

Partenariat public-privé et concession de travaux

Proposition de systématisation et réflexions sur la soumission au droit des marchés publics des partenariats publics-privés et des concessions de travaux

Jean-Michel Brahier, Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Fribourg, avocat, Fribourg / Lausanne

I. Introduction

II. L'objet

- A Le partenariat public-privé (PPP)
 - 1. La définition
 - 2. La distinction entre les différentes modalités de PPP
- B La concession de travaux
 - 1. La notion de concession
 - 2. La définition de la notion de concession de travaux

III. Le cadre juridique des PPP

- A Le droit des marchés publics
 - 1. La législation
 - 2. La notion de « marché public »
- B Les droits octroyés au partenaire privé
 - 1. Introduction
 - 2. L'octroi d'un droit distinct et permanent
 - 3. L'octroi d'une concession d'usage privatif

IV. Les PPP en tant que « marchés publics »

- A Introduction
- B La fourniture de la prestation caractéristique (3^{ième} élément caractéristique)
 - 1. Introduction
 - 2. La nécessité d'un examen économique global
- C L'existence d'une tâche publique (4^{ième} élément caractéristique)
 - 1. La notion de tâche publique en droit des marchés publics
 - 2. L'origine de la tâche publique
 - 3. Les PPP sans lien avec l'exécution d'une tâche publique
- D La rémunération de la commande (5^{ième} élément caractéristique)
 - 1. Le paiement d'un prix
 - 2. Les modalités de paiement du prix
- E La répartition des risques (6^{ième} élément caractéristique)

V. La soumission des concessions de travaux au droit des marchés publics

- A Le constat
- B L'application du droit des marchés publics

VI. Les particularités liées aux PPPI

- A La création de la société de projet
 - 1. Introduction
 - 2. Le choix du partenaire contractuel
 - 3. Le fonctionnement de la société de projet
 - 4. L'absence de marché « in house » en cas de PPPI
- B La société de projet en tant que pouvoir adjudicateur

VII. Conclusions

Bibliographie

I. Introduction

Les partenariats publics-privés (ci-après PPP) sont l'occasion pour des acteurs publics et privés de collaborer sur un projet. Recouvrant une « multitude de situations disparates »¹, ils impliquent la participation du secteur privé au côté du secteur public². Si c'est un truisme que de l'affirmer, une telle définition est également inopérante. C'est pourquoi, il conviendra de catégoriser les formes de PPP, pour mieux en cerner les contours et leur portée.

Tout pouvoir adjudicateur qui souhaite mettre sur pied un PPP est confronté à la question de savoir s'il peut librement, hors procédure « marchés publics », attribuer sa commande de prestations à des partenaires privés, en les chargeant de les exécuter. Autrement dit, est-il tenu à cette occasion de respecter le droit des marchés publics ? Cette question soulève celle de la définition du champ d'application objectif du droit des marchés publics. La question n'est pas dénuée de sens, car les PPP présupposent fréquemment un financement privé, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'a pas le « sentiment » d'acquiescer des prestations et de devoir soumettre l'opération au droit des marchés publics. Or, les PPP ne sont pas, en eux-mêmes, un moyen de détourner les procédures prévues par le droit des marchés publics. En effet, la réglementation doit être observée dès qu'un PPP vise un projet qualifié de marché public, voire, comme on le constatera, un projet qualifié de concession de travaux³.

Nous commencerons par présenter deux concepts, celui de PPP et celui de concession de travaux (qui n'est, en réalité, qu'une catégorie de PPP), afin de cerner l'objet de la présente contribution. Ensuite, nous examinerons le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les PPP. Enfin, nous vérifierons si et dans quelle mesure les PPP et les concessions de travaux doivent être soumis au droit des marchés publics.

Nous nous limiterons à étudier les PPP conclus dans le domaine de la construction, de sorte que nous n'aborderons pas les PPP que l'on peut rencontrer dans le secteur des services, notamment les concessions de services⁴. Nous ne traiterons pas non plus de l'origine des PPP et de leur pénétration dans les pratiques étatiques, quand bien même nous relevons que le phénomène s'étend désormais à tous les domaines d'activités des collectivités publiques⁵, comme la santé publique, l'enseignement⁶, les services pénitentiaires⁷, les transports⁸, les installations sportives⁹, les parkings ou les centres culturels. Enfin, nous ne prendrons pas parti sur les critiques qui dénoncent parfois le coût des formules de PPP (liés par exemple aux frais d'études)

¹ ZUFFEREY/LE FORT, p. 102.

² POLTIER 2014, p. 119.

³ Cf. POLTIER 2014, p. 120 ; BEYELER 2012, ch. 924 ss ; GALLI ET ALII, ch. 258 ss ; JÄGER, p. 19 sv.

⁴ A ce sujet, cf. BOLZ 2012 ; arrêt de la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) C-272/91 ch. 7-11, 22-25 et 32 ; Commission européenne 2000, ch. 2.2 ; POLTIER 2014, p. 106 et 112 ss ; BEYELER 2012, ch. 823 ss. Par une concession de services, « l'Etat confie à un tiers la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité (tâches publiques) et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation » (CLERC, p. 1965).

⁵ Cf. Commission européenne 2004, p. 3.

⁶ Par exemple, la ville de Fribourg envisage de faire financer, réaliser et exploiter le projet d'agrandissement de l'établissement scolaire primaire de la Vignettaz selon une approche de partenariat public-privé.

⁷ Dans le projet PPP Neumatt, l'exploitant privé est responsable de la construction, de la gestion et des installations techniques de la prison. En revanche, toutes les activités liées à l'accompagnement des prisonniers sont assumées exclusivement par les autorités cantonales (cf. BOLZ ET ALII).

⁸ Le projet de traversée du lac Léman est envisagé sous forme de PPP (BELLANGER ET ALII).

⁹ Réalisation d'un port de plaisance (cité par POLTIER 2014, p. 93) ; construction du stade de Neuchâtel « La Maladière » (cité par ASSOCIATION PPP SUISSE, à l'adresse suivante : <http://www.ppp-schweiz.ch/fr/ppp-savoir/ppp-projets-en-suisse/>) ; projet de centre aquatique Région Morges.

et contestent le principe même du recours aux PPP (notamment avec le risque d'exclusion des PME)¹⁰.

II. L'objet

A Le partenariat public-privé (PPP)

1. La définition

a) Les définitions légales et doctrinales

En droit suisse, aucun texte légal ou réglementaire n'offre de définition du PPP. Il en va de même en droit européen. Toutefois, le **Livre vert** de la Commission européenne¹¹ les définit comme les « formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises, qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »¹². Les opérations de PPP sont caractérisées par la « durée relativement longue de la relation », le financement du projet « assuré pour partie par le secteur privé », le rôle important joué par ce dernier et un possible transfert d'une partie ou de la totalité des risques sur le partenaire privé¹³.

En droit français, les PPP désignent les marchés de partenariat, définis comme les marchés publics qui permettent de confier à un opérateur économique (ou à un groupement d'opérateurs économiques) une mission globale ayant pour objet, d'une part, la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires à l'exercice d'une mission d'intérêt général et, d'autre part, tout ou partie de leur financement (art. 67 **ordonnance Marchés publics**¹⁴)¹⁵. Le marché de partenariat implique un financement principalement privé pour l'ensemble des opérations à réaliser. La rémunération du partenaire privé fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Le droit français n'inclut cependant pas les concessions de travaux parmi les PPP. Ces dernières sont en effet régies exclusivement par l'**ordonnance Contrats de concession**¹⁶ (ci-après B/2/a).

La **doctrine** propose différentes définitions, lesquelles ne se recoupent jamais entièrement, car le concept est protéiforme et varie selon les contextes nationaux¹⁷. On relève toutefois deux

¹⁰ Cf. FLAMME ET ALII, p. 274 sv. ; ZUFFEREY 2012, p. 430. On relèvera à cet égard que l'un des objectifs de la révision des directives européennes en matière de marchés publics, intervenue en 2014, consiste justement à faciliter la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics.

¹¹ Commission européenne 2004. Il ne s'agit pas d'un texte législatif, mais d'un rapport officiel renfermant un ensemble de propositions destinées à être discutées, en vue de l'élaboration d'une politique.

¹² Commission européenne 2004, p. 3 ; Commission européenne 2005, p. 3.

¹³ La répartition précise des risques s'effectue au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci.

¹⁴ Ordonnance de la République française n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015) (par la suite ordonnance Marchés publics).

¹⁵ C'est en 2004 qu'a été instauré le contrat de partenariat, en tant que forme nouvelle de PPP, l'objectif étant de confier au secteur privé les investissements publics de long terme. Le contrat de partenariat venait toutefois s'ajouter à différents types de contrats qui permettaient de recourir aux PPP (par exemple, les baux emphytéotiques administratifs). La révision de 2015 a permis d'unifier et de simplifier les instruments juridiques.

¹⁶ Ordonnance de la République française n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016) (par la suite ordonnance Contrats de concession).

¹⁷ Par exemple, la conception anglo-saxonne des PPP inclut la délégation de service public, alors que la France oppose le contrat de partenariat et la délégation de service public, en se basant sur la question du paiement et des risques (dans le premier cas, l'État règle la note *via* un loyer ; dans le second cas, les usagers paient par l'instauration d'un péage par exemple).

types d'approche : soit le concept de PPP englobe toute forme de partenariat public-privé¹⁸, soit il est plus restrictif, réservé à certains types de coopération uniquement.

Par exemple, certains auteurs réservent le concept de PPP aux opérations incluant (1) une approche par cycle de vie, exigeant que l'entretien de l'ouvrage réalisé pour maintenir sa valeur et les risques qui y sont liés soient assumés par le partenaire privé, (2) une répartition optimale des risques entre partenaire privé et partenaire public, (3) le lancement d'un appel d'offres fonctionnel pour l'objet du marché et (4) des mécanismes d'indemnisation orientés sur les prestations et l'incitation¹⁹. Un tel modèle exclut du champ d'application des PPP les modèles où l'entretien des ouvrages est effectué directement par le pouvoir adjudicateur (modèles de leasing ou de location, à savoir les modèles investisseurs)²⁰. Pour d'autres auteurs, les PPP devraient être liés à un financement alternatif, fondé sur des revenus attendus, mais non garantis par le pouvoir adjudicateur²¹. Ce modèle correspond à la seule concession de travaux et exclut les projets destinés exclusivement à l'administration publique qui louera à son partenaire contractuel les ouvrages réalisés²².

b) Synthèse sur la définition

Procédant d'un besoin économique, les PPP sont davantage une notion économique et politique qu'une notion juridique, technique et précise²³. C'est sans doute pour cette raison qu'il n'existe pas de définition officielle, universellement reconnue ou arrêtée du concept de PPP²⁴. Il serait sans doute réducteur de vouloir trop restreindre le concept de PPP. Les PPP se distinguent néanmoins de la passation « classique »²⁵ d'un **marché public de construction**, dans lequel l'entreprise privée est uniquement une entreprise qui réalise les travaux définis par l'autorité publique. En effet, ils impliquent un réel partenariat entre les parties, c'est-à-dire l'établissement de « relations d'étroites collaborations »²⁶.

Comme les modalités des PPP sont multiples, que ce soit dans les parties impliquées, les prestations échangées ou encore les types de contrat utilisés, il nous paraît indispensable de distinguer entre un concept de PPP compris dans un sens étroit et un concept compris dans un sens large.

Compris **dans un sens étroit, conforme au droit communautaire**²⁷ (ci-devant a), les PPP permettent une collaboration entre acteurs privés et pouvoirs adjudicateurs, par laquelle ces derniers confient aux acteurs privés une mission qui n'est pas limitée à la prestation d'un bien ou d'un service, mais qui porte sur un faisceau de prestations relatives à l'accomplissement d'une tâche publique, pour une longue durée, et qui comporte, fût-ce à titre partiel, le financement. Les contours de ce partenariat sont ainsi les suivants²⁸ :

¹⁸ BEYELER 2012, p. 470 ; POLTIER 2014, p. 119 ss.

¹⁹ BOLZ ET ALII, p. 14 ; cf. ég. ZUFFEREY 2010, qui définit le PPP comme le partenariat visant à englober tout le cycle d'existence de l'objet et se fondant sur un financement privé (p. 249).

²⁰ BOLZ ET ALII, p. 16 ; cf. ég. KEUSEN, p. 391. Sur le concours d'investisseurs, cf. ci-après VI/B ; cf. ég. DUBEY, p. 121 ; ZUFFEREY 2010, p. 260 sv. ; ZUFFEREY 2012, p. 434 ; arrêt du TC-LU 7H 13 98 c. 10.4, in : LGVE 2014 IV n° 1.

²¹ GILLET, cité par FLAMME ET ALII, p. 254.

²² Comme ce fut le cas dans le projet Neumatt (cf. BOLZ ET ALII).

²³ DUPONT, p. 10.

²⁴ BEYELER 2012, ch. 924.

²⁵ Cf. ATF 135 II 49 c. 4.3.1.

²⁶ Définition du mot « partenariat » dans le dictionnaire Larousse.

²⁷ Commission européenne 2004. Cf. ég. Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, p. 61.

²⁸ En ce sens ég. ZUFFEREY 2012, qui définit les PPP comme le modèle par lequel le pouvoir adjudicateur, sans moyens financiers pour réaliser une infrastructure souhaitée, les trouve auprès d'un investisseur privé et octroie la planification, la construction et l'exploitation de l'infrastructure à un tiers, infrastructure destinée à des usagers (public ou entités particulières) (p. 430). Cf. ég. BERRAMDANE, Section 1/§1.

- Les parties concluent un accord complexe et global, couvrant d'une part la construction d'un ouvrage et d'autre part son financement. Fréquemment, l'accord porte également sur l'exploitation de l'ouvrage réalisé. Le cas échéant, il porte également sur sa conception, sa planification et/ou son entretien. Puisque les parties mettent en place un projet commun, le partenaire privé ne se limite pas à exécuter un marché mis en soumission, mais coopère à la réalisation du projet en qualité de « partner »²⁹ ;
- Les parties s'engagent pour une durée suffisante, afin de garantir l'équilibre économique et financier du projet. Fréquemment, la durée est de plus de 20 ans. A la fin du PPP, les ouvrages réalisés reviennent en principe au pouvoir adjudicateur (modèle du « Build-Operate-Transfer » ou BOT)³⁰ ;
- Le partenaire privé ne se limite pas à fournir ses prestations dans la conception, la réalisation et/ou l'exploitation de l'ouvrage, mais participe activement au financement du projet. Autrement dit, le PPP repose sur un financement privé, sans exclure pour autant le financement public. En contrepartie, le partenaire privé reçoit une rémunération du pouvoir adjudicateur, qui fait fréquemment l'objet d'un paiement échelonné sur toute la durée du partenariat. Le PPP est ainsi une réponse à un « besoin d'apport de financement privé pour le secteur public », afin notamment de permettre à ce dernier de réaliser des projets d'infrastructures onéreux³¹ ;
- La répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé fait l'objet d'une réglementation entre les parties qui disposent du choix suivant : soit les risques ne sont pas transférés au partenaire privé, soit le partenaire privé est amené à assumer certains risques. Dans ce second cas, le transfert « des aléas habituellement supportés par le secteur public »³² au partenaire privé permet de qualifier l'acte de « concession de travaux ».

On relève ainsi que les PPP, compris dans un sens étroit, incluent le modèle de la **concession de travaux**. Ce dernier est ainsi une forme de PPP, et non une alternative aux PPP³³. En effet, l'un des modèles les plus connus de partenariat entre le secteur public et le secteur privé est le modèle concessif³⁴, qui serait même l'une des formes les plus courantes de PPP³⁵.

La présente contribution s'intéresse principalement aux PPP compris dans un sens étroit.

Dans un sens large, le concept de PPP est une notion générique, englobant toute une série de figures contractuelles de coopération entre secteur public et secteur privé. Les PPP visent ainsi toutes les collaborations à long terme entre partenaires privés et pouvoir adjudicateur³⁶. Les éléments caractérisant susmentionnés n'ont donc pas à être remplis. En particulier, le secteur privé n'a pas à apporter le financement. Dès lors, peuvent ainsi être considérés comme des PPP non seulement le modèle du BOT et celui des concessions de travaux, mais également la création de sociétés de projets (PPPI), le modèle de la réalisation d'ouvrages en commun³⁷,

²⁹ Etymologiquement, le partenariat vient de l'anglais « partner », à savoir associé ou partenaire (dictionnaire Larousse).

³⁰ Ce critère de durée est considéré comme étant une caractéristique des PPP. Cf. Commission européenne 2004, p. 3 et 15. Dans l'arrêt du TC-SZ VGE 817/06 (in : BR/DC 2008 p. 88), le Tribunal a estimé, à juste titre, que le contrat du type BOT du cas d'espèce, considéré comme un PPP, était soumis au droit des marchés publics.

³¹ Commission européenne 2004, p. 3 ; ZUFFEREY 2012, p. 430 ; FLAMME ET ALII, p. 264 sv.

³² Commission européenne 2004, p. 3.

³³ Contrairement à ce qui est valable en droit français (ci-devant a).

³⁴ Commission européenne 2004, p. 9.

³⁵ Commission européenne 2014, p. 13.

³⁶ BEYELER 2012, ch. 924 ; POLTIER 2014, p. 119 ss.

³⁷ Il peut s'agir par exemple de projets de construction prenant place sur des biens-fonds voisins ou sur des parcelles détenues en commun par un pouvoir adjudicateur et un propriétaire privé. A ce sujet, cf. arrêt du Tribunal cantonal genevois ATA/751/2016.

voire l'outsourcing, c'est-à-dire l'externalisation d'une activité exercée par l'Etat vers un partenaire externe engagé à cet effet³⁸.

Selon nous, les PPP s'opposent à la **privatisation**, qui comporte une transmission définitive de la propriété du bien appartenant à un pouvoir public à un opérateur privé³⁹. Dans un PPP, le secteur public conserve un rôle essentiel, soit en tant que principal acquéreur des services, soit parce que c'est lui qui, pour l'essentiel, rend le projet réalisable⁴⁰. La privatisation n'entraîne pas de relations de partenariat entre le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé, l'Etat se contentant de réguler l'activité déléguée. Au contraire : une fois la privatisation achevée, l'opérateur privé est guidé par le seul souci de maximisation des profits. On relèvera enfin qu'est une forme de privatisation l'opération représentant un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise appartenant au secteur public⁴¹.

2. La distinction entre les différentes modalités de PPP

On distingue habituellement entre les PPP contractuels (PPPC) et les PPP institutionnels (PPPI).

Dans les **PPPC**, le partenariat entre secteur public et secteur privé se fonde sur des liens exclusivement contractuels. Les PPPC reposent sur un ou plusieurs contrats, par lesquels la collectivité publique s'accorde avec un ou plusieurs partenaires privés pour la mise sur pied d'un partenariat. Ils recouvrent des montages divers attribuant une ou des tâches plus ou moins étendues au(x) partenaire(s) privé(s)⁴². Le contenu de ces contrats ne fait pas l'objet de la présente contribution⁴³.

Par opposition, les **PPPI** impliquent « une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité distincte »⁴⁴, fréquemment nommée société de projet⁴⁵. Les partenaires publics et privés établissent ainsi « une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »⁴⁶. Dans la pratique, les PPPI se traduisent :

- Soit par la création d'une nouvelle entité ad hoc et l'attribution d'une commande publique à cette entité nouvellement créée ;
- Soit par la participation d'un partenaire privé à une entité publique déjà existante qui exécute une commande publique, obtenue par le passé dans le cadre d'une relation « in-house »⁴⁷. Nous ne nous intéresserons pas davantage à ce cas de figure dans la présente contribution.

Dans un PPPI, l'apport privé à l'entité à capital mixte consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en une participation active à l'exécution de la commande attribuée

³⁸ Selon POLTIER 2014, ce cas de figure viserait des activités relevant pour l'essentiel de la logistique (exploitation de bâtiments, fourniture et entretien d'une flotte de véhicules) (p. 121 sv.). Cf. ég. BEYELER 2012, ch. 931.

³⁹ Cf. ég. CALAME, p. 470 ; BELLANGER ET ALII, p. 62 ; BOLZ ET ALII, p. 13.

⁴⁰ ALLEN, p. 6.

⁴¹ Cf. arrêt de la CJUE C-145/08 et C-149/08 ch. 51-62 où il était question d'une privatisation partielle d'une entreprise publique de casino, par la « vente d'actions » qui intervenait dans le cadre d'un contrat à caractère mixte (à ce sujet, cf. note de bas de page 134), comprenant également un volet « services ». La Cour a retenu que la cession d'actions à un soumissionnaire dans le cadre d'une opération de privatisation d'une entreprise publique ne relève pas des directives en matière de marchés publics. A ce sujet, cf. ég. CLERC, p. 1973 et 1993 ; Commission européenne 2004, p. 21 ; Commission européenne 2008, p. 2.

⁴² Commission européenne 2004, p. 8 sv. ; ZUFFEREY 2012, p. 431 sv.

⁴³ Voir par exemple à ce sujet les contributions de BERGER MEYER/LEDERMANN et de CARRON. Cf. ég. ATF 134 II 297 c. 2 et 3 sur la distinction entre contrat de droit privé et de droit administratif pour un contrat portant sur l'évacuation des déchets ménagers conclu à la suite d'une adjudication publique.

⁴⁴ Commission européenne 2004, p. 8 ; cf. ég. ZUFFEREY 2010, p. 251 ss.

⁴⁵ ZUFFEREY 2012, p. 432.

⁴⁶ Commission européenne 2008, p. 2.

⁴⁷ Ibid., p. 4 sv.

à cette entité et/ou en la gestion de l'entité à capital mixte⁴⁸. Nous développerons les particularités applicables aux PPPI ci-après (VI).

B La concession de travaux

1. La notion de concession

Une concession est un acte juridique par lequel une collectivité publique (concedante) attribue à un tiers (concessionnaire ou bénéficiaire) le droit (exclusif) d'exercer, de manière indépendante mais contrôlée, une certaine activité économique ou lucrative que l'ordre juridique place directement ou indirectement sous le monopole de cette collectivité⁴⁹. Le bénéficiaire va exercer l'activité économique qui était précédemment réservée à la collectivité en son propre nom et à ses risques. Il sera également en mesure de percevoir des recettes auprès de ses usagers ou de ses clients, de manière à couvrir les charges liées à cette activité⁵⁰.

Il existe différents types de concession. On distingue fréquemment entre⁵¹ :

- La **concession de monopole** (« *Monopolkonzession* »), par laquelle est octroyé le droit d'exercer une activité monopolisée. Elle se fonde sur un monopole de droit de l'Etat, qui, « par définition repose sur une règle topique et expresse »⁵². Le concessionnaire acquiert le pouvoir d'exercer une activité économique monopolisée par le droit en vigueur⁵³ ;
- La **concession d'usage exclusif** (appelée également concession d'usage privatif ou domaniale) (« *Sondernutzungskonzession* »), par laquelle est octroyé à un concessionnaire le droit d'utilisation exclusive (ou privative) d'une chose publique. Elle se fonde sur un monopole de fait. Elle porte sur une activité qu'en soi la loi ne réserve pas à l'Etat, mais qui suppose de pouvoir user, jouir ou disposer d'une chose publique dont l'Etat garde la maîtrise. Cette chose publique est un bien appartenant au domaine public, compris dans un sens large qui inclut les biens du patrimoine administratif de la collectivité. Pour rappel, les biens appartenant au domaine public, incluant le patrimoine administratif, s'opposent aux biens attribués au patrimoine financier (appelé également patrimoine fiscal) de la collectivité⁵⁴, lequel patrimoine ne sert pas à des fins d'intérêt public.

La concession crée une relation juridique durable entre l'Etat et l'administré. Par la concession, la collectivité publique transfère au concessionnaire, à titre exclusif⁵⁵, un droit réservé auparavant à l'Etat et qui permet l'exercice d'une activité économique. Elle reste responsable de la manière dont est exercée l'activité visée et dispose d'un pouvoir de surveillance sur le concessionnaire. De son côté, le concessionnaire agit à ses propres risques et périls, doit supporter les pertes et peut avoir l'obligation d'exercer le droit attribué. En contrepartie du droit octroyé, il doit s'acquitter d'une taxe envers la collectivité, appelée redevance⁵⁶.

⁴⁸ Ibid., p. 2.

⁴⁹ DUBÉY/ZUFFEREY, ch. 1410. Partant, la notion proposée par POLTIER 2015 nous paraît trop restrictive, lorsqu'il indique que le droit transféré porte sur l'exercice d'une activité économique réservée précédemment à l'Etat (p. 9).

⁵⁰ POLTIER (2014), p. 103.

⁵¹ ATF 125 I 209 c. 10b ; arrêt du TF 2P.131/2001 c. 3b, in : SJ 2002 p. 520 sv. ; BEYELER 2012, ch. 770 et les renvois effectués ; DUBÉY/ZUFFEREY, ch. 1416 ss ; BELLANGER, p. 171, 189 et 195 ; POLTIER 2014, p. 107 sv.

⁵² ATF 125 I 209 c. 10b.

⁵³ BEYELER 2012, ch. 771. Par exemple : art. 4 Loi sur le transport de voyageurs (RS 745.1), qui indique que « La Confédération a le droit exclusif d'assurer le transport régulier de voyageurs ... » ; art. 5 Loi fédérale sur les chemins de fer (RS 742.101), qui prévoit que « Quiconque veut construire et exploiter une infrastructure ferroviaire doit disposer d'une concession d'infrastructure (concession) ».

⁵⁴ BEYELER 2012, ch. 775 et 808. Sur ces notions, cf. ég. DUBÉY/ZUFFEREY, ch. 1479 ss.

⁵⁵ POLTIER 2014, p. 108.

⁵⁶ DUBÉY/ZUFFEREY, ch. 1411 ss.

Il existe un troisième type de concessions, à savoir les **concessions de travaux et de services**⁵⁷. Conformément au cadre d'étude de la présente contribution, nous présentons ci-après la définition de la concession de travaux.

2. La définition de la notion de concession de travaux

a) Les définitions légales et doctrinales

La concession de travaux n'est pas définie dans la législation suisse.

En droit européen, l'art. 5 § 1 let. a **directive Contrats de concession**⁵⁸ définit la concession de travaux comme « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix »⁵⁹. En France, la notion de concession de travaux publics est bien connue⁶⁰ et figure désormais à l'art. 5 al. 1 de l'**ordonnance Contrats de concession**. En conformité avec la directive européenne, cette disposition définit les contrats de concession comme des « contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux (...) à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage (...), en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage (...), soit de ce droit assorti d'un prix ».

L'attribution d'une concession de travaux « implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux (...), comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages (...) qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable » (art. 5 § 1 al. 2 directive Contrats de concession). Par exemple, lorsqu'un opérateur économique est rémunéré par le biais de redevances payées par les usagers, toute diminution du nombre d'usagers peut entraîner une perte. En revanche, le contrat ne sera pas défini comme une concession de travaux si le pouvoir adjudicateur indemnise ledit opérateur pour les pertes subies⁶¹.

Au sein de la **doctrine**, on constate une forte convergence des propositions de définitions de la notion de concession de travaux. Les auteurs se réfèrent pour l'essentiel aux définitions issues du droit européen et insistent sur le fait que, dans une concession de travaux, « la contrepartie des travaux n'est pas un prix, mais le droit pour le concessionnaire d'exploiter l'ouvrage, ce qui lui permet de percevoir une redevance des usagers de l'ouvrage (par exemple, les péages autoroutiers) »⁶².

⁵⁷ Sur la notion de concession de services, voir à ce sujet la note de bas de page 4 ci-devant.

⁵⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (par la suite directive Contrats de concession).

⁵⁹ Auparavant, le partenariat était régi par l'art. 1 § 3 de la directive 2004/18/CE.

⁶⁰ La notion a été définie en 1916 déjà comme étant « le contrat qui charge un particulier, ou une société, d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public » (arrêt du Conseil d'Etat du 30 mars 1916, Compagnie d'éclairage de Bordeaux, conclusions Chardonnet).

⁶¹ Commission européenne 2014, p. 15.

⁶² CLERC, p. 1965. Cf. ég. POLTIER 2014, p. 105 sv. et 112 ; ESSEIVA, p. 205 sv. ; ZUFFEREY 2010, p. 266 ; BEYELER 2012, ch. 823 ss, notamment ch. 824 et 832.

b) Synthèse sur la définition

En définissant le concept de PPP, nous avons retenu que la concession de travaux est une **forme de PPP**, qui s'intègre dans la catégorie des PPP compris dans un sens étroit, conforme au droit communautaire.

Plus précisément, la concession de travaux implique que le partenaire privé exécute des travaux afin de réaliser un ouvrage et que sa rémunération consiste dans le **droit d'exploiter l'ouvrage**, assorti, le cas échéant, d'un prix payé par le pouvoir adjudicateur. Concrètement, le partenaire privé se rémunère principalement par les usagers de l'ouvrage, durant la durée pendant laquelle il va l'exploiter. Ses contours sont les suivants :

- Comme dans un PPP, les parties concluent un accord complexe et global, qui porte sur la construction d'un ouvrage et son financement. Toutefois, l'accord porte également sur son exploitation. En effet, le partenaire privé exécute notamment les travaux nécessaires à la réalisation d'un ouvrage, puis l'exploite dans l'intérêt public ;
- Les parties s'engagent pour une durée suffisante, incluant obligatoirement la période d'exploitation de l'ouvrage ;
- Le partenaire privé finance l'ouvrage à réaliser, de sorte que la collectivité publique n'en supporte pas (principalement) le prix⁶³. Il se rémunère (principalement) par les usagers de l'ouvrage, durant la durée pendant laquelle il va pouvoir l'exploiter. De son côté, la collectivité publique concède au concessionnaire le droit d'exploiter l'ouvrage pendant un temps suffisant, se privant elle-même des ressources que lui procurerait l'ouvrage en question ;
- Le partenaire privé supporte les risques économiques liés à l'opération. En effet, le droit d'exploiter doit s'accompagner du transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation.

Par la concession de travaux, le pouvoir adjudicateur abandonne au profit d'un tiers l'exécution d'une tâche publique qu'il devrait sinon accomplir. Il est directement intéressé à l'exécution de la tâche concédée. La concession de travaux procède ainsi d'une commande publique qui présente des particularités quant aux modalités de financement. Comme nous le verrons ci-après de manière détaillée, elle est à distinguer de la **concession de monopole ou d'usage exclusif** (ci-après III/B/3). La concession de travaux n'est donc pas une concession de monopole ou une concession d'usage exclusif, mais un type spécifique d'acte juridique. Certes, la concession de travaux peut inclure une concession d'usage exclusif, voire une concession de monopole, mais ne le doit pas⁶⁴. En résumé, pour que l'on soit en présence d'une concession de travaux, il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une concession au sens habituel (concession de monopole ou concession d'usage exclusif du domaine public). Le concept n'est pas réductible à ces institutions, mais doit être compris en tant qu'activité globale comprenant différentes composantes⁶⁵.

Enfin, il conviendra de vérifier de quelle manière la concession de travaux, en tant que PPP, se **différencie du concept de « marché public »**. Cet examen ne pourra être effectué qu'une fois rappelée la notion de marché public (ci-après III/A).

⁶³ cf. ESSEIVA, p. 205 ; CLERC, ch. 48.

⁶⁴ BEYELER 2012, ch. 823 ; POLTIER 2015, p. 10.

⁶⁵ Cf. BEYELER 2012, ch. 823.

III. Le cadre juridique des PPP

A Le droit des marchés publics

1. La législation

a) En droit suisse

Le droit des marchés publics ne contient pas de règles spécifiques applicables aux PPP. A fin octobre 2016, le droit suisse des marchés publics est en cours de révision⁶⁶. Les art. 8 al. 1 **LMP rév.** et **AIMP rév.** ne réglementent pas non plus les PPP, mais donnent désormais une définition légale de la notion de marché public, précisant ainsi le champ d'application objectif du droit des marchés publics. La définition reste celle élaborée par la jurisprudence (ci-après 2), même si le texte apporte une précision qui nécessite un développement spécifique, portant sur le fait que le marché public est conclu « en vue d'exécuter une tâche publique » (« *zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe* ») (ci-après IV/C).

Les art. 8 al. 2 **LMP rév.** et **AIMP rév.** étendent le champ d'application objectif du droit des marchés publics à l'octroi de concessions et à la délégation de tâches publiques, « lorsque le soumissionnaire se voit accorder des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ». Lors de la révision de l'AMP et de l'AIMP, on a souhaité procéder à un rapprochement avec le droit de l'Union européenne qui assujettit « aux règles des marchés publics également les concessions de travaux et de services selon la nouvelle directive *<Contrats de concession>* »⁶⁷. Le rapport explicatif mentionne que les concessions « sont assujetties au droit des marchés publics lorsqu'elles concernent une tâche étatique »⁶⁸. Bien que cette condition ne ressorte pas expressément du texte légal, nous relevons qu'elle correspond à celle de l'al. 1 où est définie la notion de marché public. A ce jour, la portée exacte de ces al. 2 reste sujette à discussion⁶⁹, de sorte qu'il n'est pas certain qu'ils visent les concessions de travaux.

Quoi qu'il en soit, l'**absence de réglementation spécifique** pour les PPP et les concessions de travaux ne signifie pas pour autant qu'ils ne devraient pas être soumis au droit des marchés publics, à savoir, pour les marchés fédéraux et cantonaux, l'AMP et l'accord entre la communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics, pour les marchés fédéraux, la LMP et l'OMP, pour les marchés cantonaux, l'AIMP et la réglementation cantonale, de façon générale, la LMI. Au contraire, l'existence d'un PPP ne constitue jamais un argument pour renoncer à l'application de ce droit⁷⁰. Reste à vérifier la manière dont les PPP, y compris les concessions de travaux, s'intègrent dans la réglementation du « **droit des marchés publics** » (ci-après IV et V).

⁶⁶ La Suisse n'a pas encore ratifié l'AMP révisé (« Accord sur les marchés publics révisé »), pourtant entré en vigueur en avril 2014 déjà (ci-après AMP rév.). Elle a établi un projet de nouvelle LMP, daté du 30 mars 2015 (LMP rév.), avec une nouvelle ordonnance. Le projet de loi transpose dans le droit suisse notamment les dispositions contraignantes de l'AMP révisé. Il propose en outre l'adoption de principes et de règles visant à harmoniser le droit des marchés publics à l'échelle de la Suisse, de manière à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. De même, à fin octobre 2016, les cantons sont en train de procéder à la révision de l'AIMP (AIMP rév.). Le dernier projet date du 18 septembre 2014.

⁶⁷ Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 17.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ POLTIER 2015, p. 9 ss.

⁷⁰ BEYELER 2012, ch. 925 ; GALLI ET ALII, ch. 270 ; arrêt de la CJUE C-215/09 ch. 34 ; Commission européenne 2004, ch. 69.

b) En droits européen et français

En droit européen, la **directive Marchés publics**⁷¹ régit la passation de marchés publics, alors que la **directive Contrats de concession** régit l'attribution des contrats de concession. Par concessions, la directive entend les concessions de travaux et les concessions de services. Le droit communautaire ne régit pas les PPP en tant que tels, ni ne les définit, mais s'applique néanmoins à ceux-ci en tant que marchés publics ou concessions. En raison de la subdivision fondamentale entre, d'un côté, les marchés publics, et, de l'autre, les concessions, les PPP peuvent être soumis, soit aux règles spécifiques de la directive Contrats de concession, soit aux règles ordinaires de la directive Marchés publics. En d'autres termes, le droit communautaire ne prévoyant pas de régime spécifique englobant le phénomène des PPP, il les soumet soit à l'une, soit à l'autre. Toutefois, le régime juridique applicable aux concessions de travaux se rapproche très fortement du régime des marchés publics.

En **France**, les contrats de la commande publique sont également structurés autour de la distinction entre les marchés publics d'une part (cf. art. 4 ordonnance Marchés publics) et les contrats de concession d'autre part (cf. art. 5 ordonnance Marchés publics). Toutefois, l'ordonnance Marchés publics régit expressément différents montages de PPP, unifiés sous la forme unique du « marché de partenariat » (art. 66 ss), par opposition aux contrats de concession. Ainsi, les marchés de partenariat s'opposent aux contrats de concession de travaux et de services.

2. La notion de « marché public »

a) La définition

L'**AMP** et l'**AMP rév.** adoptent une approche large du concept de « marché public », lequel est défini uniquement par les éléments suivants : (1) la conclusion d'un acte de nature contractuelle (2) par un pouvoir adjudicateur (3) pour la fourniture de marchandises et/ou de services⁷². La définition ne fait pas référence à l'accomplissement d'une tâche publique.

Le **TF** retient une définition plus restrictive. Il estime qu'il est question 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 elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques »⁷³. Selon cette définition, la notion de marchés publics se caractérise par le fait que la collectivité publique acquiert, en tant que demandeur, des produits ou services qui lui serviront à exécuter ses tâches publiques⁷⁴ (sur cette notion, cf. ci-après IV/C). En ce qui concerne le caractère synallagmatique de l'acte, le TF admet qu'il peut être compris non seulement dans un sens étroit, lorsque l'Etat acquiert une prestation moyennant une contre-prestation en faveur de l'adjudicataire, mais également dans un sens large, lorsque les deux parties exercent en commun une activité dans laquelle chacune fournit certaines prestations et reçoit des contre-prestations⁷⁵ (en ce qui concerne les modalités de la rémunération de la commande, cf. ci-après IV/D).

⁷¹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (par la suite directive Marchés publics).

⁷² L'AMP rév. apporte à ce sujet une précision à l'art. II par. 2 let. a/ii, dont il sera question ci-après (IV/C/1), lorsque sera abordée la condition de l'existence d'une tâche publique.

⁷³ ATF 125 I 209 c. 6b.

⁷⁴ Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1. Cf. ég. arrêt du TC-AG WBE.2014.187, in : AGVE 2014 n° 35 et BR/DC 2016 p. 42.

⁷⁵ Cf. arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1.2 ; cf. CLERC 2016 ; cf. ég. ATF 135 II 49 c. 4.3.1, qui rappelle que la définition de la notion de marché public que l'on trouve à l'ATF 125 I 209 a été critiquée par la doctrine, qui la trouve trop rigide et schématique, de sorte qu'elle ne permet qu'imparfaitement d'appréhender des situations plus complexes rencontrées dans la réalité économique. La présente étude s'attellera justement à mieux cerner les conditions qui servent à sa définition.

Les art. 8 al. 1 **LMP rév.** et **AIMP rév.** définissent le marché public comme « un contrat conclu entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires en vue d'exécuter une tâche publique. Ce contrat à titre onéreux est caractérisé par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire ». Cette définition est classique et correspond à celle retenue par le Tribunal fédéral, pour autant que l'on continue de comprendre la notion d'exécution d'une tâche publique dans une acceptation extrêmement large⁷⁶ (ci-après IV/C).

b) Les éléments caractéristiques

Au vu de ce qui précède, nous pouvons retenir sept éléments caractéristiques de la notion de marchés publics (autrement dit, sept conditions), que nous passerons brièvement en revue⁷⁷. Nous aurons l'occasion, dans la suite de notre travail, de les approfondir.

Premier élément caractéristique : le marché public a pour objet un **contrat synallagmatique**, soit un acte bilatéral obligeant deux ou plusieurs parties (cf. art. I par. 2 AMP : « marchés passés par tout moyen contractuel »). Il importe donc qu'il y ait toujours une relation d'échanges (« *synallagma* »)⁷⁸.

Deuxième élément caractéristique : le marché public implique d'un côté un acteur public et de l'autre un opérateur du **secteur privé**. Un marché public est un contrat conclu par un pouvoir adjudicateur avec un tiers.

Troisième élément caractéristique : il incombe à l'opérateur privé de fournir la **prestation caractéristique** (fournitures, travaux ou services). La fourniture, respectivement l'acquisition, de la prestation caractéristique intervient suite à une **commande publique**, par laquelle le pouvoir adjudicateur intervient sur le marché libre en tant que demandeur ou acquéreur de prestations.

Quatrième élément caractéristique : le pouvoir adjudicateur acquiert les moyens dont il a besoin pour exécuter **ses tâches publiques**. En conséquence, l'acquisition de prestations (produits ou services) (le « marché ») doit permettre à l'Etat d'exécuter une tâche publique qui lui incombe. En effet, on se trouve en présence d'un marché public lorsque l'Etat acquiert « les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques »⁷⁹. L'activité exercée par l'entreprise privée doit ainsi servir à l'accomplissement de tâches publiques⁸⁰.

Cinquième élément caractéristique : il faut que l'échange de prestations entre les partenaires publics et privés présente un caractère **onéreux**, car le marché public est un contrat passé à titre onéreux. Il faut qu'il y ait un équilibre entre les prestations échangées, équilibre qui doit être apprécié à l'aune des conditions du marché⁸¹.

Sixième élément caractéristique : le pouvoir adjudicateur conserve la responsabilité de la tâche publique et l'exerce en utilisant les ressources acquises auprès des entreprises privées. C'est donc l'Etat qui assume les **risques** d'exécution de la tâche publique en question⁸². Il doit prendre à sa charge les aléas liés à la gestion de l'ouvrage, en assurant par exemple le

⁷⁶ POLTIER 2015, p. 5.

⁷⁷ Cf. BEYELER 2012, ch. 631 ss.

⁷⁸ Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1.2.

⁷⁹ ATF 125 I 209 c. 6b ; ATF 135 II 49 c. 5.2 ; arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1.2 ; cf. ég. arrêt du TC-FR 602 2012 123 et 127 c. 5.

⁸⁰ Cpr. arrêt du TF 2C_1131/2013 c. 1.2.2 ; cf. ég. arrêt du TC-LU 7H 13 98 c. 10.2, in : LGVE 2014 IV n° 1.

⁸¹ POLTIER 2014, p. 91.

⁸² BELLANGER ET ALII, p. 44 ; cf. BEYELER 2012, note 750.

remboursement des financements. Dans un marché public, l'élément du risque est à la charge du pouvoir adjudicateur⁸³.

Septième élément caractéristique : l'opérateur privé doit être motivé pour des raisons **commerciales**⁸⁴.

B Les droits octroyés au partenaire privé

1. Introduction

Les PPP incluent un élément de durée et un financement d'origine privé (ci-devant II/A/1/b), le partenaire privé étant en principe rémunéré de façon échelonnée pendant la durée du partenariat. Lorsque le partenaire privé, chargé de construire un ouvrage, est également tenu de l'exploiter, il doit disposer de droits suffisants à cet effet. En conséquence, il est fréquent que le pouvoir adjudicateur octroie, à son partenaire privé, certains droits, en parallèle à la passation de la commande publique.

Habituellement, ces droits portent sur le bien-fonds, propriété de la collectivité publique, qui constitue le moyen indispensable pour « développer la relation de partenariat avec l'investisseur en vue de la réalisation d'un projet immobilier »⁸⁵. Dans ce cas, le PPP s'accompagne de l'octroi d'un droit distinct et permanent (ci-après 2) et/ou de l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public (ci-après 3). L'octroi de tels droits soulève de nombreuses questions qui doivent être traitées avant de vérifier si la commande publique intervenant dans le cadre d'un PPP peut être qualifiée de « marché public » (ci-après IV).

2. L'octroi d'un droit distinct et permanent

Pour permettre la réalisation de l'ouvrage et son exploitation, le partenaire acquiert fréquemment un droit distinct et permanent (mais néanmoins limité à cent ans ; art. 779I CC) sur le bien-fonds, propriété du pouvoir adjudicateur, sous la forme d'un **droit de superficie**. Le droit de superficie est défini comme la faculté du propriétaire d'établir en faveur d'un tiers une servitude (à savoir un droit réel limité), conférant à ce tiers le droit d'avoir ou de faire des constructions sur le fonds grevé. En d'autres termes, il permet de séparer la propriété de la parcelle de celle des constructions, de sorte que le partenaire privé deviendra propriétaire des constructions qu'il y érigera.

En soi, l'octroi d'un droit distinct et permanent sous forme de droit de superficie à un partenaire privé n'exige **pas** l'application du **droit des marchés publics**. En effet, la collectivité ne commande rien, mais au contraire « loue » (ou « vend ») l'utilisation du terrain qui lui appartient, contre le paiement d'une rente de superficière⁸⁶. Autrement dit, le versement par le partenaire privé d'une rente de superficière correspond au cas de figure où la collectivité loue (ou vend) une parcelle contre rémunération, de sorte qu'elle n'acquiert rien.

3. L'octroi d'une concession d'usage privatif

a) L'application du droit des marchés publics à l'octroi d'une concession

L'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public n'est **pas un marché public**. L'Etat n'acquiert rien, mais confère, au contraire, un droit à une entité privée et reçoit (en règle générale) une contre-prestation à ce titre, appelée redevance. L'autorité concédante se trouve dans une position, non pas d'un acquéreur de prestations, mais d'un offerant, se proposant de vendre le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales, moyennant une redevance

⁸³ Commission européenne 2000, p. 3.

⁸⁴ Cf. BEYELER 2012, ch. 699 ss.

⁸⁵ PERRITAZ, p. 488.

⁸⁶ ZUFFEREY 2014, p. 367.

et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire. Il en va de même en cas de concession de monopole.

La prestation caractéristique, qui est le transfert du monopole, est fournie par la collectivité publique, ce qui suffit déjà à exclure la qualification de marché public⁸⁷. De plus, l'un des éléments caractéristiques du marché public, soit le paiement par l'Etat d'un prix en échange de la prestation privée, fait défaut. Les fonds publics ne sont pas diminués, mais augmentés par la redevance. La jurisprudence l'a encore récemment confirmé⁸⁸.

Quand bien même le droit des marchés publics n'est pas applicable, l'octroi d'une concession communale ou cantonale est soumis à l'**art. 2 al. 7 LMI**⁸⁹. Selon cette disposition, la transmission de l'exploitation d'un monopole doit faire l'objet d'une procédure similaire à un marché public⁹⁰.

Exceptionnellement, l'octroi d'une concession peut s'accompagner d'une obligation, pour le concessionnaire, de fournir des **contre-prestations annexes**. Si ces contre-prestations annexes peuvent faire l'objet d'un marché public, sont d'une certaine ampleur et sont totalement dissociables de la concession octroyée, elles doivent être octroyées conformément au **droit des marchés publics**⁹¹. Tel est le cas par exemple de l'octroi d'une concession d'affichage sur le domaine public, accompagnée d'une charge pour le concessionnaire qui doit mettre sur pied un système de vélos en libre service. Cette contre-prestation, dissociable de la concession proprement dite, entre clairement dans la notion de marché public et doit être soumise aux règles sur les marchés publics⁹². La raison est essentiellement due au fait que le montant de la redevance que les soumissionnaires sont prêts à payer pour l'acquisition du monopole d'affichage dépend directement des investissements qu'ils doivent consentir pour respecter les obligations annexes à la concession.

b) Un PPP avec une concession d'usage privatif

Comme nous l'avons relevé (ci-devant II/B/2/b), les PPP, et notamment les concessions de travaux, peuvent inclure une concession d'usage privatif (voire une concession de monopole), mais ils ne le doivent pas. En effet, il est fréquent que les PPP concernent des projets dont la réalisation exige une concession de la part des pouvoirs publics⁹³. En particulier, si le partenariat porte sur la réalisation d'un ouvrage situé sur le **domaine public**, puis son exploitation durant une certaine durée, l'octroi d'une concession d'usage exclusif (c'est-à-dire une concession d'utilisation du domaine public) entre en considération (ci-devant II/B/1). Le pouvoir public doit en effet céder au partenaire contractuel le droit d'exercer sur le domaine public une certaine activité économique durant une certaine période.

En d'autres mots, en octroyant à un partenaire privé le droit d'utiliser le domaine public pour y construire des ouvrages et les exploiter, une fois ceux-ci réalisés, le pouvoir adjudicateur lui

⁸⁷ POLTIER 2014, p. 111, en relation avec les concessions de services publics.

⁸⁸ ATF 141 II 113 c. 1.2.1 ; arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1 ; ATF 135 II 49 ; ATF 125 II 201 ; ATF 125 I 209 c. 6b ; ATA-VD MPU.2015.0011 c. 1b.

⁸⁹ L'art. 2 al. 7 LMI prévoit que « la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ». Il est applicable sans autres aux monopoles de droit, c'est-à-dire aux situations dans lesquelles le droit d'exercer une activité économique est réservé à l'Etat. A notre avis (cf. ég. ATA-VD MPU.2015.0011 c. 1c, relatif à une concession d'un monopole public d'affichage et les références citées), il est également applicable à la transmission d'un monopole de fait sur le domaine public (ce qui consiste en l'octroi à un tiers d'une concession d'usage privatif du domaine public - sur ces notions, cf. DUBEY/ZUFFEREY, ch. 1386 ; sur la question, cf. POLTIER 2013, p. 1887).

⁹⁰ Cf. à cet égard, ATA-VD MPU.2015.0011 c. 1c et les nombreuses références citées ; ATF 135 II 49 c. 4.1.

⁹¹ Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.1 ; ATF 135 II 49 c. 5.2.2.

⁹² ATF 135 II 49.

⁹³ ZUFFEREY 2010, p. 265.

octroie une concession d'usage privatif du domaine public, puisqu'il dispose d'un monopole de fait sur le domaine public. Le partenaire privé doit verser à la collectivité publique une redevance en échange du droit d'exercer un usage exclusif du domaine public.

La concession sera fréquemment doublée de l'octroi d'un droit distinct et permanent sous forme d'un droit de superficie, afin que le tiers puisse construire les ouvrages en son nom, en qualité de maître de l'ouvrage. A notre avis, la rente de superficière et la redevance du concessionnaire ne constituent en réalité qu'une **seule et unique rémunération** de la collectivité publique par le partenaire privé. A noter que, pour pouvoir librement disposer des terrains concernés, le pouvoir adjudicateur devra satisfaire aux exigences de la loi sur le domaine public⁹⁴.

En revanche, il ne saurait être question d'une concession d'usage privatif si le projet est réalisé sur un bien-fonds appartenant au **patrimoine financier** de la collectivité publique. Le patrimoine financier est « composé des actifs détenus par l'Etat pour en retirer des revenus ou pour valoriser le capital et qui peuvent être aliénés sans porter préjudice à l'accomplissement des tâches publiques »⁹⁵. A noter que l'utilisation du patrimoine financier pour un PPP ne permet pas pour autant d'en déduire que le droit des marchés publics ne serait pas applicable à l'opération. La libre disposition du patrimoine financier signifie seulement que l'utilisation d'un bien-fonds pour l'exécution d'une tâche publique par un partenaire privé est possible et autorisée⁹⁶. C'est la raison pour laquelle il convient de vérifier si l'opération en cause répond à la définition du marché public, voire à celle de concession de travaux, présentées ci-devant.

c) Le régime juridique des PPP incluant une concession

Lorsqu'un PPP inclut une concession d'usage exclusif (c'est-à-dire une concession d'utilisation du domaine public), il n'est pas possible, pour les raisons suivantes, d'appliquer uniquement le régime juridique applicable aux concessions, tel que nous venons de l'exposer (ci-devant a), et de renoncer à vérifier si le droit des marchés publics s'applique.

D'une part, les PPP, y compris les concessions de travaux, se distinguent des concessions de monopole ou d'usage privatif du domaine public, notamment par le fait qu'ils **procèdent d'une commande publique** (ci-devant III/A/2 et II/A/1/b ; ci-après IV/B). Par exemple, dans le cadre d'un PPPI, la participation du pouvoir adjudicateur ne se limite pas à créer les bases légales nécessaires à la construction, en octroyant une concession d'usage privatif du domaine public ou un droit de superficie ; le pouvoir adjudicateur veut participer à la société de projet et lui attribuer un projet qu'elle sera chargée de réaliser. En revanche, dans le cadre d'une concession de monopole ou d'usage privatif, le concédant se limite à jouer un rôle régulateur des activités concédées, dans l'intérêt public⁹⁷. Une concession d'usage privatif concerne le droit octroyé à une personne privée d'utiliser une partie du domaine public à des fins commerciales ; elle ne permet pas, en tant que telle, à l'Etat, d'obtenir directement une prestation. En octroyant une telle concession, l'Etat ne cherche donc pas principalement à obtenir un service⁹⁸.

D'autre part, comme les PPP sont fondés sur des accords complexes et globaux, ils comprennent la construction et le financement des ouvrages, voire leur exploitation une fois ceux-ci construits. En conséquence, il n'est **pas possible de dissocier les différentes parties** du marché⁹⁹. L'obligation de réaliser l'ouvrage n'est pas une contre-prestation « dissociable » que doit fournir le tiers pour avoir le droit d'exploiter l'ouvrage. La réalisation de l'ouvrage est, au contraire, une prestation indissociable de la concession octroyée. En effet, l'octroi de la

⁹⁴ Cf. ZUFFEREY 2014, p. 367.

⁹⁵ Cf. art. 8 loi genevoise sur la gestion administrative et financière de l'Etat (RS-GE D 1 05).

⁹⁶ BEYELER 2012, note de bas de page 923. Cf. ég. BOVET, p. 66.

⁹⁷ BEYELER 2012, ch. 829.

⁹⁸ BELLANGER, p. 189.

⁹⁹ Cf. BELLANGER, p. 176.

concession s'accompagne obligatoirement d'une commande portant sur la réalisation de l'ouvrage. L'usage de la concession octroyée permet en réalité le financement des travaux de réalisation de l'ouvrage.

En conséquence, indépendamment de la présence ou non d'une concession d'usage privatif du domaine public, tout PPP nécessite de vérifier si la commande publique, portant sur la construction d'un ouvrage, puis, éventuellement, son exploitation, peut être qualifiée de « **marché public** » (IV). On précisera d'ores et déjà que si le PPP ne peut pas être qualifié de marché public, mais de concession de travaux, il conviendra de vérifier si les concessions de travaux doivent être assujetties aux règles du droit des marchés publics (V).

IV. Les PPP en tant que « marchés publics »

A Introduction

L'identification de l'existence d'un PPP, au moyen des critères définis ci-devant, ne produit aucun effet juridique, en l'absence de réglementation spécifique. C'est en réalité sa qualification, eu égard à son objet, de « marché public », qui seule est en mesure de déclencher l'application du **droit des marchés publics**, encadrant aussi bien la formation que l'exécution du PPP¹⁰⁰. Ainsi, un PPP qui peut être qualifié de « marché public » doit être assujéti au droit des marchés publics. C'est pourquoi, il convient toujours de vérifier si c'est bien le partenaire privé qui fournit la prestation caractéristique, suite à une commande du pouvoir adjudicateur (ci-après B), si cette commande vise à satisfaire une tâche publique (ci-après C), si elle est rémunérée (ci-après D) et si le pouvoir adjudicateur supporte les risques (ci-après E). Les autres éléments de la notion de « marché public » sont habituellement tous remplis dans le cadre d'un PPP (ci-devant III/A/2).

Comme nous aurons l'occasion de le vérifier ci-après, les **concessions de travaux**, qui sont une forme de PPP, ne peuvent pas être qualifiées de « marchés publics ». Dans ce cas, quand bien même elles ne sont pas des marchés publics, la question de leur assujettissement au « droit des marchés publics » devra être tranchée (ci-après V).

B La fourniture de la prestation caractéristique (3^{ème} élément caractéristique)

1. Introduction

Pour satisfaire ses besoins, l'Etat doit passer une **commande**. La commande publique est un terme générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins. Les marchés publics interviennent dans ce cadre, puisqu'ils sont « passés pour les besoins des pouvoirs publics » (cf. art. II par. 2 AMP rév.). La fourniture, respectivement l'acquisition, de la prestation caractéristique découle d'une commande publique, par laquelle le pouvoir adjudicateur intervient sur le marché libre en tant que demandeur ou acquéreur de prestations ; il est consommateur de la prestation. C'est la commande publique qui donne lieu à un appel d'offres.

En conséquence, il incombe à l'opérateur privé de fournir la **prestation caractéristique** (fournitures, travaux ou services), la collectivité se contentant de « payer » la prestation reçue¹⁰¹. La prestation caractéristique est donc celle qui est « rémunérée », étant d'ores et déjà précisé que la notion de rémunération doit être comprise dans un sens large. Elle n'est donc pas le versement monétaire, mais l'autre prestation convenue. Dans les contrats d'aliénation, il s'agit

¹⁰⁰ Cf. BERRAMDANE, Section 2.

¹⁰¹ Cf. POLTIER 2014, ch. 165. On relèvera que le paiement peut être effectué directement ou indirectement (ci-après D).

de la prestation de l'aliénateur ; dans le mandat ou le contrat d'entreprise, il s'agit de la prestation de services fournie¹⁰². Il n'est pas exigé que le pouvoir adjudicateur utilise lui-même la prestation caractéristique. L'utilisation par des tiers (bénéficiaires d'une tâche publique) ne change rien à la qualification de marché public¹⁰³ ; autrement dit, le fait que le pouvoir adjudicateur attribue la prestation à un tiers n'a pas d'importance.

2. La nécessité d'un examen économique global

Face à un PPP, qui est par essence une opération économique complexe, c'est toute l'opération qui doit être soumise à un examen économique global, afin de prendre en compte l'ensemble des flux de prestations. Si, parmi les nombreux échanges de prestations qui ont lieu dans le cadre du PPP, la collectivité fournit une prestation, cela ne signifie pas pour autant que l'opération, dans sa globalité, puisse être exclue du champ d'application du droit des marchés publics. En effet, seule une analyse de toute l'opération permet d'en cerner tous les contours¹⁰⁴.

Cette analyse nécessite de vérifier en premier lieu si le PPP est lié à une **commande publique**, passée par un pouvoir adjudicateur à un partenaire privé et portant sur l'acquisition d'ouvrages et des services liés à l'exploitation de ces derniers. Si tel est le cas, le partenaire privé est tenu de fournir la prestation caractéristique, prestation qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur qui l'a précédemment commandée.

Exceptionnellement, des PPP peuvent être envisagés **sans** qu'ils aient été initiés par une **commande publique**. L'initiative d'un PPP peut en effet revenir au partenaire privé qui aborde une collectivité publique à cet effet. Or, l'absence de commande publique à l'origine du partenariat ne suffit cependant pas pour renoncer à l'application du droit des marchés publics. Premièrement, il convient toujours de considérer de façon globale le partenariat envisagé. Ce n'est pas l'origine du partenariat qui est un critère déterminant, mais bien la question de savoir si le pouvoir adjudicateur conclut une convention de partenariat avec un tiers pour satisfaire ou non ses besoins, en exécution d'une tâche publique (ci-après IV/C). Deuxièmement, quand bien même ce serait un partenaire privé qui serait à l'origine du partenariat, il convient toujours de vérifier si l'exécution du partenariat ne répond pas en réalité à un besoin du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'en définitive, il faille admettre l'existence d'une véritable commande publique.

En revanche, lorsque l'initiative de la construction d'un ouvrage (par exemple un parking ou un chauffage à distance) émane de promoteurs privés et que le pouvoir adjudicateur se limite à octroyer à cette fin une concession d'usage privatif du domaine public (ci-devant III/B/3), sans poursuivre l'exécution d'une tâche publique, le **droit des marchés publics n'est pas applicable**¹⁰⁵. En effet, le pouvoir adjudicateur se limite à mettre à disposition du promoteur privé la prestation caractéristique qui définit l'opération (mise à disposition du domaine public), sans chercher à satisfaire des besoins en exécution d'une tâche publique. Ce faisant, il n'acquiert pas la prestation caractéristique¹⁰⁶.

¹⁰² POLTIER 2014, ch. 165.

¹⁰³ Cf. Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 17 ; arrêt du TC-LU 7H 13 98 c. 10.2, in : LGVE 2014 IV n° 1.

¹⁰⁴ Cf. en ce sens, BEYELER 2008, p. 123. Cf. ég. JÄGER, p. 12.

¹⁰⁵ Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.3 et 6.4. Cf. ég. arrêt du TC-FR 602 2012 123 et 127, où le Tribunal cantonal a retenu que la construction et l'exploitation d'un chauffage à distance ne devait pas être considéré comme une tâche cantonale ou communale. Partant, si un particulier se lance dans cette activité, ce simple fait ne permet à celle-ci de devenir une tâche cantonale ou communale (c. 5), le seul point de rattachement avec la commune étant la mise à disposition du domaine public pour le passage des conduites (c. 2).

¹⁰⁶ Il en va de même si l'Etat se sépare d'un élément de son patrimoine (par exemple de son patrimoine financier) et qu'il reçoit un prix en contrepartie. Dans ce cas, cela ne constitue pas un marché public (POLTIER 2014, p. 99 et les références citées ; CJUE C-451/08 ch. 41).

C L'existence d'une tâche publique (4^{ème} élément caractéristique)

Par un marché public, le pouvoir adjudicateur acquiert les moyens dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. Cet élément de la notion de marché public soulève deux questions fondamentales sur la portée de la notion de « tâche publique » (ci-après 1 et 2).

1. La notion de tâche publique en droit des marchés publics

Les activités que l'Etat exerce sont multiples. Premièrement, il exerce des activités qui répondent à la notion de **tâche publique**. Une tâche publique est une activité que la loi impartit à l'Etat, avec l'obligation d'agir en vue de la préservation ou de la réalisation d'un certain intérêt public¹⁰⁷. Deuxièmement, l'Etat exerce des activités étatiques **d'intérêt public**. Celles-ci peuvent être des tâches publiques, mais la notion est plus large, puisque l'Etat peut agir sans que la loi ne l'oblige à agir. Troisièmement, l'Etat peut également exercer des activités étatiques sur un marché, afin d'y réaliser des profits, en poursuivant un **intérêt financier** qui consiste à disposer des ressources suffisantes pour accomplir l'ensemble de ses tâches. Entrent notamment dans cette catégorie toutes les activités de gestion du patrimoine financier de l'Etat, patrimoine qui comprend les biens de l'Etat qui ne sont pas directement affectés à la poursuite d'un intérêt public (à ce sujet, ci-devant III/B/3/b).

La première question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si la notion de tâche publique qui détermine l'application du droit des marchés publics doit être comprise dans un sens étroit ou si elle vise toute forme d'activité de l'Etat, à savoir non seulement les activités étatiques répondant à la notion de « tâche publique » au sens strict, mais également les activités étatiques d'intérêt public et les activités exercées sur un marché et par lesquelles le pouvoir adjudicateur poursuit un intérêt financier.

Pour le **TF**, « la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler »¹⁰⁸. Ainsi, le TF considère que le champ d'application objectif du droit des marchés publics s'étend non seulement aux tâches publiques au sens strict, mais également aux activités d'intérêt public. Toutefois, il ne s'est pas clairement déterminé sur son extension aux opérations relevant de la gestion du patrimoine financier de l'Etat.

Les projets de **révision de la LMP et de l'AIMP** prévoient désormais que le droit des marchés publics est applicable « en vue d'exécuter une tâche publique » (art. 8 al. 1 LMP rév. et AIMP rév.)¹⁰⁹. Les rapports explicatifs confirment que les tâches ou services « qui servent uniquement des intérêts privés n'entrent pas dans le champ d'application du droit des marchés publics »¹¹⁰ ; autrement dit, les acquisitions qui interviennent dans le contexte d'une activité commerciale de

¹⁰⁷ Cf. DUBÉY/ZUFFEREY, ch. 567 ss. Une tâche publique est une activité d'intérêt public dont la loi attribue l'exercice à l'Etat. Elle suppose qu'un intérêt public soit reconnu ; que cette reconnaissance soit consacrée dans une loi ; que cette loi attribue à la collectivité la compétence de déployer une certaine activité pour en assurer la protection, voire de déléguer l'exercice de cette activité. Sur la notion de tâche publique, cf. ég. VOISARD, p. 211 ; RÜTSCHÉ, p. 157.

¹⁰⁸ ATF 135 II 49 c. 5.2.2. Ainsi, la mise sur pied d'un système de vélos en libre service représente pour l'autorité « un moyen de réaliser une tâche publique », à savoir celle de la « promotion de la mobilité douce en ville, afin, notamment, de limiter les nuisances liées au trafic motorisé » (c. 5.1 : moyen utile à l'accomplissement de ses tâches publiques). Cf. ég. arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.2.3. D'un avis contraire, à tort : arrêt du TA-ZH VB.2015.00158, avec le commentaire de BEYELER 2016.

¹⁰⁹ Le rapport AIMP rév. confirme le fait que la prestation achetée « doit permettre à l'adjudicateur public de s'acquitter de la tâche qui lui est attribuée » (Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16). Ce doit être une tâche attribuée « à l'Etat en vertu d'un acte juridique : tâches policières, services publics d'intérêt général ou encore protection de l'environnement ».

¹¹⁰ Département fédéral des finances, p. 28 ; Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16.

l'Etat ne sont pas assujetties¹¹¹. La portée de la notion de tâche publique n'est toutefois pas davantage définie.

De son côté, l'**AMP rév.** définit l'expression « marchés couverts » comme les marchés qui sont passés pour les besoins des pouvoirs publics et qui portent sur des marchandises et/ou des services « qui ne sont pas acquis pour être vendus ou revendus dans le commerce ni pour servir à la production ou à la fourniture de marchandises ou de services destinés à la vente ou à la revente dans le commerce » (art. II par. 2 let. a/ii). Pour la doctrine, cet article autoriserait expressément le non assujettissement des acquisitions « qui interviennent dans le contexte d'une activité commerciale des entités publiques »¹¹², pour autant que les activités commerciales des pouvoirs adjudicateurs soient exposées pleinement aux risques de la concurrence¹¹³.

Certains auteurs en **doctrine** critiquent la position du TF et le projet de révision portant sur le non assujettissement des activités commerciales des pouvoirs adjudicateurs. Ils estiment que le droit des marchés publics devrait également s'appliquer lorsque l'Etat gère son patrimoine financier¹¹⁴. Ainsi, « dès l'instant où l'adjudicateur est une collectivité publique, peu importe de savoir quel objectif il poursuit avec sa commande, qu'il paiera de toute façon avec des deniers publics. Avec cette formulation, on peut parier que les adjudicateurs (communaux) tenteront de soustraire certains de leurs marchés à toute soumission en arguant que ceux-ci ne reposent pas sur une tâche publique »¹¹⁵.

En **droit européen**, la question de savoir si les travaux envisagés visent à satisfaire un objectif d'intérêt public n'est pas pertinente. La directive Marchés publics ne fait pas de distinction entre les marchés publics de travaux passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission¹¹⁶. Un « marché public de travaux » a notamment pour objet la « réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception » (art. 2 § 6 let. c directive Marchés publics). Dans les considérants introductifs, il est indiqué que « la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par un pouvoir adjudicateur requiert que le pouvoir en question ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci. Le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux » (ch. 9). De même, en cas de concession de travaux, l'exécution de travaux consiste notamment dans « la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur ou

¹¹¹ Cf. POLTIER 2014, p. 100.

¹¹² Cf. POLTIER 2014, p. 100. A notre avis, cette interprétation ne correspond pas littéralement au texte de l'AMP, qui vise les seules opérations d'acquisition destinées à la vente ou à la revente.

¹¹³ Cf. BEYELER 2014 ch. 19 ss ; cf. ég. POLTIER 2015, p. 5. Ces auteurs insistent sur le fait que l'exemption d'activités commerciales à l'application du droit des marchés publics ne peut être admise que si celles-ci sont exposées pleinement à la concurrence. Partant, certaines acquisitions qui visent à permettre des activités qui ne sont pas des tâches publiques mais qui ne peuvent pas non plus être qualifiées de commerciales, « parce que, bénéficiant de subventions ou d'un soutien analogue, elles ne sont pas exposées à un régime de pleine concurrence, devraient alors faire l'objet d'un appel d'offres » (POLTIER 2015, p. 5 note 10).

¹¹⁴ BEYELER 2008 indique qu'il doit s'agir de « *Erfüllung öffentlicher Aufgaben (im weitesten Sinne)* » (p. 121). Selon POLTIER 2014, l'Etat passe des marchés publics « lorsqu'il conclut des contrats dans le cadre de la gestion de son patrimoine financier », même s'il réserve certaines exceptions à caractère ponctuel (p. 99). Cf. ég. BEYELER 2012, ch. 676 ss.

¹¹⁵ ZUFFEREY/STÖCKLI 2015, p. 16.

¹¹⁶ Arrêt de la CJUE C-44/96 ch. 32 sv. L'absence de distinction s'explique par l'objectif de la directive qui vise à exclure le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux « lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs ».

l'entité adjudicatrice qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage » (art. 5 § 7 directive Contrats de concession).

Toutefois, la Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser les notions, très larges, de marchés publics et de concession de travaux. Pour que le **droit des marchés publics** s'applique, il faut que les travaux soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur. Tel est le cas (1) si le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché ; (2) si le pouvoir adjudicateur dispose d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique ; (3) si le pouvoir adjudicateur bénéficie d'avantages économiques tirés de l'utilisation ou de la cession future de l'ouvrage ; (4) si le pouvoir adjudicateur a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ; (5) ou si le pouvoir adjudicateur assume des risques en cas d'échec économique de l'ouvrage¹¹⁷.

En revanche, si l'administration publique ne fait qu'exercer des « compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général » ou si elle se limite à examiner certains plans de construction qui lui sont soumis, le droit des marchés publics n'est **pas applicable**¹¹⁸, car l'activité du pouvoir adjudicateur n'a, pour objet, ni la réception d'une prestation contractuelle, ni la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur consistant en l'exercice, par la ville, de sa compétence en matière d'urbanisme, visant au développement et à la cohérence urbanistique d'une partie de la commune, n'est pas suffisant.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons retenir qu'en l'état actuel du droit et de la jurisprudence, les PPP peuvent être soumis **au droit des marchés publics** pour autant qu'ils soient liés à l'accomplissement d'une tâche publique, comprise dans un sens large. Quand bien même la notion européenne de l'« intérêt économique direct » du pouvoir adjudicateur n'existe pas en droit suisse, elle est, à notre avis, utile lorsqu'il convient de déterminer si les ouvrages à réaliser doivent pas être considérés comme répondant aux besoins de la collectivité publique et s'ils ont pour objectif de lui permettre d'accomplir ses tâches publiques¹¹⁹.

2. L'origine de la tâche publique

La seconde question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si la tâche publique doit découler de la loi. Alors que la **LMP rév. et l'AIMP rév.** indiquent simplement que le marché public est un contrat conclu « en vue d'exécuter une tâche publique », les rapports explicatifs précisent que les tâches publiques sont celles que l'Etat doit « accomplir en raison d'une norme juridique »¹²⁰. Il faudrait ainsi que l'on soit en présence d'une tâche attribuée à l'Etat par un acte juridique. De son côté, le **TF** a indiqué que la tâche publique est celle que l'Etat se donne, de par la loi, comme tâche à exécuter¹²¹.

Certes, l'Etat ne peut agir que si une loi l'y contraint, respectivement l'y autorise. Ceci est une émanation du principe de légalité (art. 5 al. 1 Cst.)¹²². En effet, « selon le principe de la légalité, un acte étatique doit se fonder sur une base légale matérielle, qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe étatique compétent. Ce principe répond d'une part au besoin démocratique d'assurer la sécurité de l'organisation des compétences étatiques, d'autre part à la nécessité de l'Etat de garantir l'égalité, la prévisibilité et la visibilité de son action. Le principe

¹¹⁷ Arrêt de la CJUE C-451/06 ch. 50 à 52 et 58.

¹¹⁸ Arrêt de la CJUE C-451/08 ch. 57 sv. et 68.

¹¹⁹ Pour des cas d'application, cf. ci-après 3 et les notes de bas de page y relatives. Cf. ég. note de bas de page 145.

¹²⁰ Département fédéral des finances, p. 28 ; Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16.

¹²¹ Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.2.3 ; arrêt du TA-AG WBE.2014.187, in : AGVE 2014 n° 35 et BR/DC 2016 p. 42 ; arrêt du TC-LU 7H 13 98 c. 10.3, in : LGVE 2014 IV n° 1 ; cf. ég. BEYELER 2012, ch. 677 ; RÜTSCHÉ, p. 158.

¹²² Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.2.3.

de la légalité vaut pour tous les actes de l'administration, y compris pour l'administration de prestation (...). Cette règle est prévue à l'art. 5 al. 1 Cst. et a rang de principe constitutionnel »¹²³. Toutefois, nous sommes d'avis qu'il est possible de **renoncer à l'existence d'une base légale précise**, qui décrirait expressément l'activité effectuée¹²⁴, afin de ne pas limiter le champ d'application objectif du droit des marchés publics de façon contraire aux engagements internationaux.

3. Les PPP sans lien avec l'exécution d'une tâche publique

Au vu de ce qui précède, les PPP sans lien avec l'exécution d'une tâche publique (comprise dans un sens large), mais qui concernent des activités commerciales exposées pleinement à la concurrence, ne devraient **pas être soumis au droit des marchés publics**, car ils ne participent pas à la réalisation d'une tâche publique¹²⁵. Cette exemption du champ d'application objectif du droit des marchés publics viserait par exemple les PPP liés à la réalisation d'ouvrages de caractère purement privé, n'ayant pas pour objectif de permettre à la collectivité publique d'accomplir ses tâches publiques¹²⁶.

Toutefois, l'exemption n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de devoir respecter les **principes habituels** à toute forme d'activité administrative. L'État reste tenu, lorsqu'il doit sélectionner une personne parmi plusieurs privés intéressés à faire affaire avec lui, de respecter les principes de l'égalité de traitement, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de la neutralité concurrentielle. La sélection doit donc s'opérer dans le cadre d'une procédure équitable et conforme aux principes de l'État de droit. À cet égard, on parle souvent de procédure « analogue » à celles que prévoit le droit des marchés publics¹²⁷.

¹²³ ATF 130 I 1 c. 3.1, JdT 2005 I 652.

¹²⁴ BEYELER 2012, ch. 680 ss. Cf. ég. arrêt du TC-GR du 16 décembre 2014 U 13 101 c. 2e, où le Tribunal cantonal des Grisons a retenu que tout ce qui est entrepris par une autorité publique dans l'intérêt public doit être considéré comme une tâche publique selon le droit des marchés publics et qu'une acquisition effectuée dans ce contexte doit être défini comme étant un marché public.

On relève qu'à Fribourg, l'art. 5 de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes (RSF 140.1) prévoit que « la commune accomplit les tâches qui lui sont dévolues par la loi et celles qu'elle décide d'assumer ». Il s'agit là d'une base légale générale permettant à l'assemblée communale de décider d'assumer des tâches publiques spécifiques, non expressément prévues par la réglementation. L'activité communale exercée devient ainsi une tâche communale et, partant, une tâche publique, indépendamment de son ancrage légal antérieur. Cf. ég. arrêt du TA-AG WBE.2014.187, in : AGVE 2014 n° 35 et BR/DC 2016 p. 42, où le Tribunal se réfère à un article constitutionnel formulé de manière générale. Cf. ég. note de bas de page 145.

¹²⁵ On rappelle que le simple fait qu'une activité soit exposée aux risques de la concurrence ne suffit pas pour considérer qu'il s'agirait d'une activité commerciale ; cf. ci-devant note de bas de page 113. Cf. RÜTSCHÉ, p. 162.

¹²⁶ Par exemple, le pouvoir adjudicateur met à disposition d'un investisseur des terrains pour la construction d'hôtels, de surfaces commerciales ou d'appartements, la réalisation de telles infrastructures ne répondant en principe pas à l'exécution d'une tâche d'intérêt public, mais à son simple intérêt financier. Cf. en ce sens, arrêt du TC-SZ VGE 817/06, in : BR/DC 2008 p. 88.

A notre avis, il conviendrait de faire attention à ce que le pouvoir adjudicateur, en sa qualité de partenaire du PPP, se limite à fixer les grandes lignes des ouvrages souhaités, comme il le ferait dans le cadre d'un plan de détail, sans définir précisément les caractéristiques des ouvrages ; qu'il n'exerce pas une influence déterminante sur la conception des ouvrages à réaliser et leur réalisation ; qu'il se limite à octroyer à l'investisseur retenu le droit d'ériger des ouvrages, en agissant comme autorité de régulation d'une activité privée. Cette solution serait compatible avec la jurisprudence européenne (arrêt de la CJUE C-451/08 ch. 57 sv. et 67 ; cf. ég. arrêt de la CJUE C-220/05 ch. 33 et 39 ss) et avec les derniers développements du TF (arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.2.5 ; cf. ci-après V/B et notes de bas de page 142 à 145).

Dans l'affaire C-576/10, l'avocat général a rappelé que les fonctions du projet à réaliser avaient été définies avec précision par la Commune (centre de soins, centre de jeux, d'intégration et d'études, avec des appartements, extension du centre de soins existant avec un parc de stationnement souterrain, centre commercial avec des logements, parc de stationnement souterrain et d'autres logements encore). Pour lui, cette ingénierie démontrait « l'intérêt économique direct de la Commune dans le projet » et que la Commune allait ainsi bien au-delà du simple fait d'assurer le respect du développement ou de la cohérence urbanistique d'une partie de la commune (conclusions de l'avocat général présentées le 11 avril 2013, ch. 115 ss).

¹²⁷ JÄGER, p. 12.

Enfin, nous rappelons que le simple fait d'utiliser le **patrimoine financier** de la collectivité publique ne signifie pas pour autant que l'Etat n'accomplirait pas une tâche publique (ci-devant III/B/3/b) ; que l'activité commerciale du pouvoir adjudicateur doit être exposée pleinement aux risques de la concurrence (ci-devant 1).

D La rémunération de la commande (5^{ème} élément caractéristique)

1. Le paiement d'un prix

Le marché public est passé à titre onéreux. Il est donc considéré avant tout comme un **acte économique**. Son caractère onéreux suppose le poids d'une charge sur le pouvoir adjudicateur, qui s'exprime fréquemment par le paiement d'un prix. Ce prix est en principe la contre-valeur **en argent** des travaux, fournitures ou services désignés comme étant l'objet du marché.

Toutefois, le caractère onéreux ne doit pas nécessairement renvoyer à l'existence d'un prix exprimé en monnaies « sonnantes et trébuchantes »¹²⁸. Autrement dit, l'absence de versement d'une somme d'argent par la collectivité ne doit pas conduire à exclure l'existence d'un marché public. Il suffit que la contre-prestation considérée revête un caractère onéreux, puisque le paiement doit pouvoir se faire **sous n'importe quelle forme**, y compris en nature, afin de respecter la flexibilité souhaitée en la matière par l'art. II par. 2 AMP¹²⁹. C'est pourquoi, dans le cadre d'un PPP, n'importe quelle contre-prestation ou quel avantage évaluable en argent peut être considéré comme étant la contrepartie à laquelle procède le pouvoir adjudicateur en faveur du partenaire privé, en échange de la réalisation de l'objet du marché.

Premièrement, il peut s'agir d'une **contre-prestation évaluable** en argent, dont bénéficiera l'adjudicataire à l'occasion et par le fait de l'attribution du marché, comme un subventionnement du projet par la collectivité publique ou d'autres formes de prestations en nature.

Secondement, il peut être question d'un simple **avantage évaluable** en argent dont bénéficiera l'adjudicataire à l'occasion et par le fait de l'attribution. Cet avantage a pour conséquence le fait que le pouvoir adjudicateur finance, partiellement du moins, la construction et/ou l'exploitation des ouvrages commandés, ce qui constitue une forme de paiement déguisé. Constituent de tels avantages : la remise d'un terrain au partenaire privé ; le versement d'une rente de superficière qui ne correspond pas au prix du marché ; l'octroi par le pouvoir adjudicateur d'un droit d'utilisation du domaine public ou de la possibilité de jouir d'un droit exclusif¹³⁰ ; la participation d'un pouvoir adjudicateur à un PPPI, ce qui permet à la société de projet d'obtenir des crédits à des taux attractifs¹³¹ ; l'octroi de garanties (portant par exemple sur le remboursement des financements) au partenaire contractuel qui ne supporte plus seul les risques d'exploitation.

Le pouvoir adjudicateur peut fournir un avantage évaluable en argent, non seulement directement, mais également **indirectement**, lorsque le partenaire contractuel a l'obligation d'encaisser des taxes d'utilisation payées par des tiers. La rémunération reçue d'un tiers « en connexion directe avec le marché public satisfait à l'exigence de rémunération »¹³². Autrement dit, les taxes d'utilisation encaissées font office de la rémunération offerte par le pouvoir adjudicateur. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur verse indirectement, à son partenaire contractuel, le prix des travaux réalisés par l'intermédiaire des usagers de l'installation construite. Néanmoins, pour que le paiement indirect puisse être considéré comme effectué par

¹²⁸ Arrêt de la CJUE C-399/98 ; Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16.

¹²⁹ ATF 135 II 49 ch. 4.3.1 et les auteurs cités ; arrêt du TC-LU /H 13 98 c. 10.2, in : LGVE 2014 IV n° 1.

¹³⁰ Cf. Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16. A notre avis, l'octroi du droit ou la possibilité d'en jouir ne doit pas faire l'objet d'une contre-prestation du bénéficiaire.

¹³¹ Cf. ZUFFEREY/STÖCKLI 2012, p. 30. Ainsi lorsqu'une commune entre dans un PPP pour un parking collectif.

¹³² Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 16 ; BEYELER 2012 ch. 646.

le pouvoir adjudicateur, il faut que ce dernier garantisse tout déficit et supporte les **risques** liés à l'exploitation de l'ouvrage (ci-après E), le rôle du partenaire privé se limitant à encaisser les taxes au nom du pouvoir adjudicateur.

En revanche, le droit des marchés publics ne doit pas être appliqué lorsque l'opérateur privé agit à titre **gratuit** (par exemple, dans le cadre d'un mécénat). En d'autres termes, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent pas être qualifiées de marchés publics.

2. Les modalités de paiement du prix

Lorsque le pouvoir adjudicateur doit fixer le montant de la rémunération du partenaire contractuel sera rémunéré, il a trois possibilités à disposition.

Premier cas de figure : Le pouvoir adjudicateur verse à son partenaire contractuel la totalité du prix des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage commandé et des services rendus conformément à la commande publique. Le paiement peut survenir de façon directe ou indirecte (ci-devant 1), de façon échelonnée ou non dans le temps. Dans un tel cas de figure, le PPP est un **marché public**.

Par exemple, la collectivité publique cède un bien-fonds en droit de superficie à un partenaire privé, qui y construit un ouvrage destiné à l'accomplissement de tâches publiques (comme un centre de voirie). Elle le loue ensuite à long terme, avant qu'il ne retourne à celle-ci à l'échéance du droit de superficie. Elle paie ainsi une location à son partenaire privé, durant une période suffisamment longue pour lui permettre de garantir l'équilibre économique et financier du projet. Dans un tel cas de figure, le partenaire contractuel ne paie pas de rente de superficière, puisqu'il appartient au pouvoir adjudicateur de le rémunérer pour les travaux réalisés et les services rendus. Une telle transaction est soumise au droit des marchés publics, quand bien même le pouvoir adjudicateur ne paie pas à l'investisseur le prix de l'ouvrage une fois celui-ci réalisé, mais se contente de lui verser une location¹³³.

Il en va de même si le paiement est effectué indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire des usagers de l'ouvrage réalisé, pour autant que le pouvoir adjudicateur supporte les risques liés à l'exploitation (ci-devant 1), ou si le pouvoir adjudicateur verse la totalité du prix de construction à la fin des travaux de construction, puis un montant pour les services rendus lors de l'exploitation de l'ouvrage, pour autant que les prestations attendues des soumissionnaires, effectuées dans le cadre d'un **marché mixte**, soient indissociables¹³⁴.

Deuxième cas de figure : Le pouvoir adjudicateur renonce à verser à son partenaire contractuel un quelconque montant pour les travaux réalisés. Il ne rémunère pas la commande publique portant sur des travaux de construction et/ou d'exploitation, ni directement, ni indirectement en ce sens qu'il ne garantit pas l'éventuel déficit et ne supporte par les risques liés à l'exploitation de l'ouvrage. La contre-prestation ne provient pas de l'adjudicateur, mais uniquement des tiers utilisateurs des ouvrages. Le partenaire privé est ainsi tenu d'encaisser, seul, en son nom et pour son propre compte, les taxes d'utilisation.

Dans un tel cas de figure, le partenaire privé supporte seul les aléas de l'exploitation et le pouvoir adjudicateur se limite à fournir, comme contre-prestation aux travaux de construction et d'exploitation, « le droit d'exploiter l'ouvrage » (ci-devant II/B). En conséquence, le PPP est

¹³³ Cf. arrêt du TC-LU 7H 13 98, in : LGVE 2014 IV n° 1 ; arrêt du TA-SZ 817/06 du 29 août 2006 c. 4.4 et 4.5, cité par JÄGER, p. 19. Dans un arrêt 601 2015 46 p. 7, le Tribunal cantonal fribourgeois a laissé ouverte (car il n'avait pas à la trancher) la question de savoir si le PPP envisagé était ou non soumis au droit des marchés publics. Il s'agissait d'un PPP par lequel la commune laissait une entreprise privée transformer un immeuble qu'elle possède pour y aménager des salles de classe et louer ces infrastructures pendant 20 ans.

¹³⁴ Cf. ci-devant III/B/3/a. Cf. ég. arrêt de la CJUE C-145/08 et C-149/08, où la Cour a dû déterminer si les différents volets du contrat mixte devaient être compris comme formant un tout indivisible (ch. 56-63) ; sur cette affaire, cf. note de bas de page 41 ci-devant. Cf. ég. CLERC, p. 1991 sv. ; arrêt du TC-SZ VGE 817/06, in : BR/DC 2008 p. 88.

une **concession de travaux**, octroyée au partenaire privé¹³⁵ (ci-après E). Il ne peut pas être qualifié de « marché public » en raison du transfert du risque d'exploitation au concessionnaire.

Troisième cas de figure : Le pouvoir adjudicateur verse (directement ou indirectement) à son partenaire contractuel un montant ne couvrant qu'une partie du coût de l'ouvrage et/ou de son exploitation¹³⁶. Il y a un paiement partiel de la contre-valeur des travaux réalisés. En effet, il arrive que l'État souhaite supporter partiellement le coût de construction et d'exploitation de l'ouvrage, afin que le prix à payer diminue pour les usagers (pratique des « prix sociaux »). Cette intervention peut prendre différentes modalités (somme forfaitaire garantie, somme fixe mais versée en fonction du nombre d'usagers, etc.).

Dans ce cas, il convient de faire usage du 6^{ième} élément caractéristique, à savoir celui de la répartition des risques (ci-après E), afin de clarifier la question de savoir si le PPP peut être qualifié de « **marché public** », auquel cas il sera soumis au droit des marchés publics. S'il ne peut pas être qualifié de « marché public », le PPP est une **concession de travaux**, dont l'assujettissement au droit des marchés publics doit encore être examiné (ci-après V).

E La répartition des risques (6^{ième} élément caractéristique)

L'élément de la répartition des risques est surtout utile pour distinguer le « marché public », dans le sens retenu ci-devant (III/A/2), de la concession de travaux. Il est question d'une **concession de travaux**, lorsque le risque d'exploitation (par exemple le risque d'ensoleillement pour un projet photovoltaïque), lié à l'investissement réalisé et aux capitaux investis, est supporté par le concessionnaire, c'est-à-dire lorsque les aléas inhérents à l'exploitation sont transférés au concessionnaire.

Quand bien même la concession de travaux n'exclut pas la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de verser une partie des coûts de l'ouvrage et/ou de son exploitation (pratique des prix sociaux par exemple ; ci-devant D/2), l'origine des ressources se trouve en principe auprès des usagers de l'ouvrage réalisé. Autrement dit, les ressources sont prélevées directement auprès des usagers, par exemple par le biais de péages ou de redevances. Le concessionnaire se voit octroyer le **droit d'exploiter l'ouvrage** et de prélever des ressources financières auprès des usagers, en son nom et pour son compte, pour une certaine période de temps. Dans une concession de travaux, le destinataire de la prestation n'est jamais la collectivité publique, mais l'utilisateur final.

En tenant compte, de façon cumulée, du critère de la répartition des risques et de celui de l'origine des ressources, il est possible de déterminer si un PPP doit être qualifié de « marché public », soumis au droit des marchés publics, ou si, au contraire, il ne peut pas être qualifié comme tel, au motif qu'il constitue une concession de travaux. Nous reprenons ci-après les trois cas de figure que nous avons mis en exergue ci-devant (D/2).

Premier cas de figure : Le pouvoir adjudicateur verse la totalité du prix de l'ouvrage à son partenaire contractuel, directement ou indirectement, de façon échelonnée ou non dans le temps. La question de la répartition des risques ne se pose pas, puisque le pouvoir adjudicateur prend à sa charge les aléas liés à la construction et à la gestion de l'ouvrage. Le PPP peut donc être qualifié de « **marché public** ».

Deuxième cas de figure : L'absence de toute forme de rétribution par le pouvoir adjudicateur implique, habituellement, qu'il ne participe, d'aucune manière, au risque d'exploitation de l'ouvrage. Le PPP est une **concession de travaux** et ne peut donc pas être qualifié de « marché public ».

¹³⁵ Cf. BEYELER 2012, ch. 825.

¹³⁶ Commission européenne 2000, ch. 2.1.2.

Troisième cas de figure : Lorsque seule une partie du prix (compris dans une notion large) est payée (directement ou indirectement) par le pouvoir adjudicateur, le critère de la répartition du risque économique est le critère déterminant pour distinguer entre marché public et concession de travaux. En effet, le critère de la rémunération n'est pas suffisant pour effectuer la distinction, puisqu'une concession de travaux peut être octroyée moyennant un prix (« ce droit d'exploitation peut également être accompagné d'un prix »¹³⁷). Selon la définition donnée, il est question d'une concession de travaux non seulement lorsque la contrepartie des travaux effectués consiste dans le (seul) droit d'exploiter l'ouvrage, mais également dans ce droit accompagné d'un prix (ci-devant II/B/2/b).

En résumé, pour que l'on soit en présence d'une **concession de travaux**, il faut que le droit d'exploiter l'ouvrage soit accompagné du transfert au concessionnaire des aléas résultant de cette même exploitation, aléas dus au montage financier de l'opération. Le concessionnaire doit ainsi supporter le risque économique¹³⁸. Autrement dit, le droit d'exploitation transféré avec la concession doit impliquer le transfert de la responsabilité d'exploitation. Une telle responsabilité couvre à la fois les aspects techniques, financiers et de gestion de l'ouvrage. Ainsi, c'est au concessionnaire qu'incombe la tâche d'effectuer les investissements nécessaires pour que son ouvrage puisse être utilement mis à la disposition des usagers. C'est aussi à lui qu'incombe le poids de l'amortissement de l'ouvrage. En outre, le concessionnaire non seulement assume les risques liés à toute construction mais doit également supporter (et cela est déterminant) les risques inhérents à la gestion, à la fréquentation et à la rentabilité de l'ouvrage¹³⁹.

En revanche, si les aléas ne sont pas transférés au partenaire contractuel, le pouvoir adjudicateur supporte les risques et le PPP peut être qualifié de « **marché public** ». Les aléas ne sont pas transférés si le contrat de partenariat prévoit l'octroi de garanties, par exemple en assurant le remboursement des financements, ou l'octroi d'avantages divers, de sorte que le cocontractant ne supporte pas le risque d'exploitation. Partant, si le risque économique reste auprès de la collectivité publique, la commande faite au concessionnaire dans le cadre du PPP doit être qualifiée de « marché public » et le **droit des marchés publics** s'applique.

V. La soumission des concessions de travaux au droit des marchés publics

A Le constat

Comme nous venons de le constater, certains PPP, appelés concessions de travaux, présentent, comme particularités essentielles, le fait que le pouvoir adjudicateur ne rémunère pas (ou que partiellement) son partenaire privé et que le risque d'exploitation est exclusivement auprès du partenaire privé. En effet, dans une concession de travaux, la contrepartie des travaux effectués ne consiste pas dans la rémunération fournie par la collectivité, mais dans le droit d'exploiter l'ouvrage (contre rémunération des utilisateurs), voire dans ce droit accompagné d'un prix, ce qui implique un transfert au concessionnaire des aléas résultant de cette même exploitation (transfert du risque d'exploitation). En conséquence, les concessions de travaux ne peuvent pas être qualifiées de « marchés publics » en raison du critère du risque d'exploitation, combiné avec celui de l'origine des ressources (IV/D et E). Cela empêche-t-il de les soumettre au droit des marchés publics ? C'est à cette question que nous répondons ci-après. En effet, les divers éléments caractéristiques de la concession de travaux, liés notamment à l'existence d'une commande étatique portant sur la fourniture d'un service au public, nécessitent de déterminer si l'octroi d'une concession de travaux doit être soumis aux **règles sur les marchés publics**.

¹³⁷ Cf. Commission européenne 2000, ch. 2.1.1.

¹³⁸ Commission européenne 2000, ch. 2.1.2.

¹³⁹ Commission européenne 2000, ch. 2.1.2.

B L'application du droit des marchés publics

Nous sommes d'avis que le fait qu'il n'y ait **pas de réglementation spécifique** en droit suisse réglant le concept de concession de travaux ne signifie pas pour autant qu'il ne devrait pas être soumis aux « règles du droit des marchés publics ». Les raisons sont les suivantes :

Premièrement, en **droit européen**, l'ancienne directive sur les marchés publics s'appliquait à la concession de travaux, qui était définie comme un contrat « présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »¹⁴⁰. Les concessions de travaux sont désormais régies par la nouvelle directive Contrats de concession et le régime qui leur est applicable correspond dans une large mesure à celui prévu par la directive Marchés publics.

Deuxièmement, la **doctrine** récente admet que les concessions de travaux doivent être soumises aux règles du droit des marchés publics, quand bien même le législateur n'a pas réglé la question¹⁴¹.

Troisièmement, dans un arrêt important¹⁴², le **TF** laisse clairement entendre que les concessions de travaux doivent être soumises au droit des marchés publics. Sa position peut être résumée comme suit :

1. Tout d'abord, le TF a retenu désormais une conception large du champ d'application matériel du droit des marchés publics. Il suffit qu'il y ait un échange synallagmatique au sein d'un PPP, de sorte que la collectivité publique et l'entité privée fournissent toutes les deux certaines prestations et reçoivent en échange des contre-prestations ; que la collectivité publique apparaisse en qualité de « demandeur » ; et que la collectivité publique soit à l'origine de la prestation fournie, autrement dit, de la commande¹⁴³.
2. Ensuite, il a rappelé que les concessions de travaux sont, en droit européen, soumises au droit des marchés publics ; que ce procédé contractuel nécessite que le pouvoir adjudicateur ne se limite pas à réguler une activité privée, mais qu'il délègue à son partenaire (le concessionnaire) l'exécution d'une tâche publique qu'il lui appartiendrait autrement d'assurer¹⁴⁴ ; qu'il fallait donc examiner si la construction du parking litigieux du cas d'espèce devait ou non être soumise au droit des marchés publics.
3. Enfin, le TF a vérifié si la simple remise du domaine public à un partenaire privé dans le cadre d'un PPP devait être soumise aux règles du droit des marchés publics. Dans cette affaire, il a abouti à la conclusion que, comme la mise à disposition du terrain par la commune ne pouvait pas être qualifiée de « concession de travaux », principalement en

¹⁴⁰ Art. 1 § 3 de l'ancienne directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴¹ Cf. POLTIER 2014, p. 115, qui retient que « pour les concessions de travaux, (...) il convient d'admettre leur qualification de marché public ». Si leur assujettissement au droit des marchés publics doit être admis, nous sommes d'avis qu'elles ne doivent pas être qualifiées de marché public, pour les raisons exposées ci-devant (IV/D et E) ; BEYELER 2012, ch. 833 ss, très détaillé, et ch. 930 ; BELLANGER, p. 187 ss. D'un avis contraire, ZUFFEREY 2010, p. 267.

¹⁴² Arrêt du TF 2C_198/2012 c. 5.2.2 notamment.

¹⁴³ Ibid. c. 5.1.2.

¹⁴⁴ Ibid. c. 5.2.2.

l'absence de l'existence d'une tâche publique, l'acte ne devait pas être soumis au « droit des marchés publics »¹⁴⁵.

Nous déduisons de cet arrêt que le procédé contractuel de la concession de travaux fait désormais partie des concepts juridiques suisses et qu'il doit être soumis au droit des marchés publics¹⁴⁶.

Quatrièmement, quand bien même la portée exacte des art. 8 al. 2 **LMP rév.** et **AIMP rév.** reste incertaine, on relève que le rapport explicatif de AIMP rév. indique expressément que « la Suisse se met au diapason du droit de l'Union européenne, qui assujettit aux règles des marchés publics également les concessions de travaux et services selon la nouvelle directive 2014/23 EU »¹⁴⁷.

Cinquièmement, la réalité économique et juridique des concessions de travaux ne saurait échapper à toute réglementation, puisque le pouvoir adjudicateur effectue, en qualité de demandeur, une réelle commande auprès d'un partenaire contractuel ; que l'objet principal de cette commande réside dans la construction d'un ouvrage, puis son exploitation, pour le compte du pouvoir adjudicateur ; que cette commande s'accompagne du droit d'exploiter l'ouvrage, de sorte que la contrepartie des travaux consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage une fois celui-ci réalisé ; que le partenaire privé sera rémunéré principalement par les usagers directement (par exemple par le versement d'une taxe d'utilisation) ; que l'ouvrage sera fréquemment réalisé sur le domaine public, ce qui implique une concession d'usage privatif du domaine public, afin que le partenaire privé soit désormais le seul à avoir le droit d'user des terrains pour toute la durée de l'exploitation ; que le pouvoir adjudicateur, qui concède au concessionnaire le droit d'exploiter l'ouvrage pendant un temps suffisant, se prive lui-même des ressources que lui procurerait l'ouvrage en question ; que l'ouvrage objet du PPP résulte d'un besoin du pouvoir adjudicateur ; que ce dernier délègue à son partenaire contractuel l'exécution d'une tâche publique (pour autant que l'on puisse admettre que le projet répond à un intérêt public).

En définitive, le fait que l'ouvrage soit préfinancé par le concessionnaire et que la collectivité publique n'en supporte pas le prix n'apparaît pas déterminant. D'une part, le concessionnaire se voit accorder, ensuite d'une commande publique, des droits exclusifs qu'il exerce dans l'intérêt public, en exécution d'une tâche publique et en contrepartie d'une rémunération indirecte, par

¹⁴⁵ Dans cette affaire, le projet de parking résultait d'une initiative privée, tandis que la participation du canton se limitait « à créer les bases légales nécessaires à cette construction, en octroyant une concession d'usage privatif du domaine public ou un droit de superficie (moyennant le paiement d'une rente de superficie au canton) et en adoptant un plan d'affectation » (CLERC 2016). En conséquence, la collectivité ne faisait qu'exercer des « compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général » (ci-devant IV/C), de sorte qu'il n'y avait pas de tâche publique (cf. é.g. ci-devant IV/B/2 in fine), la construction du parking étant une tâche privée.

Partant, on ne saurait appliquer à toute construction de parkings la conclusion à laquelle le TF a abouti dans cette affaire, en raison des spécificités du cas. Par exemple, intervient dans le cadre de l'exécution d'une tâche publique la construction d'un parking, qui est initiée par une commune pour assurer la protection d'un site bâti protégé contre la pollution et les désagréments causés par la circulation, qui est indispensable à la promotion du tourisme et qui est nécessaire en raison du fait que l'accès en véhicule au site n'est pas autorisé. En ce sens é.g., arrêt du TF 1C_227/2010 c. 4, où la réalisation d'un parking public souterrain d'environ 220 places, au centre-ville, constituait à l'évidence un équipement public, pour lequel la commune disposait du droit d'exproprier pour assurer sa réalisation. En effet, la nécessité du parking était démontrée (besoin d'infrastructures publiques au centre-ville ; volonté de densifier le quartier) et l'intérêt public lié à la construction du parking était prépondérant par rapport à d'autres intérêts privés.

¹⁴⁶ Cf. é.g. en ce sens, décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, in : JAAC 64.30 et RDAF 2000 I 181. La Commission a retenu que le champ d'application du droit des marchés publics devait inclure les cas où « l'Etat n'acquiert pas une prestation de services, de fournitures ou de construction, mais qu'il délègue une telle prestation dans l'accomplissement d'une tâche publique et qu'il laisse un privé s'en charger à ses risques et périls sous surveillance étatique » (c. 1b/bb). Le fait que le contrat puisse être qualifié de concession de service ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion, l'AMP s'appliquant à tout marché passé par un « moyen contractuel » (c. 1e).

¹⁴⁷ Autorité intercantonale pour les marchés publics, p. 17.

les usagers. D'autre part, comme la collectivité publique se prive des ressources que pourrait lui procurer l'exploitation de l'ouvrage réalisé, on pourrait également soutenir que la concession de travaux est, en réalité, passée à titre onéreux.

En conséquence, nous sommes d'avis que les concessions de travaux doivent faire l'objet d'un appel d'offres **respectant le droit des marchés publics**.

VI. Les particularités liées aux PPPI

A La création de la société de projet

1. Introduction

Lorsque les parties collaborent au sein d'un PPPI, le pouvoir adjudicateur souhaite habituellement adresser une commande de prestations directement à la société de projet, chargée de l'exécuter. Habituellement, cette commande intervient parallèlement à la création de la société de projet. Une fois créée, la société de projet va, en principe, mandater des entreprises de construction et des mandataires pour réaliser l'ouvrage. Le cas échéant, elle cherchera à obtenir des crédits de construction auprès de bailleurs de fonds.

La création d'un PPPI soulève trois questions spécifiques :

1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils librement s'associer à des partenaires privés pour constituer une telle entité ?
2. Comment fonctionne une société de projet ?
3. La commande de prestations peut-elle être considérée comme un marché « *in house* », puisque le pouvoir adjudicateur est directement sociétaire de la société de projet ?

2. Le choix du partenaire contractuel

En cas de PPPI, les partenaires publics et privés doivent, préalablement à la réalisation des prestations, créer une société, fréquemment appelée « société de projet ». L'opération par laquelle une collectivité publique souscrit une participation au sein d'une société ne constitue pas un contrat synallagmatique et partant ne doit **pas être qualifiée de marché public**. En effet, les éléments caractéristiques de la notion de marché public font défaut, de sorte qu'il n'y a pas d'attribution d'un « marché ». Le droit des marchés publics ne doit dès lors pas être appliqué au choix des partenaires d'un PPP. Ce choix est libre et ne doit pas faire l'objet d'une mise en concurrence, quels que soient les pourcentages de participation de chaque partenaire et même si la majorité de cette participation demeure en main de collectivités publiques¹⁴⁸.

Dans un souci de transparence et pour garantir la neutralité concurrentielle de l'Etat, certains auteurs préconisent l'organisation d'une procédure analogue à celle des marchés publics pour sélectionner le partenaire privé le plus adéquat¹⁴⁹. En réalité, comme on le constatera (ci-après 4 et B), cette sélection n'est d'aucune utilité au pouvoir adjudicateur puisqu'il n'est pas en mesure d'attribuer directement, par la suite, une **commande** à la société de projet sans respecter le droit des marchés publics.

¹⁴⁸ A ce sujet, cf. POLTIER 2014, p. 101 ; ZUFFEREY 2012, p. 433 ; ZUFFEREY 2010, p. 251 ; BEYELER 2008, p. 128 sv.

¹⁴⁹ SCHNEIDER HEUSI/JOST, p. 30.

3. Le fonctionnement de la société de projet

Le PPPI repose sur une personne morale autonome, et non pas simplement sur un réseau de contrat. La société de projet est une société d'économie mixte¹⁵⁰. Elle est en principe une société anonyme, et non pas une société simple dont les sociétaires seraient le pouvoir adjudicateur et ses partenaires, réunis dans le cadre d'un consortium. Le capital-actions de cette nouvelle société est réparti entre le pouvoir adjudicateur, qui détient un pourcentage des actions émises (parts sociales), et des partenaires privés, qui détiennent le solde des parts sociales.

La société de projet joue un rôle de société immobilière. Elle ne gère en principe pas d'autre réalisation que le projet pour lequel elle a été constituée. La totalité de ses ressources et des moyens mis à sa disposition sont donc affectés au projet. Son fonctionnement est fréquemment le suivant.

Dans un **premier temps**, elle est chargée de construire, respectivement de faire construire, l'ouvrage commandé. A cet effet, elle détient les droits à bâtir (octroi des permis de construire). Elle est le maître de l'ouvrage en phase de construction. Si elle ne réalise pas elle-même l'ouvrage, elle doit conclure un ou plusieurs contrats d'entreprise avec un ou plusieurs entrepreneurs chargés de réaliser les travaux.

Au-delà de son capital social, la société de projet ne dispose en principe pas des fonds nécessaires pour payer les travaux de réalisation. Il lui appartient donc d'assurer le financement, lequel peut être réalisé de plusieurs manières : (1) par des investisseurs privés (banques, assurances, etc.), (2) par des investisseurs privés et le pouvoir adjudicateur, (3) par le partenaire privé, (4) par le partenaire privé et le pouvoir adjudicateur. Il est fréquent que les investisseurs privés soient également les associés de la société de projet.

Dans un **deuxième temps**, une fois l'ouvrage construit, la société de projet peut être chargée de l'exploiter. Elle peut le faire elle-même ou par l'intermédiaire d'une société d'exploitation spécialisée. Dans ce second cas, elle doit passer un contrat de mandat avec une telle société. Quand bien même elle n'est pas le propriétaire du terrain, elle est le propriétaire des bâtiments et installations dès leur mise en exploitation, par le biais d'un droit de superficie de longue durée, doublé, le cas échéant, d'une concession d'usage exclusif du domaine public.

4. L'absence de marché « in house » en cas de PPPI

Pour qu'il soit question de marché « *in house* », l'adjudicateur doit détenir entièrement l'adjudicataire. Une participation même très minoritaire d'actionnaires privés suffit à entraîner l'application du droit des marchés publics¹⁵¹. Il convient de s'assurer qu'une « opération en capital ne masque pas, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions »¹⁵². Ainsi, en présence d'un PPPI, il n'est pas possible d'invoquer l'existence d'un marché « *in house* » pour renoncer à lancer un appel d'offres. En effet, « une participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'entité adjudicatrice en cause exclut en tout état de cause la possibilité d'une relation « interne » (« *in house* ») à laquelle la législation relative aux marchés publics ne s'applique en principe pas »¹⁵³.

¹⁵⁰ La notion de « société d'économie mixte », lorsqu'elle revêt la forme de la société anonyme, désigne trois types de situation, à savoir (1) la collectivité détient la majorité du capital ; (2) elle n'a qu'une minorité du capital, mais dispose en vertu des statuts d'un droit de représentation qualifiée au sein des organes (art. 762 CO) ; (3) elle n'a qu'une minorité du capital et ne bénéficie pas de cette représentation renforcée.

¹⁵¹ Arrêt de la CJUE C-196/08 ch. 53.

¹⁵² Arrêt de la CJUE C-215/09 ch. 34.

¹⁵³ Commission européenne 2008, p. 4 ; arrêt de la CJUE C-458/03, dans le cadre d'une concession de services. On relèvera toutefois la nouvelle exception prévue à l'art. 12 de la directive Marchés publics, pour les formes de participation directe de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage, dont la portée n'est pas clairement arrêtée.

En conséquence, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des prestations qui relèvent du champ d'application du droit des marchés publics avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées (ce qui sera en principe toujours le cas), les procédures de passation de marchés publics doivent toujours être appliquées¹⁵⁴. Il n'est donc pas possible au pouvoir adjudicateur de passer une commande publique à la société de projet, chargée ainsi de fournir les prestations envisagées, sans respecter le droit des marchés publics. Le simple fait qu'une entité privée et qu'un pouvoir adjudicateur coopèrent dans le cadre d'une entité à capital mixte « ne peut justifier le non-respect des dispositions relatives aux marchés publics lors de l'attribution d'un tel marché à cette entité privée ou à l'entité à capital mixte »¹⁵⁵. La société de projet est en réalité un soumissionnaire comme un autre, qui est libre de participer aux appels d'offres publics comme tout opérateur économique¹⁵⁶.

C'est pourquoi, l'attribution d'une commande à la société de projet (entité à capital mixte) doit **respecter le droit des marchés publics** et suivre une procédure équitable et transparente¹⁵⁷ si cette commande est qualifiée de marché public (voire de concession de travaux), puisqu'elle ne peut pas intervenir dans le cadre d'un marché « *in house* ». La société de projet ne peut exécuter une commande publique que si elle l'acquiert en respectant le droit des marchés publics¹⁵⁸.

Une **autre solution** ne serait pas conforme aux règles d'attribution en matière de marchés publics, puisqu'elle permettrait d'éviter l'application du droit des marchés publics dans l'hypothèse où la société de projet n'est pas un pouvoir adjudicateur, notamment si elle ne répond pas aux caractéristiques de l'organisme de droit public¹⁵⁹ (ci-après B) ; qu'elle reviendrait à attribuer des marchés aux sociétaires de la société de projet sans passer par une mise en concurrence ; qu'elle ferait bénéficier l'entreprise privée participant au capital du PPPI d'avantages indus sur ses concurrents¹⁶⁰ ; qu'elle ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de respecter le principe de transparence et l'égalité de traitement entre concurrents.

B La société de projet en tant que pouvoir adjudicateur

Une fois créée, une société de projet peut être considérée comme un pouvoir adjudicateur (**champ d'application subjectif** du droit des marchés publics), notamment un organisme de droit public, au sens de l'art. 8 al. 1 let. c AIMP, voire une autre entité assumant des tâches cantonales ou communales, au sens de l'art. 8 al. 2 let. a AIMP¹⁶¹. Si tel est le cas, les marchés passés par la société de projet avec des tiers, c'est-à-dire les marchés passés en aval, seront soumis au droit des marchés publics. A noter que le simple fait que les marchés en aval puissent être soumis au droit des marchés publics ne suffit pas pour admettre que le droit des marchés publics ne devrait pas être également appliqué lorsque la collectivité publique passe sa

¹⁵⁴ Arrêt de la CJUE C-26/03 ch. 52 ; dans cette affaire, il était question de l'attribution d'un marché de traitement de déchets entre une commune et une société d'économie mixte : celle-ci devait assurer le traitement des déchets de la ville, celle-là devait la rémunérer.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Commission européenne 2008, p. 10.

¹⁵⁷ Commission européenne 2008, p. 5.

¹⁵⁸ BEYELER 2012, ch. 892.

¹⁵⁹ Cf. BEYELER 2012, note 1053.

¹⁶⁰ Cf. Commission européenne 2008, p. 5. En effet, en tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas « recourir à des manœuvres visant à masquer l'attribution de marchés publics de services à des entreprises d'économie mixte » (arrêt de la CJUE C-29/04 ch. 42 ; cf. ég. ch. 48). Cf. ég. arrêt de la CJUE C-26/03 ch. 51.

¹⁶¹ Cf. ég. POLTIER 2014, p. 79 sv. ; ZUFFEREY 2010, p. 251 ss, notamment p. 253 (ch. 13) ; Commission européenne 2000, ch. 3.2.2.

commande publique à la société de projet¹⁶². En effet, nous avons constaté que la commande à la société de projet ne pouvait pas être qualifiée de marché « *in house* » (ci-devant A/4).

Dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur pourrait suivre une procédure équitable et transparente, conforme au droit des marchés publics, par exemple sous forme de « concours d'investisseurs » (compris dans un sens large), au moyen duquel il mettrait en concurrence des soumissionnaires pour **l'ensemble du processus**. L'appel d'offres porterait non seulement sur le choix du partenaire, mais également sur le financement, la réalisation, voire l'exploitation du projet, c'est-à-dire sur la réalisation de la commande publique¹⁶³. L'objet de cette procédure serait, d'une part, le marché public (ou la concession de travaux) qui doit être attribué à l'entité à capital mixte et, d'autre part, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité à capital mixte¹⁶⁴.

La mise en concurrence portera donc sur le choix des futurs sociétaires de la société à créer, sur le projet à réaliser et sur les aspects économiques. Une telle procédure permettrait ainsi, en une seule et unique opération soumise au **droit des marchés publics**, de sélectionner le partenaire privé dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle, de fonder la société de projet (création du PPPI) et de lui attribuer le marché public ou la concession de travaux.

On rappellera enfin que, lorsqu'un **PPPC** est soumis au droit des marchés publics, il va de soi que le choix du partenaire contractuel doit faire l'objet d'une mise en concurrence, afin de trouver le partenaire contractuel le mieux à même de répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur¹⁶⁵ (cf. ci-devant IV/A et V/B in fine).

VII. Conclusions

Au terme de la présente contribution, il sied d'en rappeler les principaux enseignements.

Dans le domaine de la construction, les PPP (compris dans un sens étroit conforme au droit communautaire) sont une technique contractuelle entraînant une relation à long terme entre un pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs partenaires privés. Le contrat porte sur une opération complexe incluant d'une part la réalisation d'un ouvrage et d'autre part un financement privé du projet. Ces éléments constituent le noyau d'une réalité économique et juridique. On regroupe les PPP en deux catégories, les PPPC et les PPPI. Les concessions de travaux sont une forme de PPP, qui présente comme particularités le fait que le partenaire privé assume les risques de l'opération et que ce sont les usagers des ouvrages réalisés qui le rémunèrent.

Il convient toujours de vérifier si les PPP, y compris les concessions de travaux, doivent être qualifiés de « marchés publics » et, partant, s'ils sont soumis au droit des marchés publics. Le fait qu'un PPP s'accompagne fréquemment de l'octroi d'une concession d'usage exclusif ne permet pas de renoncer à faire cette vérification et de se limiter à soumettre le PPP au seul régime juridique applicable à l'octroi des concessions.

¹⁶² D'un autre avis, ZUFFEREY 2010, p. 251 sv. (ch. 7 et 9).

¹⁶³ Cf. ZUFFEREY 2014, p. 366 ss. En revanche, nous ne partageons pas l'avis avancé par cet auteur que le concours d'investisseurs « n'est en principe pas assujéti au droit des marchés publics » (p. 367). En effet, l'attribution d'un marché public ou d'une concession de travaux au partenaire contractuel ou à une entité à capital mixte doit respecter les dispositions relatives aux marchés publics. Cf. ég. en ce sens POLTIER 2014, p. 102 ; BEYELER 2012, ch. 917.

¹⁶⁴ Commission européenne 2008, p. 5. Cf. ég. arrêt de la CJUE C-196/08 ch. 63, où la Cour précise que l'attribution directe d'un service à une société d'économie mixte spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service est possible si « l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir ».

¹⁶⁵ Cf. arrêt du TC-SZ VGE 817/06, in : BR/DC 2008 p. 88, où le Tribunal a retenu que les règles du droit des marchés publics devaient être respectées pour choisir le partenaire du PPP, dans le cadre du contrat du type BOT du cas d'espèce.

En l'absence de réglementation spécifique au sujet des PPP et pour déterminer s'ils peuvent être qualifiés de « marchés publics », il convient d'examiner si les éléments caractéristiques de la notion de marché public sont remplis.

Le PPP doit être qualifié de « marché public » (1) lorsque la prestation caractéristique est fournie par le partenaire privé ; (2) qu'il est lié à l'exécution d'une tâche publique, étant précisé que la notion de tâche publique doit être comprise dans un sens large ; (3) que le pouvoir adjudicateur procède (directement ou indirectement) à un paiement total ou partiel de la contre-valeur des travaux réalisés, de façon échelonnée dans le temps ; et (4) que le pouvoir adjudicateur supporte les risques de l'opération, liés notamment à l'exploitation de l'ouvrage. Dans ces conditions, le PPP doit être soumis au droit des marchés publics.

En revanche, si le pouvoir adjudicateur charge son partenaire contractuel d'exploiter l'ouvrage et qu'il lui transfère la responsabilité de la construction et de l'exploitation, il appartient au partenaire privé d'assumer les risques. Le contrat passé ne peut plus être qualifié de « marché public ». Il est alors question d'un PPP octroyé sous forme de concession de travaux. Pourtant, quand bien même elles ne peuvent être qualifiées de « marchés publics », les concessions de travaux doivent être assujetties au droit des marchés publics, en raison de leurs particularités intrinsèques, liées notamment à l'existence d'une commande publique.

Pour terminer, nous avons relevé que le régime juridique applicable aux PPPI présente une double particularité : d'une part, l'attribution d'une commande à la société de projet (à laquelle le pouvoir adjudicateur participe) doit respecter le droit des marchés publics ; d'autre part, la société de projet peut, selon les circonstances, être considérée comme un pouvoir adjudicateur pour les contrats en aval. Dans ces circonstances, il peut être utile de lancer un appel d'offres portant sur le financement, la réalisation et l'exploitation du projet, pour trouver le partenaire privé le plus adéquat.

Bibliographie

ALLEN GRAHAME, *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper 03/79, Londres 2003

AUTORITÉ INTERCANTONALE POUR LES MARCHÉS PUBLICS, *Modification de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) - Rapport explicatif*, 2014

BELLANGER FRANÇOIS/KAUF ANSGAR/GAVILLET AURÉLIE, *Traversée du lac et bouclage autoroutier de Genève – Mise en œuvre éventuelle d'un péage routier et d'un financement sous forme de partenariat public-privé (PPP)*, 2015 (cité : BELLANGER ET ALII)

BELLANGER FRANÇOIS, *Marchés publics et concessions ?*, in : *Marchés publics 2012*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 167 ss

BERGER MEYER CÉCILE/LEDERMANN DAVID, *Coordination et structuration en matière de PPP – Aspects de droit des contrats et des sociétés*, in : *Marchés publics 2012*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 437 ss

BERRAMDANE ABDELKHALEQ, *Le partenariat public-privé dans le droit de l'Union européenne*, in : ABDELKHALEQ BERRAMDANE et MICHEL TROCHU (édit.), *Le partenariat public-privé dans le cadre UE-ASEAN*, Bruxelles 2015

BEYELER MARTIN, *Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts*, in : *Marchés publics 2008*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 112 ss (cité : BEYELER 2008)

BEYELER MARTIN, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts : Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, 2012 (cité : BEYELER 2012)

BEYELER MARTIN, Staatsbetriebe : Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in : Jusletter 22 décembre 2014 (cité : BEYELER 2014)

BEYELER MARTIN, Veloverleih : Kein öffentlicher Auftrag ?, in BR/DC 2016 p. 22 ss (cité : BEYELER 2016)

BOLZ URS ET ALII, Partenariat public-privé (PPP) – Guide pratique Bâtiment, avec rapport sur l'expérience du projet pilote Neumatt/BE, s.l. 2016 (cité : BOLZ ET ALII)

BOLZ URS, Guide - Partenariats public-privé (PPP) dans le domaine de la cyberadministration et des TIC, Berne 2012 (cité : BOLZ 2012)

BOVET CHRISTIAN, Marchés publics et patrimoine financier, in : BR/DC 2002 p. 66

CALAME RICHARD, Collectivités publiques et PPP institutionnels, in : Marchés publics 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 467 ss

CARRON BENOÎT, Les PPP en droit suisse : aspects contractuels et institutionnels – Les contrats avec le développeur constructeur, in : Marchés publics 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 479 ss

CLERC EVELYNE, Art. 5 LMI, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Bâle 2013

CLERC EVELYNE, Commentaire de l'arrêt du TF 2C_198/2012, in : Droit pour le Praticien 2016 (cité : CLERC 2016)

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'EUROPE, Recueil de bonnes pratiques permettant de promouvoir un développement fondé sur le savoir, New York/Genève 2008

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaires, JO 2000/C 121/02 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE 2000)

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327, Bruxelles 2004 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE 2004)

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2005) 569 final, Bruxelles 2005 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE 2005)

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C(2007)6661, Bruxelles 2008 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE 2008)

COMMISSION EUROPÉENNE, Les nouvelles règles sur les marchés publics et les concessions : plus simples et plus flexibles, Luxembourg 2014 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE 2014)

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport explicatif du DFF – Révision de la loi fédérale sur les marchés publics, s.l. 2015

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014

DUBEY JACQUES, Le concours en droit des marchés publics, Zurich/Bâle/Genève 2005

DUPONT OLIVIER, Les contrats de partenariat entre secteur public et secteur privé en Belgique – Aperçu de droit français, Louvain 2006

ESSEIVA DENIS, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in : BR/DC 2006, p. 203 ss

FLAMME PHILIPPE/FLAMME MAURICE-ANDRÉ/DARDENNE CLAUDE, Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique, Bruxelles 2009 (cité : FLAMME ET ALII)

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts : eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3^{ème} éd., Zurich 2013 (cité : GALLI ET ALII)

JÄGER CHRISTOPH, Transactions immobilières et marchés publics, in : Territoire et Environnement 4/2012

KEUSEN ULRICH, PPP – wie beschafft man das ?, in : Marchés publics 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 387 ss

PERRITAZ PIERRE, Le transfert du bien-fonds de la collectivité publique à l'investisseur : vente ou droit de superficie, in : Marchés publics 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 487 ss

POLTIER ETIENNE, Art. 2 al. 7 LMI, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Bâle 2013 (cité : POLTIER 2013)

POLTIER ETIENNE, Le droit des marchés publics, Berne 2014 (cité : POLTIER 2014)

POLTIER ETIENNE, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours (Art. 8 AP-AIMP et 8 AP-LMP) : un resserrement et deux extensions, in : Jusletter du 18 mai 2015 (cité : POLTIER 2015)

RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben, in : recht 2013 p. 153 ss

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA/JOST FELIX, Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren, in : BR/DC 2006 p. 27 ss

VOISARD STÉPHANE, L'auxiliaire dans la surveillance administrative, Genève/Zurich/Bâle 2014

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le droit des PPP : état des lieux – Contrats et marchés, in : Marchés publics 2010, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 257 ss (cité : ZUFFEREY 2010)

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Les PPP en droit suisse : aspects contractuels et institutionnels, in : Marchés publics 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 429 ss (cité : ZUFFEREY 2012)

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le concours d'investisseur, in : Marchés publics 2014, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 361 ss (cité : ZUFFEREY 2014)

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/LE FORT JULIEN, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in : BR/DC 2/2006 p. 99 ss

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/STÖCKLI HUBERT, L'Etat réglemente, adjuge et construit, in : Journées suisses du droit de la construction 2013, Fribourg 2012 (cité : ZUFFEREY/STÖCKLI 2012)

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/STÖCKLI HUBERT, Le projet de révision de la législation fédérale sur les marchés publics apporte de nettes améliorations, in : La Vie économique 7/2015 p. 16 ss (cité : ZUFFEREY/STÖCKLI 2015)