liées) doit être admis, avec la conséquence que la question de l'assujettissement doit être tranchée sur la base du critère de la prépondérance ; celui-ci peut conduire alors à la non-application du droit des marchés publics¹².

¹¹ Message P-LMP, FF 2017 1741.

¹² Message P-LMP, FF 2017 1741 s. ; *contra*, TAF, arrêt – cité par le Message – du 25 mars 2015, B-4288/2014, consid. 2.1 et 2.2. Le TAF semble s'être rallié à la théorie

dd) *Cas particuliers*

Selon le Message, l'assujettissement des PPP doit être examiné de cas en cas, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le régler dans la loi¹³.

Il va cependant de soi qu'il s'agit, dans de telles configurations, d'appliquer les principes généraux découlant de l'article 8 P-LMP, combiné cas échéant avec l'article 10 notamment. Il est fréquent que les collectivités publiques lancent des « concours d'investisseurs » ; en substance, la procédure vise à déterminer le promoteur auquel le droit sur un immeuble (par exemple un droit de superficie) est attribué par la collectivité publique. Si le promoteur est appelé à réaliser sur le fond transféré un projet à caractère privé, l'opération échappe au droit des marchés publics ; si, au contraire, la construction prévue est largement prédéterminée par la collectivité (au point que l'on puisse parler à cet égard d'une commande publique), l'on se trouvera sans doute en présence d'un marché de travaux. Il devrait en aller de même en présence de contrats de leasing immobilier ou de concessions de travaux ou encore de PPP sur le modèle *build-operate-transfer* (BOT)¹⁴.

b) Les restrictions nouvelles du champ d'application objectif

L'on a déjà évoqué ailleurs cette thématique, mais à propos de l'avant-projet¹⁵ ; on y renvoie ici. On rappelle simplement que l'article 8 al. 1 P-LMP limite l'application de la loi à des contrats conclus « en vue de l'exécution d'une tâche publique » ; ainsi, une commune qui réaliserait un immeuble de logements, destiné à être exploité selon les règles du marché, n'aurait pas à passer par une procédure de mise en concurrence pour la réalisation d'un tel ouvrage¹⁶. Cette solution est d'ailleurs confortée par l'exception prévue à l'article 10 al. 1 let. a P-LMP (exception prévue en lien avec la vente ou la revente dans le commerce). S'agissant de cette seconde disposition, elle est conforme à une ouverture laissée par l'article II, paragraphe 2, let. a (let. ii) AMP révisé ; l'idée est que la pression concurrentielle du marché en aval garantit que l'acquisition se fera en amont dans des

de la prépondérance depuis lors : arrêt du 22 février 2016, B-6350/2015 et note BEYELER, DC 4/2016, p. 218 s.

¹³ Message P-LMP, FF 2017 1737.

¹⁴ Sur les concessions de travaux : Message P-LMP, FF 2017 1744 ; POLTIER, p. 112 ss ; sur les PPP, p. 120 s.

¹⁵ POLTIER (Nouvelle délimitation), N 8 ss, spécialement N 10.

¹⁶ Le texte de l'AMP-rév ne comporte apparemment pas de règle allant dans ce sens : selon l'art. II, par. 2 AMP, le marché en cause doit en effet être passé « pour les besoins des pouvoirs publics », sans restriction à ceux liés à l'exécution de tâches publiques.

conditions de concurrence efficaces¹⁷. Au surplus, une analyse serrée des deux règles examinées ici est nécessaire pour vérifier si elles se recoupent pleinement ou non¹⁸. On pourrait en effet imaginer l'acquisition – en amont – de prestations en lien avec la gestion du patrimoine financier d'une collectivité (entretien d'un immeuble, par exemple), sans volonté liée de commercialiser des prestations – en aval ; le non-assujettissement de cette opération résulterait de l'art. 8 al. 1 P-LMP, alors même qu'une telle exception ne découle pas de manière claire de la règle précitée de l'AMP révisé.

On notera que la problématique liée aux contrats combinés (*supra a/cc*) peut surgir en lien avec l'exception de l'article 10 al. 1 let. a P-LMP. Il est en effet aisé d'imaginer des biens ou des services susceptibles de servir à la fois à l'exécution de tâches publiques et à la fourniture de prestations destinées à être vendues ou revendues dans le commerce ou à servir à la production ou à la fourniture de prestations destinées à la vente ou à la revente dans le commerce¹⁹.

c) Deux extensions

Là encore, l'on a déjà traité ce thème ailleurs²⁰ ; on y renvoie pour l'essentiel s'agissant des concessions, alors que l'on consacrera de plus amples développements aux délégations.

Tant les concessions que les délégations apparaissent le plus souvent comme des opérations de nature complexe, qui ne sont guère comparables, à ce titre, à des marchés publics ordinaires. À titre d'exemple, on peut citer le cas de la délégation de la perception de la redevance de réception et des tâches qui en découlent à un organe indépendant (organe de perception) ; celle-ci s'appuie sur l'article 69d, al. 1, de la loi fédérale, du 26 mars 2006 (dans sa version révisée le 26 septembre 2014, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016), sur la radio et la télévision (LRTV)²¹. Les tâches de cet organe (décrites aux art. 69 à 69c LRTV ; elles comprennent la compétence de prendre diverses décisions fondées sur le droit public) ont récemment fait l'objet d'un appel d'offres, puis d'une adjudication (en faveur, non pas de l'ancien délégataire,

¹⁷ Message P-LMP, FF 2017 1748.

¹⁸ POLTIER (Nouvelle délimitation), N 20.

¹⁹ Message P-LMP, FF 2017 1748. Voir aussi TAF, arrêts du 25 mars 2015, B-4288/2014, consid. 2.1 et 2.2, et du 22 février 2016, B-6350/2015 (avec des solutions différentes).

²⁰ POLTIER (Nouvelle délimitation), N 23 ss, pour les concessions, et 33 ss, pour les délégations.

²¹ RS 784.40.

Billag, mais d'un nouvel acteur) ; le contrat sera conclu pour une durée courant de 2017 à 2025.

Ces opérations sont, à teneur de l'article 9 P-LMP et pour autant que certaines conditions soient remplies, *considérées* comme des marchés publics (« *gilt als öffentlicher Auftrag* », selon le texte allemand). Plus précisément, elles sont assimilées à des marchés publics ; mais il est entendu que le régime de l'article 9 P-LMP ne découle pas des engagements internationaux de la Suisse, de sorte que seules les règles propres aux marchés internes peuvent leur être appliquées (voir d'ailleurs Annexe 5 du P-LMP et art. 15b al. 1 P-LSu)²².

Dans la mesure où le régime de l'article 8 et celui de l'article 9 P-LMP diffèrent sur des points essentiels, il est indispensable de procéder à une distinction entre marchés publics, d'une part, concessions et délégations, d'autre part. Seuls les premiers, entre autres conséquences, peuvent être ouverts à la concurrence internationale. La lecture du Message ne fournit cependant pas de critère de distinction clair entre marchés publics et délégation ; mais la jurisprudence peut aussi constituer une source d'inspiration à cet égard²³.

²² L'art. 69d LRTV prévoit la possibilité d'une délégation de la perception de la redevance due par les ménages en relation avec la réception de la radio et de la télévision ; il précise que la législation sur les marchés publics s'applique. Concrètement, l'attribution de cette délégation a fait l'objet d'un appel d'offres et, à l'issue de cette procédure, une autre entreprise que Billag (précédent attributaire) a été désignée. Selon les communiqués officiels, cette décision de l'OFCOM n'est pas susceptible de recours. Cette solution peut s'expliquer par une assimilation de cette opération à un « marché interne », non sujet à recours à teneur de l'art. 2 al. 3, 3^e phr. LMP ; mais on aurait également pu interpréter le renvoi de l'art. 69d LRTV au droit des marchés publics, en ce sens qu'il englobe aussi les voies de recours en cas d'adjudication.

²³ Message P-LMP, FF 2017 1746 s. Selon le Message, en effet : « La question de savoir si l'on a affaire à la délégation d'une tâche publique ou à un autre marché public doit être tranchée au cas par cas » ; il poursuit par des exemples, présentés sous la forme d'un tableau, qualifiés de délégations. Voir au surplus ATF 138 I 196 (200) ; l'arrêt oppose en effet l'acquisition de prestations de traductions auprès de bureaux privés (ceux-ci agissent alors pour le compte de l'État ; en fin de compte ce dernier revoit cette traduction avant de lui donner un caractère officiel ; il s'agit d'un marché public) à la délégation de la tâche à des traducteurs-jurés, qui établissent des traductions officielles en leur nom et pour leur compte : respectivement consid. 4.4.2 et 4.4.3.

aa) Les concessions

La notion même de concession est extrêmement complexe ; les explications du Message ne permettent pas d'y voir beaucoup plus clair, sinon sur un premier aspect de nature terminologique.

Il se réfère d'abord aux concessions de travaux et de services, réglées en droit de l'Union européenne (Directive 2014/23/UE sur les concessions). Apparemment, l'assujettissement des concessions de travaux découle(ra) déjà des engagements internationaux de la Suisse dans le cadre de l'AMP révisé (autrement dit, il s'agirait de marchés publics soumis aux règles prévalant pour les marchés internationaux) ; l'article 9 P-LMP ne leur est donc pas applicable²⁴.

Cette disposition ne viserait que les concessions « relevant du droit administratif suisse », qui sont d'ailleurs multiples²⁵. Selon le Message, elles « sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'article 8 ». Cette formulation pourrait donner à penser que la concession, qui doit avoir pour objet une tâche publique, est une délégation de tâches publiques ; ce passage n'éclaircit pas la délimitation qui doit être faite entre les trois notions de « marché public », concession et délégation de tâches publiques ! Il reste que ces précisions excluent – mais cela devrait concerner au premier chef les cantons, dans le cadre de la règle correspondante du futur AIMP – les concessions domaniales (impliquant l'octroi d'un droit d'usage privatif du domaine public).

Quoi qu'il en soit, le Message évoque diverses lois spéciales, retenant un régime de concession, qui primeraient l'article 9 P-LMP ; il ne donne en revanche aucun exemple de concessions de tâches publiques fondées sur le droit fédéral qui seraient assujetties à la norme projetée. Le cas des concessions de lignes aériennes, non mentionné dans le Message, ne fournit pas une telle illustration. En effet, depuis la libéralisation du marché aérien, le bénéficiaire d'une telle concession ne jouit plus d'un droit exclusif et une nouvelle concession peut être accordée à un tiers sur la même ligne²⁶ ; l'exploitation d'une ligne aérienne ne constitue sans doute pas non plus une tâche publique. Deux éléments font ainsi défaut pour qu'une telle opération soit susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 9 P-LMP.

²⁴ Message, FF 2017 1744, avec réf. à l'AMP-rév., Appendice I, annexe 6, *in initio*. Le Message, *ibid.*, n'est au surplus pas explicite sur le régime applicable aux concessions de service.

²⁵ Sur ce point et ceux qui suivent, Message, FF 2017 1744 s.

²⁶ Pour un exemple : TF, ZBl 2016, 616.

Cette disposition, en tant qu'elle concerne des concessions, pourrait en définitive n'avoir qu'une portée pratique extrêmement restreinte.

bb) Les délégations de tâches publiques

On relève d'emblée que la notion de délégation de tâche publique est difficile à cerner ; à cet égard, ni le projet, ni le Message n'en donnent une définition précise²⁷. Il convient donc, avant même d'examiner la portée de l'article 9 P-LMP à ce sujet (bbb), de délimiter les contours de cette notion (aaa). Elle suppose que l'on soit en présence d'une tâche publique. Là aussi, il s'agit d'un concept qu'il n'est pas aisé de définir ; on ne s'étendra pas sur ce thème, tout en rappelant qu'il s'agit d'une activité qui présente un intérêt public qualifié, justifiant que l'État assume la responsabilité de son exécution²⁸. On mettra l'accent sur le transfert de telles tâches, plus précisément au secteur privé.

aaa) La notion. Rappel de quelques principes²⁹

On se souvient tout d'abord que l'exécution par l'État des tâches qui lui sont dévolues doit être distinguée de l'acquisition de biens et services nécessaires à l'exercice de ces tâches ; ce second type d'activités, à caractère accessoire (*Hilfstätigkeit, Bedarfsverwaltung*) contribue certes à la réalisation de la tâche publique, mais de manière *indirecte*. Dans le contexte de la délégation, l'État confie à un acteur privé l'exécution même (*directe*) de la tâche publique ; autrement dit, il ne se contente pas d'acquiescer auprès de celui-ci une prestation accessoire. L'accomplissement d'une tâche publique incombe d'ailleurs, en principe, à l'État, la voie de la délégation apparaissant comme une solution, sinon exorbitante, du moins particulière. Même lorsque la tâche est confiée à un tiers, notamment un acteur privé, l'État continue d'assumer la responsabilité du bon accomplissement de celle-ci. Pour mettre en évidence le fossé entre marché public et délégation à l'aide d'un exemple concret : l'État peut fort bien acquiescer auprès du secteur privé des avions qui vont équiper son armée (prestation accessoire relevant de la *Bedarfsverwaltung*) ; il n'est en revanche guère possible d'envisager que l'État confie à un acteur privé la conduite de son armée, voire même de certaines opérations militaires (ce qui constituerait une délégation de tâches publiques, à un corps de mercenaires par exemple). Dans un marché public, la prestation cara-

²⁷ Message, FF 2017 1745 ss et le tableau inséré p. 1747.

²⁸ Message, FF 2017 1745, avec des exemples classiques (administration de police et administration de prestations). Voir sur cette notion, RÜTSCHÉ, FAVRE, p. 155 ss et POLTIER (Délégation), p. 194 ss.

²⁹ Voir sur l'ensemble de ces questions, FAVRE/MARTENET/POLTIER.

caractéristique est celle du fournisseur privé ; dans le cadre d'une délégation, il s'agit au contraire de celle de l'État, qui se dessaisit d'une prérogative publique³⁰.

Il reste que la distinction entre ces deux types de procédés s'estompe selon l'ampleur ou l'objet précis de la délégation³¹. L'exécution d'une tâche publique peut en effet être transférée en son entier à un délégataire privé ; ainsi, l'exécution de l'assurance-maladie sociale est-elle transférée globalement aux caisses maladie, qui exercent dans ce cadre des prérogatives de puissance publique en leur nom et pour leur compte. Au contraire, la délégation peut ne comporter qu'une participation secondaire à l'exécution de la tâche. On vise ici le cas des auxiliaires : ainsi, l'expert dans les procédures administratives et judiciaires ; les auditeurs privés sur lesquels s'appuie la FIN-MA dans le contexte de ses tâches de surveillance³². L'on passe ainsi insensiblement d'une activité relevant de la *Bedarfsverwaltung*, soumise sans réserve au droit des marchés publics, à la désignation d'auxiliaires³³, qui apparaît comme une formule intermédiaire, puis enfin à l'hypothèse de la délégation proprement dite de tâches publiques.

L'objet de la délégation, qui doit être spécifié, apparaît central. On peut d'ailleurs distinguer à cet égard plusieurs catégories, en fonction de la nature de l'activité confiée. La délégation peut porter sur le pouvoir d'adopter des *normes* – mais cette hypothèse ne paraît pas visée par le projet (elle n'implique généralement pas le versement d'indemnités). Elle peut comporter également la compétence de prononcer des *décisions* (ainsi, dans l'exemple de l'assurance-maladie) ; en cela, la délégation se distingue assez clairement de l'acquisition de biens ou de services. La délégation peut enfin concerner des activités mises en œuvre par le biais d'*actes matériels* ; tel est le cas, dans le système de santé, des hôpitaux admis à pratiquer à charge de

³⁰ Pour une bonne illustration de cette distinction : ATF 138 I 196 (200), respectivement aux consid. 4.4.2 et 4.4.3.

³¹ Il va d'ailleurs de soi que la délégation doit porter sur un objet spécifique (on parle de principe de spécialité), l'État ne pouvant pas se dépouiller de pans globaux de ses compétences.

³² Sur le cas de auxiliaires, voir FAVRE, p. 145 ss, spéc. p. 175 ss ; POLTIER (Nouvelle délimitation), N 38 ss. Sur le cas particulier du droit bancaire, VOISARD.

³³ L'administration, dans le cadre d'une étude, peut solliciter les services d'un mandataire technique ; un appel d'offres, débouchant sur un marché public classique, est nécessaire. Elle peut au contraire, dans le cadre d'une procédure administrative (la même solution vaut pour une procédure judiciaire) désigner un expert ; il s'agit alors d'un auxiliaire – qui n'est pas (encore que la question puisse se poser) choisi à l'issue d'une procédure de marché public.

l'assurance-maladie et considérés comme des délégataires³⁴. À titre de comparaison, par exemple dans le contexte de la réalisation d'une route, la collectivité acquiert des prestations de services — par la voie d'un marché public — auprès des entreprises mandatées et celles-ci accomplissent des actes matériels. Le délégataire, comme l'adjudicataire d'un marché public peuvent ainsi se voir confier l'exécution d'actes matériels ; c'est sans doute principalement dans cette configuration que surgit la difficulté d'une qualification de l'opération comme « délégation » ou « marché public ». Il reste que l'on se trouvera en présence d'une délégation lorsque le bénéficiaire de celle-ci se voit doté en outre de prérogatives de puissance publique et notamment de pouvoirs de contrainte³⁵.

Contrairement à l'acquisition de biens ou de services, la délégation de tâches publiques, vu son importance, n'est possible que si elle s'appuie sur une *base légale*³⁶. En d'autres termes, la délégation suppose toujours l'existence d'une disposition figurant dans une loi spéciale (cela donne d'emblée une portée particulière à la réserve figurant à l'art. 9, 2^e phrase P-LMP). De surcroît, la délégation n'est possible que moyennant l'instauration d'une surveillance ; en effet, l'exécution d'une tâche publique est en jeu et la collectivité publique délégatrice ne saurait dès lors s'en désintéresser. À première vue, le pouvoir de *contrôle* exercé sur le délégataire (et fondé sur le droit public), malgré une marge d'autonomie qui lui est généralement consentie,

³⁴ Voir à ce propos MANON JOSEPH, p. 241 ss. Dans ce contexte, il y a transfert global d'une tâche, dans les limites de la planification hospitalière ; il ne paraît pas approprié de parler à ce propos d'une simple acquisition de services auprès de l'acteur privé délégataire.

³⁵ Le Message, FF 2017 1747, mentionne dans un tableau la délégation à des tiers de l'exécution de l'entretien courant des routes nationales. Cette activité d'entretien relève bien d'une tâche publique ; pour la réalisation de cette tâche, la Confédération peut cependant fort bien acquérir les services nécessaires auprès du secteur privé, ce qui ne constitue pas (déjà) une délégation. Par contre, on pourrait retenir une telle délégation si la Confédération chargeait un acteur privé d'assurer l'entretien de tel ou tel tronçon, de manière globale pour une période donnée et sous sa responsabilité ; celle-ci implique donc — à la différence d'une prestation de services — un transfert de responsabilités. Voir à cet égard art. 49a al. 2 de la loi fédérale sur les routes nationales (LRN ; RS 725.11). A vrai dire, on pourrait aussi considérer, dans ce dernier exemple, que l'on se trouve en présence d'un marché public ordinaire, certes d'une ampleur particulière ; on ne voit notamment pas que ce type de contrat exigerait l'attribution de prérogatives de puissance publique au prestataire privé, de sorte que la qualification de délégation apparaît déplacée (ou dépourvue de portée ; sauf à faire échapper ce type de configuration au champ d'application des règles internationales du droit des marchés publics).

³⁶ Dans ce sens art. 178 al. 3 Cst., pour ce qui concerne le droit fédéral.

va plus loin que le droit de la collectivité de vérifier (par des moyens relevant du droit privé) la bonne facture de l'exécution d'un contrat conclu à l'issue d'une procédure de marchés publics³⁷.

Le délégataire d'une tâche publique noue, par ailleurs et en règle générale, *des relations fondées sur le droit public avec les tiers*. Cela va de soi s'il est doté, par exemple, d'un pouvoir de décision ; ainsi lorsqu'il est habilité à prélever des émoluments auprès des tiers. Il en va de même lorsque le délégataire est doté d'autres prérogatives de puissance publique ; mais cette solution doit être retenue même en l'absence de telles attributions. Tel n'est en revanche pas le cas, d'ordinaire, pour l'adjudicataire d'un marché public ; les relations de ce dernier avec les tiers reposent en principe sur le droit privé (par exemple, avec des sous-traitants).

Un point essentiel doit encore être abordé dans la perspective du projet de révision : il a trait à la procédure de désignation du délégataire. L'application de cette disposition ne concerne que les cas où doit être mise en place une procédure de sélection ; c'est le mécanisme prévu à cet égard par le projet qu'il convient d'examiner maintenant.

bbb) La délégation dans l'article 9 P-LMP

Le postulat de base retenu dans le Message retient qu'il faut veiller à ce que l'exécution de la prestation ou de la tâche soit efficace ; par voie de conséquence, il convient de mettre sur pied une procédure permettant à tout soumissionnaire qualifié de présenter ses offres de services ; celle-ci devrait être gouvernée par les principes de non-discrimination et de transparence et déboucher sur une adjudication à l'offre la plus favorable³⁸. En somme, le projet repose sur la présomption que des procédures analogues à celles mises en place en droit des marchés publics sont propres à identifier le délégataire privé le mieux à même d'exécuter la tâche publique ; le projet admet toutefois que ce type de procédure n'est sans doute pas toujours adapté, d'où la réserve de l'art. 9, 2^e phrase P-LMP en faveur des lois spéciales³⁹.

Cette disposition prévoit diverses conditions pour qu'une délégation de tâches publiques (au sens défini plus haut) entre dans son *champ d'application*. Il faut que celle-ci implique à la fois l'octroi d'un droit exclusif et le versement d'une rémunération ou d'une indemnité (directe ou indirecte) ; dans une telle configuration, la délégation est « considérée » comme

³⁷ Sur la surveillance du délégataire, FAVRE, *op. cit.*, p. 182 ss.

³⁸ Message, FF 2017 1745 et 1835.

³⁹ Message, FF 2017 1746. On ne reprendra pas ici les critiques formulées ailleurs sur le principe retenu par ce projet : voir à ce propos POLTIER (Nouvelle délimitation), N 41 ss.

un marché public (et soumise ainsi au régime applicable aux marchés internes).

Dans certaines configurations, la collectivité publique n'a pas de sélection à faire, dans la mesure où le droit positif prévoit que toute entité, remplissant un certain nombre de conditions, a la faculté de demander à être autorisée à déployer la tâche publique en cause, ainsi dans le domaine de l'assurance-maladie. Dans une telle configuration, la délégation ne débouche pas sur l'*octroi de droits exclusifs ou spéciaux* au sens de l'art. 9 P-LMP ; cette disposition n'est alors pas applicable.

Le second élément a trait au financement de l'exécution de la tâche publique déléguée. A cet effet, il est usuel que la collectivité publique verse une rémunération ou une *indemnité* au délégataire ; lorsque celui-ci entre en relation avec des tiers, il est fréquemment habilité à prélever des émoluments (sur la base de décisions administratives) à leur charge, en contrepartie des prestations qu'il leur fournit. Ces deux types de ressources peuvent assurer un financement complet des activités déléguées à l'entité privée ; dans ce cas, la délégation apparaît comme une opération à caractère onéreux, voire synallagmatique, analogue à celles que vise l'article 8, al. 1 P-LMP. Au contraire, le financement assuré de cette manière peut ne pas être complet, par exemple lorsque la tâche est confiée à des œuvres de bienfaisance, qui assument elles-mêmes une part des coûts ; dans une telle configuration, on sort du cadre tracé par l'article 9 (et 8) P-LMP pour entrer plutôt dans un régime, à caractère non commercial, qui est celui des aides financières régies par l'article 3, al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu ; RS 616.1). L'article 9 P-LMP vise en définitive uniquement des opérations impliquant le versement d'indemnités, directes ou indirectes, en faveur du délégataire ; le terme d'indemnité doit être compris ici au sens que lui donne l'art. 3 al. 1 LSu. Dans de tels cas, la délégation fait l'objet d'une rémunération, d'un financement complet, qui lui donne un caractère synallagmatique⁴⁰.

L'article 9 P-LMP, 2^e phrase réserve les dispositions des *lois spéciales*. La question qui se pose à cet égard est de délimiter le champ d'application futur de cette disposition et celui des lois spéciales ; pour que la loi spéciale prime le régime (général) du P-LMP, il est nécessaire que la première règle la procédure de désignation du délégataire en écartant le mécanisme de l'appel d'offres, voire en le soumettant à des dispositions spécifiques⁴¹. Il est sans doute rare – et le Message le relève d'ailleurs en notant que ces règles, sou-

⁴⁰ Sur les notions d'aide financière et d'indemnité, voir POLTIER (Subventions), p. 343 ss, spéc. p. 385 ss et 397 ss.

⁴¹ Dans ce sens, Message, FF 2017 1746 s.

vent anciennes, ne sont plus adaptées – que la loi spéciale règle expressément cette question ; elle se résoudra donc, non sans difficulté, par la voie de l’interprétation des normes spéciales.

Une chose paraît sûre à propos de ces dispositions spéciales : le fait que cette question soit réglée expressément dans une ordonnance n’est pas suffisant, puisqu’il s’agit de déroger ainsi à la LMP⁴². On relève par exemple que la délégation du contrôle de l’exécution des prescriptions concernant les installations à courant fort est déléguée à une Inspection, assumée actuellement par l’Association suisse des électriciens ; il est douteux que l’on puisse déduire de l’article 21 ch. 2 de la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (LIE ; RS 734.0) que cette délégation pourra être adoptée, dans le contexte de l’article 9 P-LMP, sans une procédure de marchés publics. On pourrait en dire autant des nombreuses délégations existantes, fondées sur l’article 180 de la loi fédérale sur l’agriculture ou encore celles qui reposent sur la loi fédérale sur la formation professionnelle.

Avec l’article 9 P-LMP, les auteurs du projet opèrent enfin un rapprochement poussé entre les marchés publics et les délégations ; la similitude pourrait être complète, si la délégation devait revêtir une *forme* contractuelle⁴³. Ce serait d’ailleurs souhaitable, selon le Message, mais ce dernier paraît admettre que la règle précitée s’applique aussi lorsque l’octroi de la délégation intervient par voie de décision⁴⁴. On rencontre toutefois aussi, en droit positif, des cas de désignation du délégataire par le biais de normes, figurant dans une loi formelle ou au contraire dans une ordonnance⁴⁵. Dans le premier cas, l’on se trouve en présence d’une loi spéciale, qui prime sur l’article 9 P-LMP ; dans le second, il s’agira de règles non conformes à ce texte. À cet égard, on peut d’ailleurs se demander quelle sera la situation qui prévaudra sur le plan du droit transitoire ; les délégations existantes, fondées sur de telles dispositions réglementaires, seront-elles maintenues, cas échéant par le biais de clauses de prorogation tacite ou feront-elles à brève échéance l’objet d’appels d’offres ?

Lorsque l’opération en cause relève du champ d’application de l’article 9 P-LMP, la désignation du délégataire intervient à l’issue d’une procédure

⁴² Même si l’exemple que donne le Message, FF 2017 1746 n 74, est tiré d’une ordonnance.

⁴³ BESSE, p. 67 ss, spéc. p. 71 ss et 84 ss ; l’auteur montre que la délégation repose parfois sur d’autres instruments, par exemple sur une décision ou une norme.

⁴⁴ Message, FF 2017 1747, qui suggère la conclusion de conventions de prestations, et 1835.

⁴⁵ BESSE, p. 71 ss.

d'appel d'offres, conforme aux dispositions du P-LMP relatives aux marchés internes ; c'est ce qui résulte de la lecture croisée de la disposition précitée, de l'Annexe 5 P-LMP et de l'article 15b, al. 1 P-LSu. Toutes les questions ne sont pas résolues pour autant par ce simple renvoi ; tel est, par exemple, le cas des valeurs seuils : comment faut-il appliquer le tableau des valeurs seuils, prévues pour les marchés internes, de l'Annexe 4 ch. 2 P-LMP aux délégations (ainsi qu'aux concessions d'ailleurs) ? Ces valeurs ne sont-elles pas trop basses ? Pour le surplus, une fois la décision de sélection entrée en force, les délégations de tâches fédérales relèveront de la L-Su – qui constitue une loi générale⁴⁶ – ou des lois spéciales régissant la délégation en cause⁴⁷.

ccc) Appréciation du projet sur ce point

Le projet retient en définitive une articulation compliquée entre les dispositions du droit des marchés publics et celui des subventions.

On peut regretter en outre le flou qui règne autour de la notion de délégation de tâches publiques au sens du Message ; il est ainsi douteux que les textes adoptés soient à la hauteur de l'ambition affichée, qui est d'améliorer la sécurité juridique à cet égard. Il est vrai que l'article 9 P-LMP suppose réunies différentes conditions cumulatives (une délégation de tâches publiques ; l'octroi de droits exclusifs ; le versement d'une indemnité, directe ou indirecte, impliquant une rémunération pleine et entière) ; au surplus, la forme d'un contrat ne paraît pas nécessaire.

L'article 9 P-LMP, 2^e phrase, réserve, on l'a dit, les dispositions des lois spéciales ; on laissera de côté ici les règles de la LSu, qui revêt, on l'a dit, la nature d'une loi générale. Cela étant, une loi fédérale formelle peut bien évidemment déroger au texte de la future LMP ; cependant, la norme en cause doit régler, d'une manière ou d'une autre, la procédure de sélection du délégataire. À défaut, l'on doit sans doute en conclure que la règle générale de l'article 9 P-LMP (conjointement avec l'art. 15b P-LSu) garde vocation à s'appliquer. Bien que le périmètre des situations qu'entend saisir cette norme soit encore imprécis, les cas devraient être nombreux ; un régime juridique plus robuste serait donc souhaitable.

⁴⁶ Contrairement à ce que laisse entendre le Message, FF 2017 1746 et 1835. Voir à ce propos POLTIER (Subventions), p. 372 ss.

⁴⁷ Art. 15b al. 1, 2 et 3 P-LSu. Tel est notamment le cas pour les voies de droit ; à cet égard, l'alinéa 2 renvoie notamment à l'art. 35 LSu ; mais l'Annexe 5 P-LMP renvoie quant à lui à l'art. 55 P-LMP, qui traite lui aussi des voies de recours . Le régime proposé sur ce point ne paraît ainsi pas clair.

Quoi qu'il en soit, il faut souligner ici que les délégations de tâches publiques – au-delà de celles qui portent sur des prestations auxiliaires – constituent des opérations complexes ; en effet, elles couvrent généralement des tâches importantes, confiées souvent pour une longue période. Il n'est guère possible à la collectivité d'attribuer une telle délégation sur la base de procédures identiques en tous points à celles qui prévalent, par exemple, pour la construction d'un ouvrage (à ce propos, *infra* III). Elle doit aussi se réserver des moyens d'intervention pour le cas où le délégataire faillit à sa mission (*infra* IV).

III. Le régime procédural applicable à la mise en concurrence de tels projets

À titre liminaire, on rappelle la rigidité de principe du droit des marchés publics. En substance, dès l'instant qu'un projet entre dans le champ d'application objectif de ce droit, le pouvoir adjudicateur est lié par un principe d'interdiction de contracter, qui prévaut aussi longtemps que la procédure n'est pas venue à chef (tel n'est le cas que lors de l'entrée en force de la décision d'adjudication, dont l'effet est celui d'une autorisation de contracter)⁴⁸.

Une première voie consiste pour l'adjudicateur à décrire, une fois qu'il a défini ses besoins, la prestation attendue de manière relativement précise ; les fournisseurs doivent alors s'en tenir à ce cadre et présenter des offres qui leur sont conformes. Cette formule n'apparaît toutefois pas idéale en présence de projets complexes, pour lesquels il peut s'avérer difficile pour le pouvoir adjudicateur de circonscrire ses besoins, puis, à plus forte raison, de décrire dans le détail les prestations censées y répondre. Divers modèles ont été retenus pour répondre à ce type de préoccupations ; on peut mentionner ici la voie du concours (notamment du concours d'idées), celles de l'appel d'offres fonctionnel et du dialogue⁴⁹. À noter que le choix de ces instruments de flexibilité est entre les mains du pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, le droit positif arrête le principe de l'intangibilité des offres, qui s'imposent aux soumissionnaires ; celui-ci va de pair avec *l'interdiction des négociations* sur le contenu des offres rentrées. À vrai dire, on note ici des divergences entre le droit intercantonal et le droit fédéral ; alors que le pre-

⁴⁸ Voir entre autres, POLTIER, p. 289.

⁴⁹ Voir à ce propos POLTIER, p. 214 ss et les références.

mier pose une interdiction rigide, le second ouvre la voie à des négociations, pour autant que cela ait été annoncé dans l'appel d'offres⁵⁰.

La rigueur que l'on vient de mettre en évidence, se prolonge en outre *après l'adjudication* et la conclusion du contrat. En effet, l'autorisation de contracter qui découle de l'adjudication ne laisse guère de marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur : celui-ci ne peut conclure le contrat qu'avec l'adjudicataire retenu, et cela aux conditions de l'offre de ce dernier. Autrement dit, une modification de ce contrat, tout au moins lorsqu'elle est substantielle, n'est pas couverte par l'adjudication ; elle n'est donc possible, en principe, que grâce à une nouvelle procédure de mise en concurrence (cet aspect sera abordé *infra* sous IV).

Avant de poursuivre, il convient de signaler à cet égard la position de la doctrine économique. Elle souligne que les contrats complexes sont généralement conclus pour une durée relativement longue. Pour le surplus, ils présentent (généralement) la double caractéristique d'impliquer des investissements importants à caractère spécifique (et donc non réutilisables à d'autres fins) et une marge d'incertitude étendue, liée à l'évolution du contexte pendant la durée de validité du contrat. Ces auteurs paraissent suggérer que les procédures de mise en concurrence classiques ne sont pas toujours pleinement adéquates pour ce type d'objets et qu'il serait dès lors judicieux d'y insérer une part de négociation : l'idée est ici que le pouvoir adjudicateur est mieux à même de préciser ses besoins de cette manière ; pour sa part, le fournisseur peut moins aisément, par opportunisme, mettre à profit l'incertitude du contrat⁵¹. Ces auteurs relèvent également que les contrats de ce type, une fois signés, font l'objet fréquemment de renégociations, souvent à l'initiative du bénéficiaire.

1. La solution actuelle

On a déjà relevé la situation qui prévaut en droit cantonal : le principe est celui de l'interdiction des rondes (ou rounds) de négociation et il ne connaît guère d'exceptions. On peut tout au plus mentionner les possibilités existant dans la phase d'épuration des offres (par exemple celle d'obtenir des explications des fournisseurs au sujet de leurs offres, voire celle d'une rectification d'erreurs de calcul). Mais ces cautèles sont modestes.

⁵⁰ Art. 11 let. c AIMP et 30 directives AIMP; par comparaison, art. 20 LMP et 26 OMP, complétés par l'art. 26a OMP, relatif au dialogue. Voir à ce propos POLTIER, p. 222 ss.

⁵¹ Voir à cet égard YVRANDE-BILLON, p. 97 ss, spéc. p. 102 et 111 ss. Voir aussi ATHIAS/CHEVER, spécialement p. 22 ss.

Le droit fédéral est plus souple à cet égard ; en réglant cette question, il a utilisé la marge de manœuvre que lui laisse sur ce point l'article XXIV AMP. Il autorise en effet des négociations, lorsque l'appel d'offres le prévoit (art. 20 al. 1 let. a LMP ; voir aussi let. b) ; cette règle est mise en œuvre à l'article 26 OMP. Cette dernière disposition a été complétée lors d'une révision de l'ordonnance du 18 novembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, par l'article 26a OMP, relatif au dialogue. En substance, il ne s'agit pas là d'une voie procédurale nouvelle, mais de modalités susceptibles d'être appliquées pour « des prestations complexes » ou pour « des prestations intellectuelles » dans le cadre de procédures ouvertes ou sélectives ; encore faut-il que cette possibilité ait été annoncée dans l'appel d'offres⁵². Le dialogue doit permettre de développer les propositions de solutions ou de procédés présentées dans la première phase de la procédure ; l'idée est ici de permettre au fournisseur, dans le cadre d'une discussion avec le pouvoir adjudicateur, d'affiner ses solutions, afin de répondre au mieux aux besoins de ce dernier. Au terme du dialogue, les entreprises retenues sont invitées à présenter une offre définitive pour la solution ou le procédé qui doivent être développés⁵³.

Les expériences réalisées paraissent positives ; on note cependant des critiques à l'endroit du droit fédéral, dans la mesure où il autorise aujourd'hui des négociations pouvant porter exclusivement sur les prix⁵⁴. Pour leur part, les cantons sont extrêmement hostiles à l'idée de rondes de négociations portant sur les prix.

2. Les négociations et le dialogue dans le P-LMP

On note au préalable que l'article 39 P-LMP a élargi les possibilités ouvertes dans la phase d'épuration des offres ; il permet désormais la rectification des offres, impliquant des modifications des prestations, si elles « sont objectivement et matériellement nécessaires » (al. 2 let. b). Ce procédé ne saurait toutefois déboucher sur une modification de la prestation caractéristique ou du cercle des soumissionnaires ; selon le Message, il devrait s'avérer utile notamment en présence de projets complexes, voire d'appels d'offres fonctionnels, générant ainsi un certain assouplissement de la procédure⁵⁵.

⁵² À cet égard, cette possibilité se différencie du « dialogue compétitif », qui est une procédure spécifique instaurée en droit de l'Union européenne.

⁵³ Voir FETZ, p. 122 ss, LEUTHOLD, p. 283 ss.

⁵⁴ Voir à cet égard SCHERLER et al., p. 239, 244 et 245 s.

⁵⁵ Message, FF 2017 1799 s. Le procédé s'apparente d'ailleurs à une forme de négociation.

S'agissant des négociations, l'article XII AMPrév a assoupli le cadre fixé à la licéité d'un tel procédé par le droit international. Cette possibilité est ouverte, principalement, dans l'hypothèse où la négociation est annoncée dans l'appel d'offres. Au surplus, les fournisseurs éliminés du processus de négociation doivent l'être sur la base des critères préalablement annoncés ; en outre, les participants à la dernière phase de négociation doivent être invités à présenter une offre définitive à la même échéance.

Quant au projet, l'article 11 let. d P-LMP confirme l'interdiction des négociations portant (exclusivement) sur le prix ; compte tenu de la position des cantons, extrêmement sensibles sur la question, il s'agissait là d'un pas dans leur direction indispensable à la réussite du processus en cours d'harmonisation du droit fédéral et du droit intercantonal (voir aussi art. 24 al. 2 et 39 al. 3 P-LMP). Il paraît au surplus assez ouvert à la voie des négociations ; dans cette perspective, le projet reprend en effet, à son article 24, le mécanisme du dialogue, consacré précédemment à l'article 26a OMP⁵⁶.

3. Le dialogue (art. 24 P-LMP) ; champ d'application

Comme précédemment, le dialogue s'inscrit dans une procédure ouverte ou sélective et ne constitue pas une procédure particulière. Il est prévu dans le cas de marchés complexes ou relatifs à des prestations innovantes.

On relève d'emblée ici que la notion de « marché complexe » ne recouvre pas nécessairement les contrats combinés évoqués plus haut ; il reste que ces deux notions se recoupent en partie. De plus, sur ce premier aspect, le projet reprend la solution qui prévalait auparavant dans le cadre de l'article 26a OMP. On peut donc s'inspirer de la pratique dégagée de cette disposition⁵⁷. À cet égard, plusieurs hypothèses entrent en considération : l'absence de solution technique répondant aux besoins de l'adjudicateur ; la présence au contraire de diverses solutions techniques à ce besoin ; l'absence d'une connaissance suffisante du marché par le pouvoir adjudicateur ; enfin la complexité juridique et financière du projet – la formule du PPP étant par exemple envisagée). Dans toutes ces configurations, on se trouve en présence d'un projet complexe susceptible de justifier le recours à la voie du dialogue.

Le second cas d'application de ce procédé concerne les marchés relatifs à des prestations innovantes (cette configuration recoupe celle, déjà décrite au

⁵⁶ Il semble que l'art. 24 P-LMP soit désormais le seul creuset possible à des procédures de négociation, contrairement à ce qui prévalait auparavant dans le cadre des art. 26 et 26a OMP.

⁵⁷ Voir à ce propos LEUTHOLD, p. 288 ss.

titre de la complexité du marché, où il n'y a pas de solution technique connue aux besoins de l'adjudicateur).

Quoi qu'il en soit, il apparaît assez clairement que les marchés pour lesquels le pouvoir adjudicateur entend retenir la voie du PPP (ou celle d'une concession de travaux, qui n'est qu'une forme de PPP) devraient permettre le recours au procédé du dialogue et aux négociations qui l'accompagnent. La question peut se poser par ailleurs s'agissant, non pas de marchés publics à proprement parler, mais de concessions ou de délégations de tâches publiques au sens de l'article 9 P-LMP. Une telle qualification paraît pouvoir être retenue pour les concessions, dans la mesure où celles-ci impliquent un complexe de prestations, échelonnées sur une longue durée (au même titre que les PPP d'ailleurs) ; et certaines délégations de tâches publiques devraient présenter elles aussi les mêmes caractéristiques. Autrement dit, en présence de « marchés » de ce type, la procédure préalable à la désignation de l'adjudicataire pourrait présenter des éléments de négociation, dans le cadre d'un dialogue notamment, comme le préconisent les économistes précités. On relèvera en fin de compte que la voie du dialogue est la seule solution dérogatoire que le P-LMP paraît autoriser, par rapport aux procédures ordinaires de marchés publics, pour le cas, très particulier, des concessions et délégations de tâches publiques. On peut se demander à cet égard si cet alignement du régime des concessions et délégations sur celui des marchés publics est trop poussé ou s'il est en définitive acceptable.

IV. La modification des contrats

Les projets complexes évoqués dans cette contribution sont fréquemment des contrats de durée : ainsi les PPP ou les concessions. Dans ce contexte, il est impossible que les clauses contractuelles règlent toutes les éventualités ; la question de la modification de ces contrats se pose donc avec acuité, ce d'autant que la décision d'adjudication permet à l'autorité de conclure le contrat qui correspond à l'offre économiquement la plus favorable – mais non un autre contrat (ou avec un autre fournisseur qu'avec l'adjudicataire), ni un contrat modifié. On l'a dit, le droit des marchés publics revêt une certaine rigidité⁵⁸, qui implique une tension avec la nécessité d'adapter le contenu du contrat à de nouvelles circonstances, fréquentes compte tenu de la durée de la relation contractuelle.

Le droit suisse ne traite pas cette question de front (il n'en va pas différemment du P-LMP ; *infra* 2). Il est ainsi intéressant d'examiner la réponse que le droit de l'UE donne à ce problème (1).

⁵⁸ Voir entre autres, POLTIER, p. 289. Voir aussi GALLI et al., N 1090 s.

On note encore que les économistes ont bien identifié cette difficulté ; il résulte en effet de diverses enquêtes que les contrats de ce type sont fréquemment renégociés après coup, puis modifiés en faveur des bénéficiaires⁵⁹. L'encadrement réglementaire retenu par le droit de l'UE semble donc répondre à une nécessité.

1. Le droit de l'Union européenne

À titre liminaire, on observe que, lors de l'adoption la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession⁶⁰, il est apparu nécessaire, de régler la durée des concessions ; l'objectif était de combattre une fermeture du marché et d'éviter que les concessions ne soient conclues pour une durée indéterminée. Il reste que le concessionnaire doit pouvoir bénéficier d'une situation juridique stable afin d'être en mesure de rentabiliser les investissements qu'il a consentis dans le cadre du contrat (consid. 52 de la Directive 2014/23/UE). Ces préoccupations sont à l'origine du texte de l'article 18 de la directive ; il prévoit ainsi que l'acte de concession fixe sa durée (§ 1) ; lorsqu'elle dépasse 5 ans, elle est arrêtée en fonction de l'importance des investissements (opérés initialement ou dans le courant de l'exploitation) à amortir (§ 2).

Compte tenu de cette dimension de durée, il est assez naturel que le droit de l'Union européenne se préoccupe de la phase d'exécution du contrat ; on trouve donc des dispositions sur ce thème aux articles 42 ss de la directive « concessions ». Il en va de même dans les directives marchés (toutes deux du Parlement européen et du Conseil, du 26.02.2014, respectivement art. 70 ss Directive 2014/24/UE, sur la passation des marchés publics – ci-après Dir. Générale – et 87 ss Directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux – ci-après Dir. secteurs) ; ces dernières règles sont susceptibles de s'appliquer aux PPP qui ne peuvent pas être qualifiés de concessions au sens de la directive concession. Quoiqu'il en soit, l'ensemble de ces règles présente une grande similitude (voir spécialement, à propos de la modification des contrats, art. 43 directive concessions, 72 de la directive générale et 89 de la directive « secteurs » ; la structure de cette norme est d'ailleurs pour le moins complexe⁶¹) ; on suivra ci-après comme fil rouge les dispositions de la directive concessions, ce d'autant que la problématique de la modification se pose spécifiquement en cette matière.

⁵⁹ ATHIAS/CHEVER, p. 12 s.

⁶⁰ JOUE 2014 L 94.

⁶¹ La présentation qui suit s'inspire très largement de l'étude de NOGUELLOU. RICHER, p. 192 s.

L'article 43 de cette directive ouvre d'assez nombreuses possibilités aux fins de modifier ces contrats de durée. Lors de l'adoption des nouvelles dispositions, le législateur de l'Union, suivant d'ailleurs quelques jalons posés par la jurisprudence de la Cour⁶², a cherché à prendre en considération deux objectifs antagonistes, la préservation des intérêts des concurrents d'une part, la souplesse dans l'évolution des contrats d'autre part⁶³.

On distinguera tout d'abord deux grandes catégories de modifications : les modifications substantielles et non substantielles du contrat (a ; art. 43 § 1, pt e de la directive). Les secondes sont possibles sans procédure particulière. S'agissant des premières en revanche, une nouvelle mise en concurrence doit en principe être prévue (art. 43 § 5), sauf dans diverses hypothèses réglées expressément par la directive (art. 43 § 1 et 2) et qu'il conviendra de présenter successivement (b). Par ailleurs, il y a lieu de traiter séparément le cas particulier du changement de concessionnaire (c ; art. 43 § 1, pt d ; on y ajoutera quelques mots à propos des sous-traitants).

a) Les modifications substantielles et non substantielles

L'article 43 § 4 de la directive « concessions » énumère diverses configurations dans lesquelles l'on se trouve en présence de modifications substantielles de la concession ; cette disposition permet ainsi d'opérer la distinction entre modifications substantielles et non substantielles. Seules les secondes peuvent être opérées sans procédure de mise en concurrence sur la base de l'article 43 § 1 pt e. Il en va de même des modifications « mineures » décrites au § 2, qui sont réputées non substantielles. Cette dernière disposition prévoit une possibilité d'adaptation du contrat, sans nouvelle procédure, pour autant qu'un double seuil soit respecté : le seuil de l'article 8 de la directive (fixé pour la soumission des concessions au champ d'application de la directive) ; un maximum de 10 % du montant de la concession initiale. Un tel avenant ne saurait toutefois « changer la nature globale de la concession » ; cette exigence n'est pas des plus précises⁶⁴. L'application de l'art. 43 § 2 apparaît relativement rigide, notamment en présence de concessions présentant une valeur estimée élevée⁶⁵.

⁶² CJ 19 juin 2008, C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, et 13 avril 2010, C-91/08, *Wall AG*.

⁶³ NOGUELLOU, p. 853.

⁶⁴ Voir toutefois à ce propos *Dir concessions*, consid. 76.

⁶⁵ Ce d'autant que, en présence de modifications successives, il convient d'en additionner les valeurs pour s'assurer qu'elles respectent les seuils précités : NOGUELLOU, p. 856.

Lorsque l'on se trouve au contraire en présence d'une modification substantielle, au sens du § 4, une procédure de mise en concurrence est nécessaire pour l'adaptation de la concession (art. 43 § 5), sous réserve des hypothèses énoncées de manière exhaustive à l'article 43 § 1 de la directive.

De manière générale, l'énumération de l'article 43 § 4 vise à préserver l'égalité de traitement entre les concurrents, susceptible d'être contournée par le jeu d'une adaptation du contrat. La modification qui porte sur l'objet du contrat ou sur l'équilibre économique des prestations qu'il prévoit doit ainsi être qualifiée de substantielle. À cet égard, cette disposition indique expressément que la modification de l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire, sans qu'elle soit prévue par la convention initiale, apparaît comme substantielle (pt b). Il en va de même de la modification qui « étend considérablement le champ d'application de la concession » (pt c ; il s'agit sans doute aussi bien du champ matériel que du champ géographique d'un tel acte). Ou encore, la modification qui introduit dans le contrat des conditions qui, si elles avaient été connues initialement, auraient vraisemblablement modifié le cercle des candidats intéressés à la procédure apparaît également comme de nature substantielle (pt a). Ces différents critères peuvent être appliqués – non sans difficultés – s'agissant de marchés publics limités dans le temps ; ils sont beaucoup moins « maniables » en présence d'une concession, en particulier lorsque la question se pose longtemps après l'attribution de celle-ci. Le pronostic rétrospectif que postule par exemple l'article 43 § 4 pt a, que l'on vient d'évoquer, apparaît excessivement difficile à poser de nombreuses années après l'octroi de la concession⁶⁶.

b) Les modifications (substantielles) possibles sans nouvelle mise en concurrence

L'article 43 § 1 de la directive « concessions » énumère différentes configurations dans lesquelles, par exception au principe posé au § 5, une modification du contrat est possible sans nouvelle mise en concurrence, quand bien même l'adaptation du contrat apparaît substantielle.

aa) *Les prestations supplémentaires devenues nécessaires*

Tel est le cas en premier lieu dans l'hypothèse de prestations supplémentaires qui s'avèrent nécessaires pour divers motifs ; ainsi lorsqu'un changement de concessionnaire n'est pas envisageable pour des raisons économiques ou techniques ou lorsqu'un tel changement présenterait des inconvénients majeurs (art. 43 § 1 pt b). Ces conditions paraissent ouvrir au pouvoir

⁶⁶ NOGUELLOU, p. 855, qui commente par ailleurs cette disposition en détail, p. 854 s.

adjudicateur des possibilités d'adaptation relativement souples. Certes, la valeur de la prestation supplémentaire ne saurait dépasser 50 % de la valeur initiale de la concession ; mais cela n'est guère contraignant, dans la mesure où ce seuil peut être appliqué à nouveau lors de chaque modification successive. La disposition marque, il est vrai, une certaine défiance à l'égard de ce type de modifications ; comme pour celles qui sont liées à des circonstances imprévisibles, examinées plus loin (bb), elle précise que ce mécanisme ne doit pas permettre de contourner la directive.

La difficulté, dans l'interprétation de ces dispositions, tient cependant au caractère « nécessaire » des prestations supplémentaires⁶⁷. Le préambule de la directive fournit à cet égard un exemple, en qualifiant de nécessaires les modifications découlant « de demandes des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en ce qui concerne la sécurité, eu égard aux spécificités d'activités telles que l'exploitation d'infrastructures touristiques et sportives en montagne lorsque la législation est susceptible d'évoluer pour prendre en considération les risques afférents, dans la mesure où de telles modifications respectent les conditions pertinentes fixées dans la présente directive »⁶⁸.

L'art. 43 § 1 *in fine* impose encore une exigence formelle, soit la publication de tels avenants – comme de ceux qui se fondent sur des circonstances imprévisibles – au *Journal officiel de l'Union européenne*.

bb) Les modifications liées à des circonstances imprévisibles

La directive prévoit par ailleurs la possibilité de modifications en présence de circonstances imprévisibles du pouvoir adjudicateur (art. 43 § 1 pt c). La règle reprend une solution adoptée auparavant dans le cadre de l'article 61 de l'ancienne directive générale (2004/18/CE), qui permettait la modification des concessions de travaux. Il reste que la nouvelle disposition est plus large et instaure à cet égard un régime assoupli. En particulier, on retrouve le mécanisme déjà évoqué plus haut pour limiter la valeur des modifications entreprises, plafonné à 50 % de la valeur initiale de la concession ; en présence de modifications successives, ce calcul est opéré à nouveau lors de chaque modification. Il est vrai que les modifications apportées à ce titre ne sauraient transformer la nature globale de la concession.

En définitive, la question essentielle consiste à examiner si l'on se trouve effectivement en présence « de circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent [...] ne pouvait pas prévoir »⁶⁹. La notion paraît ici rejoindre, tout

⁶⁷ Sur ces différents points, NOGUELLOU, p. 856 s.

⁶⁸ Dir. concessions, consid. 75.

⁶⁹ Voir à ce propos Dir. concessions, consid. 76.

au moins en partie, les situations visées par la théorie de l'imprévision développée en droit français⁷⁰.

cc) *Les modifications prévues par le contrat initial*

Les possibilités de faire évoluer le contrat de concession que l'on a examinées plus haut apparaissent dans une très large mesure limitées, soit sur le plan quantitatif (modifications mineures, en valeur ; § 2), soit quant aux situations permettant leur application (travaux « nécessaires » ; circonstances imprévisibles). En définitive, c'est la faculté de prévoir de telles modifications par le biais de clauses contractuelles qui paraît offrir les possibilités les plus larges (art. 43 § 1 pt a)⁷¹. En substance, lorsque le contrat le prévoit, les modifications de la concession sont pratiquement illimitées, sous la seule réserve de ne pas altérer la nature globale de celle-ci⁷² ; il n'y a en particulier pas de limites financières à la valeur des modifications convenues par avance. Pour faire contrepois, cette disposition exige que les clauses de réexamen soient « claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage »⁷³. Il est vraisemblable que, dans la pratique, la question de la clarté de telles clauses fasse débat⁷⁴. Cela pourrait conduire à la rédaction de contrats pléthoriques, cherchant à couvrir toutes les éventualités.

Le régime relatif à la modification des concessions doit prendre en considération la protection des intérêts des concurrents. Il serait souhaitable que ces clauses de réexamen soient connues en amont et figurent ainsi dans les documents de concession, qui sont mis à la disposition des candidats pour leur permettre de présenter leurs offres en connaissance de cause⁷⁵. On sait cependant que la concession, compte tenu de sa complexité, doit pouvoir être attribuée à l'issue d'une procédure négociée (*supra* 4.1) ; on peut dès lors imaginer que des clauses d'évolution du contrat soient insérées en cours de

⁷⁰ Sur ces différents points, NOGUELLOU, p. 857.

⁷¹ Voire trop larges ? NOGUELLOU, p. 856, pose la question.

⁷² Art. 43 § 1 pt a, *in fine*. Certes, de telles clauses ne devraient pas « laisser toute latitude en la matière » aux pouvoirs adjudicateurs (Dir. concessions, consid. 78) ; cette formule vise à justifier l'exigence de clarté posée par la règle. Ce passage du préambule de la directive poursuit en énonçant de nombreux exemples de clauses d'adaptation envisageables (indexation des prix ; adaptation à l'évolution technologique ; résolution de difficultés techniques survenues après coup).

⁷³ Voir aussi Dir. concessions, consid. 78.

⁷⁴ NOGUELLOU, p. 856.

⁷⁵ Dans ce sens, NOGUELLOU, p. 856.

négociation – soit en aval – dans le texte de la concession. Dans ce cas, les intérêts des concurrents pourraient s’en trouver préterités⁷⁶.

c) Le changement de concessionnaire

La question d'un changement d'attributaire a été abordée par la jurisprudence, dans un arrêt *Pressetext*, qui avait trait à un marché public ; l'arrêt avait retenu qu'une telle modification portait sur un élément essentiel du contrat et nécessitait donc, en principe, une nouvelle mise en concurrence ; il avait toutefois admis un changement d'adjudicataire, sans nouvelle procédure, pour autant qu'il ait été prévu par le contrat initial, ainsi que dans des cas de restructuration⁷⁷. À vrai dire, la question se pose dans des termes un peu différents s'agissant de concessions ; de tels contrats portent en effet sur une longue durée, et l'aptitude du candidat, sur le plan technique et financier, notamment, apparaît primordiale. Dès lors, un changement de concessionnaire apparaît comme une modification importante, sinon d'emblée substantielle de la concession ; la solution de l'arrêt *Pressetext* s'impose dès lors dans ce domaine, plus encore qu'en matière de marchés publics. Elle est reprise à l'article 43 § 1 pt d de la directive « concessions » (à titre de comparaison, voir art. 72 § 1 pt d de la directive générale et 89 § 1 pt d de la directive « secteurs »)⁷⁸.

Un changement de concessionnaire nécessite dès lors, en principe, une nouvelle procédure de mise en concurrence ; toutefois des exceptions sont prévues⁷⁹. Tel est le cas en particulier en présence d'une restructuration dans le chef du concessionnaire ; il peut également en être ainsi en présence d'une clause de la convention initiale permettant un tel transfert. L'hypothèse d'une restructuration est définie de manière assez large dans la directive (art. 43

⁷⁶ On peut bien sûr se demander, dans une telle hypothèse, si cela constitue une violation de l'art. 37 § 6 Dir. concessions, lequel fixe le cadre que doit respecter la procédure négociée.

⁷⁷ CJ 19 juin 2008, C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.

⁷⁸ Pour une critique de ces règles (dont on perçoit mal le fondement théorique : en substance, le changement d'attributaire a-t-il ou non un caractère translatif, comme l'avait admis la jurisprudence française, ce qui permettrait la cession sans nouvelle mise en concurrence ? Le texte adopté ne répond pas à la question), pleinement pertinente en matière de marchés publics, NOGUELLOU, p. 858 s.

⁷⁹ On ne traitera que les deux premières exceptions mentionnées à l'art. 43 § 1 pt d et non la troisième (iii). Au surplus, l'art. 43 § 4 pt d Dir. concessions n'ajoute pas vraiment d'élément nouveau : il qualifie de non substantiels les cas d'exception permettant un changement de concessionnaire sans nouvelle procédure ; or l'existence d'une exception ou d'un cas mentionné à l'art. 43 § 1 conduit déjà à ce résultat. Voir encore Dir. concessions, consid. 77.

§ 1 pt d/ii) ; on vise notamment les cas de successions universelles ou partielles (on peut penser à des processus de fusion ; paraissent couverts également les hypothèses de scission d'entreprise, la partie scindée souhaitant par exemple reprendre la concession à son compte ; de même les transferts consécutifs à l'insolvabilité de l'entreprise concessionnaire). La solution offre une certaine souplesse aux opérateurs économiques ; la seule limite posée à cet égard est que l'entreprise à laquelle la concession est transférée doit présenter les mêmes qualités (les « critères de sélection qualitatifs » doivent être remplis) que le concessionnaire initial⁸⁰.

Le changement de concessionnaire prévu par la convention initiale – là encore, il y faut une clause sans équivoque – peut également être réalisé sans nouvelle mise en concurrence (la solution est aussi reprise de l'arrêt *Presse-text* ; art. 43 § 1 pt d/i). La question se pose de savoir si la clause en question doit indiquer le nom du concessionnaire ou si elle peut se contenter d'arrêter l'admissibilité de principe d'un tel transfert. La seconde solution devrait prévaloir, à défaut de quoi la règle perdrait l'essentiel de sa portée et de son utilité⁸¹.

On notera encore que le nouvel attributaire, si le changement est admis sans nouvelle procédure, reprend la concession aux conditions prévues initialement ; l'échéance de la concession, en particulier, restera inchangée, sans prolongation de sa durée.

Enfin, on doit sans doute admettre, même si la directive n'en dit rien, qu'un changement de sous-traitants pourrait ne pas être qualifié de substantiel au sens de l'art. 43 § 4 de la directive⁸².

2. Le droit suisse

Un rappel liminaire s'impose : l'adjudication d'un marché a pour effet de lever l'interdiction de contracter qui prévalait jusque-là dans la procédure d'appel d'offres. Plus précisément, elle donne au pouvoir adjudicateur l'autorisation de conclure le contrat, mais cela avec l'adjudicataire et aux conditions de l'offre retenue comme étant économiquement la plus favorable ; *a contrario*, il n'a pas la faculté de conclure un contrat différent. En

⁸⁰ NOGUELLOU, p. 859.

⁸¹ NOGUELLOU, p. 859.

⁸² Sur les sous-traitants, voir aussi art. 42 Dir. concessions (les directives marchés comportent une réglementation plus complète les concernant : NOGUELLOU, p. 858).

outre, il n'est en principe pas non plus autorisé à modifier ce contrat, même si les circonstances de fait viennent à évoluer⁸³.

Le droit suisse, d'ailleurs parfaitement conforme à cet égard au droit international, n'apporte à ce régime rigide que quelques atténuations. Au préalable, on note cependant que l'OMP comporte une disposition visant à limiter, en droit fédéral, la durée des contrats, afin d'ouvrir les marchés concernés à la concurrence⁸⁴. Il est vraisemblable que les contrats de PPP échappent (actuellement) à cette réglementation, dans la mesure où l'extension de leur durée peut être justifiée⁸⁵ ; si le droit des marchés publics devait s'appliquer désormais aux concessions et que la règle de l'article 15a OMP était reprise, on peut supposer que ces dernières seraient soumises à un régime de durée particulier (à titre de comparaison, voir art. 18 de la Directive 2014/23/UE).

a) Le droit actuel

En droit actuel, la thématique de la modification du contrat est abordée essentiellement dans le cadre des règles permettant l'adjudication de gré à gré de marchés complémentaires, par rapport à un marché initial⁸⁶.

En substance, le pouvoir adjudicateur peut donc passer des marchés complémentaires, sur la base des règles précitées, principalement dans deux hypothèses : des exigences techniques font que la prestation de l'adjudicataire n'est pas interchangeable, de sorte que l'acquisition complémentaire apparaît nécessaire ; par ailleurs, un complément peut se justifier pour des motifs imprévisibles initialement⁸⁷.

Au surplus, des modifications sont également possibles lorsqu'elles sont prévues par le marché initial, par exemple sous la forme d'options⁸⁸.

Quoi qu'il en soit, on notera que la jurisprudence suisse est relativement rare sur ce thème⁸⁹.

⁸³ POLTIER, p. 300 s., ainsi que les références. Il est vrai que le concurrent évincé n'a, de fait, guère de moyens de contester une modification du contrat par rapport à l'offre retenue lors de l'adjudication : GALLI et al., N 1090 s.

⁸⁴ Art. 15a OMP, qui prévoit, en cas de prestations périodiques, une limitation de principe à une durée maximale de cinq ans (al. 1 ; l'al. 2 autorise des exceptions dans les cas dûment motivés).

⁸⁵ BEYELER, p. 1395 ss.

⁸⁶ Art. XV ch. 1 let. d, f et g AMP ; art. 13 al. 1 let. e, f et h OMP ; voir enfin directives AIMP, § 9 al. 1 let. f, g et h.

⁸⁷ Sur ces configurations, voir notamment BEYELER, p. 1417 ss et 1419 s. ; WOLF, p. 127 ss, spécialement p. 143 ss.

⁸⁸ BEYELER, p. 1420 s.

b) Le P-LMP

On note tout d'abord que le texte de l'article XIII ch. 1 let. c AMPrév regroupe désormais l'ensemble des cas de prestations complémentaires (ou livraisons additionnelles) ; cette disposition a d'ailleurs été simplifiée et ne prévoit plus l'hypothèse de circonstances imprévisibles ; elle se contente d'évoquer des raisons économiques en lien avec des conditions d'interchangeabilité ou les risques de duplication substantielle des coûts. La disposition prévue à l'article 21 al. 2 let. e P-LMP s'inscrit dans ce contexte. Le Message du Conseil fédéral évoque à ce propos le risque que cette règle soit utilisée aux fins de contourner la loi. Dans cette ligne, il suggère de n'admettre l'application de celle-ci que dans le cas où le marché initial a été attribué à tout le moins à l'issue d'une procédure sur invitation ; il considère en outre que la valeur du marché complémentaire ne doit pas excéder celle du marché de base⁹⁰. On souligne cependant que ces garde-fous ne figurent pas dans le texte de loi proposé (seront-ils intégrés dans l'ordonnance à venir ?).

Au surplus, le contrat peut également être complété lorsque l'appel d'offres initial le prévoyait, par exemple sous la forme d'options. Il est bien évidemment nécessaire que l'appel d'offres initial soit suffisamment précis pour que les prestations en option soient déterminables et puissent dès lors être chiffrées par les fournisseurs⁹¹.

Ni le droit actuel, ni le droit futur – contrairement au droit de l'UE (p. ex. art. 43 § 1 pt d de la directive « concessions ») – n'évoquent au surplus la question d'un *transfert* du contrat de longue durée. Elle n'apparaît à vrai dire que dans la législation spéciale ; certaines dispositions permettent en effet le transfert des concessions, parfois même dans le cas où l'octroi initial fait suite à un appel d'offres. Un tel changement de bénéficiaire, lorsqu'il est autorisé, suppose l'approbation préalable de l'autorité⁹². Ces exemples, tirés

⁸⁹ Voir à ce propos cependant GALLI et al, N 304 et 358-361.

⁹⁰ Message P-LMP, FF 2017 1772 s. Sur ces questions, WOLF, p. 146 s. (cet auteur, qui s'exprime à propos du texte actuel, penche pour exiger que la première acquisition ait fait l'objet d'une procédure de pleine concurrence et non pas seulement d'une procédure sur invitation). A titre de comparaison, voir art. 43 § 1 pt b et c de la Directive 2014/23/UE, qui comportent un plafonnement des coûts des prestations additionnelles à 50 % de la valeur de la concession initiale.

⁹¹ Sur cette possibilité en droit actuel, voir WOLF, *op. cit.*, p. 145 s. Cet auteur relève que le marché qui comporte de nombreuses options se rapproche de la formule du contrat-cadre.

⁹² Deux exemples : art. 48 LRTV (l'octroi de la concession intervient à l'issue d'une procédure d'appel d'offres : art. 45 LRTV) ; art. 42 LFH (pas de procédure préalable d'appel d'offres : art. 60 al. 3bis LFH). En présence de telles dispositions, la ques-

du régime applicable à certaines concessions, montrent un réel besoin de régler ce type de problèmes, que le droit suisse des marchés publics ne paraît pas encore avoir envisagés. Au regard de ce droit, la question se pose de savoir si un tel transfert est possible sans nouvel appel d'offres ; et la réponse semble devoir être négative...

c) Appréciation

Le droit suisse, actuel ou futur, est moins détaillé que le droit de l'UE sur la thématique de la modification du contrat, postérieure à une adjudication. On peut penser que la pratique n'a pas encore pleinement pris la mesure en Suisse de ce type de difficultés – ce d'autant que l'existence de voies de droit en faveur du concurrent évincé est incertaine dans de telles configurations. On peut néanmoins formuler le pronostic que ce type de questionnement s'imposera dans le contexte de l'exécution de contrats de durée, tels les PPP ou les concessions, voire s'agissant de délégations de tâches publiques.

Quoi qu'il en soit, il convient sans doute de réserver, lorsque l'acteur privé se voit confier l'exécution d'une tâche publique (dans le cadre d'une concession ou d'une délégation), les pouvoirs de la collectivité d'intervenir par le biais de décisions unilatérales, lorsque l'exécution de la tâche est défectueuse ; il y va de l'intérêt public (la situation est différente en présence d'un marché public ordinaire, débouchant sur un contrat de droit privé ; dans cette configuration-là, le pouvoir adjudicateur ne dispose que des moyens que lui offre le Code des obligations). Si cette décision débouche sur la fin prématurée du contrat (ou plus largement de la délégation), cela ne soulève *a priori* pas de difficultés particulières sur le plan du droit des marchés publics ; une nouvelle adjudication est alors nécessaire, permettant au pouvoir adjudicateur d'attribuer une nouvelle délégation à un tiers. Cependant, une telle décision pourrait aussi déboucher sur un aménagement des modalités d'exécution du contrat (ou de la délégation), en faveur du fournisseur ; une telle solution est pourtant susceptible de heurter les exigences du droit des marchés publics.

tion se pose de savoir si elles ont vocation à s'appliquer à des transferts économiques, par cession des actions de la société concessionnaire : voir à ce propos POLTIER (Commentaire LRTV), art. 48 N 6.

V. Le renouvellement du contrat de durée

Les économistes observent que la concurrence fonctionne bien lors du premier octroi d'une concession (la remarque est transposable aux cas de délégation). Lors du renouvellement de celle-ci, en revanche, l'appel d'offres apparaît le plus souvent déséquilibré, cela en faveur du sortant⁹³. Cela est lié généralement au fait que le concessionnaire initial a procédé à des investissements importants dans des actifs spécifiques pour exécuter le contrat ; il est alors extrêmement difficile à un concurrent extérieur de proposer une offre concurrentielle lors d'un tel renouvellement. Ces questions sont extrêmement difficiles à résoudre, et les économistes se bornent à livrer à cet égard des esquisses de réponses. Il est possible que la pratique les reprenne à son compte ; mais ces propositions n'ont guère été transcrites jusqu'ici dans une régulation éprouvée. Cela paraît pourtant nécessaire, sauf à se satisfaire d'un simulacre de mise en concurrence dans les cas de renouvellement.

VI. Observations finales

Le P-LMP vient d'être déposé sur le bureau du Parlement ; il va sans doute évoluer encore durant les travaux législatifs (et les cantons empoigneront ensuite à leur tour le problème dans le cadre de la révision de l'AIMP). Ce n'est donc pas le lieu, à ce stade, de formuler des conclusions. Il reste que, par rapport aux textes actuels, le P-LMP offre un saut qualitatif appréciable, notamment s'agissant de la délimitation du *champ d'application* du (futur) droit des marchés publics. Les dispositions topiques, toutefois, soulèvent encore de nombreuses difficultés, évoquées plus haut (II). Tel est le cas en particulier de l'article 9 P-LMP, qui concerne les concessions et les délégations ; au delà de l'opportunité ou non de la solution qu'elle consacre, l'on peut se demander si cette disposition présente la robustesse nécessaire. En outre, l'extension du champ d'application du droit des marchés publics à de telles opérations apparaît comme un geste inachevé ; preuve en soi que la protection juridique qui serait désormais ouverte en cette matière se limiterait à obtenir de l'autorité de recours la constatation du caractère illicite de l'adjudication (art. 52 al. 2 P-LMP)⁹⁴.

⁹³ YVRANDE-BILLON, p 118 ss.

⁹⁴ Encore que la solution ne soit pas entièrement claire : l'art. 15b P-LSu indique, à son alinéa 2, que les voies de recours sont régies par l'art. 35 al. 1 LSu ; faut-il comprendre cette disposition en ce sens qu'elle exclut celle de l'art. 52 al. 2 P-LMP ? La question est en l'état ouverte.

Par ailleurs, il est vraisemblable que les projets complexes nécessitent en pratique des aménagements substantiels par rapport aux *procédures ordinaires de soumission*. Toute la question est ainsi de savoir si la procédure de dialogue, voire dans une moindre mesure celle de la rectification (art. 24 et 39 P-LMP) vont pouvoir répondre aux attentes placées à cet égard. Il n'est guère possible de répondre à cette question en l'état, ce d'autant qu'il convient sans doute d'attendre sur ce point le texte de l'ordonnance d'application.

Enfin, en présence de projets complexes et des contrats de longue durée qui leur servent de cadre, la pratique montre la nécessité de *modifications de tels contrats*. De telles adaptations interviennent fréquemment sans que l'on ne se soucie plus de respecter le principe de non-discrimination des concurrents ; en particulier, la protection du concurrent évincé lors de l'adjudication apparaît totalement aléatoire dans l'hypothèse d'une adaptation subséquente du contrat. Cela montre qu'une régulation de cette phase-là serait sans doute nécessaire ; en l'état, le législateur suisse ne paraît pas sur le point de suivre les pas de l'Union européenne, qui a abordé cette problématique dans ses récentes directives (mais on ignore encore quelle a été la portée réelle de cette régulation ; *supra* IV).

Bibliographie sommaire

- ATHIAS LAURE / CHEVER LISA, Efficacité relative des appels d'offres concurrentiels, pp. 143-164, in : SAUSSIÉ S. (édit.), *Economie des partenariats public-privé : développements théoriques et empiriques*, De Boeck.
- BESSE MARC-OLIVIER, L'investissement du délégataire, in : FAVRE/MARTENET/POLTIER. p. 67 ss.
- BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich 2012.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE, La délégation d'activités non économiques ou « à caractère non ministériel », in : FAVRE/MARTENET/POLTIER. p. 145 ss.
- FAVRE ANNE-CHRISTINE / MARTENET VINCENT / POLTIER ETIENNE (édit.), *La délégation de tâches étatiques au secteur privé*, Genève 2016.
- FETZ MARCO, Die funktionale Ausschreibung, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés Publics 2010*, Zurich 2010, p. 101 ss.
- GALLI P./MOSER A./LANG E./STEINER M., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, vol. 1 : Landesrecht, 3^e éd., Zurich 2013 ; cité : GALLI et al. (2013).
- JOSEPH MANON, La délégation d'activités étatiques : exemples de la planification hospitalière, in : FAVRE/MARTENET/POLTIER. p. 241 ss.
- LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue « Dialog » – Spielräume bei Bund und den Kantonen, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 277 ss.

- NOGUELLOU ROZEN, Les nouvelles directives et l'exécution des contrats, AJDA 2014, p. 853 ss.
- POLTIER ETIENNE, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- Commentaire de l'art. 48 LRTV, in : MASMEJAN D./COTTIER B./CAPT N., *Loi sur la radio-télévision (LRTV), Commentaire*, Berne 2014 (cité : Commentaire LRTV).
 - Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, *Jusletter* du 18 mai 2015 (cité : Nouvelle délimitation).
 - Les subventions, in : ANDREAS LIENHARD (édit.), *Finanzrecht*, SBVR, vol. X, Bâle 2011, p. 343-442 (cité : Subventions).
 - Délégation d'activités économiques de l'État, in : FAVRE/ MARTENET/POLTIER. p. 193 ss (cité : Délégation).
- RICHER LAURENT, *La concession en débat*, Issy-les-Moulineaux 2014.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: *Recht* 2013, p. 153 ss.
- SCHERLER/SCHNEIDER HEUSI/REINIGER/RAMSEIER/KOCH, Die Verhandlungen im Vergaberecht, Dauerbrenner im Streitgespräch, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zurich 2014, p. 219 ss.
- VOISARD STÉPHANE, *Auxiliaire de la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, Genève 2014.
- WOLF ROBERT, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 127 ss.
- YVRANDE-BILLON ANNE, Concurrence et délégation de services publics, *Revue française d'économie*, vol. 22 n° 3, 2008.
- ZUFFEREY/STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2010 à 2016*, Zurich (parution biennale).